



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Tatiana Paula Cruz de Siqueira

**Superação do precedente judicial no Código de Processo Civil brasileiro: uma
análise à luz da garantia do contraditório**

Rio de Janeiro

2016

Tatiana Paula Cruz de Siqueira

Superação do precedente judicial no Código de Processo Civil brasileiro: uma análise à luz da garantia do contraditório

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S618 Siqueira, Tatiana Paula Cruz de.
Superação do precedente judicial no Código de Processo Civil brasileiro:
uma análise à luz da garantia do contraditório / Tatiana Paula Cruz de
Siqueira. - 2016.
205 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Processo civil - Teses. 2. Precedentes judiciais - Teses. 3. Contraditório
(Direito) – Teses. 4. – Teses. I. Schenk, Leonardo Faria. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/95

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Tatiana Paula Cruz de Siqueira

Superação do precedente judicial no Código de Processo Civil brasileiro: uma análise à luz da garantia do contraditório

Dissertação apresentada, como requisito para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em 19 de dezembro de 2016.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dr. Márcio Carvalho Faria (Coorientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dra. Flávia Pereira Hill
Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meu amor e eterno melhor amigo, Gabriel; à minha irmã, maior exemplo de dedicação à vida acadêmica e à minha mãe, que superou seus medos da “cidade grande” para me apoiar em mais este sonho.

AGRADECIMENTOS

A apresentação dessa Dissertação representa a conclusão de um grande sonho que começou quando, pela primeira vez, entrei em uma sala de aula e pude perceber que aquele seria o lugar que me faria mais feliz, onde eu poderia ouvir, ser ouvida, ensinar, aprender, estimular o crescimento e crescer. Ser Mestre é ter o sonho da dedicação integral à vida acadêmica, à docência, um pouco mais perto e é por essa razão que, em primeiro lugar, agradeço a Deus, por ter me conduzido, em fevereiro de 2014, ao cargo de Professora Substituta da Universidade Federal de Juiz de Fora, onde Ele me faria enxergar minha verdadeira vocação.

Em segundo lugar, agradeço a todos os meus alunos, que durante dois intensos anos passaram por minha vida e se fizeram amigos e incentivadores, impulsionando a fé no magistério superior. Nunca deixei de dizer a eles e, neste agradecimento, direi mais uma vez: foram os fundamentos deste título que agora parece mais próximo. Amo a cada um deles, de todo meu coração.

Ao professor Leonardo Schenk, que foi muito além de um excelente orientador. Desde a primeira aula senti que ele era muito do que eu gostaria de ser um dia. Sua amizade, sua preocupação pessoal com cada um dos alunos, sua paciência inigualável, sua dedicação e inteligência quase inexplicáveis e, acima de tudo, seu imenso coração, fazem dele um dos maiores professores que já tive a oportunidade de conhecer. Obrigada pelas respostas imediatas aos meus inúmeros e-mails, pelas ligações para entender melhor os meus problemas e me acalmar, pelas dicas que, em cinco minutos, ajustavam o que eu, há meses, tentava ajustar neste trabalho. Obrigado pela atenção dispensada, pelas aulas do mestrado e por toda a sabedoria compartilhada.

Ao Professor Márcio Faria, por ter sido o melhor professor que tive na Universidade Federal de Juiz de Fora, aquele que despertou em mim a vontade de lecionar; por ter me dito, um dia, em um breve e-mail, que deveria me inscrever para a seleção para o mestrado na UERJ, pois eu tinha condições de fazer um bom trabalho; por sempre ter acreditado em mim e me defendido nos meus momentos mais difíceis como professora; por ser meu exemplo, meu espelho, meu amigo e o melhor co-orientador que poderia esperar. Nunca deixarei de agradecer seu papel na minha vida e, ainda assim, não será suficiente.

À Professora Flávia Hill, a quem já admirava desde as aulas de Acesso à Justiça, por sua humildade, mesmo sendo detentora de um vasto currículo e uma grande experiência, além de sua inalcançável capacidade de desempenhar com perfeição todas as muitas tarefas que assume em sua carreira e que hoje, para minha grande honra, integra esta banca.

À toda equipe de professores e amigos da UFJF, que, durante o tempo em que lecionei na instituição, sempre me apoiaram nas minhas loucas viagens para o Rio de Janeiro, por acreditarem em meu potencial. Espero nunca decepcioná-los e um dia retornar à Casa de Colucci.

A todos os meus colegas do mestrado que me acompanharam ao longo das tantas disciplinas e, de modo especial, à Ludmilla, amiga para a vida, e ao Franklyn, exemplo de profissional e processualista.

Aos amigos que compartilharam comigo esse trajeto, agradeço pelo companheirismo e pelos momentos de descanso possíveis durante o curso do mestrado e, em especial, pela confiança em mim. Primeiramente, agradeço ao amigo Felipe Ribas, que compartilhou comigo suas experiências, leu e comentou meu trabalho com tanta dedicação! À Lela, minha grande incentivadora desde a infância; à Bárbara, minha psicóloga particular nos momentos de desespero; à Mari, Fernanda, Thaís e Jerônimo, que desde a faculdade impulsionam meu crescimento e me fazem muito feliz com sua amizade; à Denise, Talita e Larissa, que me acolheram em sua casa e me permitiram concluir esse curso, obrigada por toda generosidade e apoio! Aos primos Emerson e Fabrício, pela implicância indispensável ao meu crescimento.

Agradeço, de modo especial, ao Gabriel, que incentivou desde meus sonhos mais jovens (as monitorias no ensino fundamental, o vestibular, a mudança para Juiz de Fora), quando ainda éramos melhores amigos; até meus sonhos de vida (a escolha pela docência, a dedicação ao Mestrado, o concurso para a Força Aérea Brasileira), quando já havia se tornado meu grande amor. Obrigada por nunca deixar de acreditar em mim, mesmo nos momentos de maior desespero, por me apoiar incondicionalmente e por ser o melhor marido que eu poderia esperar. Te amo, desde sempre e para sempre. À Ivanete, Antônio Augusto e Paulinha, a família que escolhi e que sempre me acolheu de braços abertos, agradeço por seu apoio e por suas orações.

À minha família, suporte essencial que nunca me faltou. A meu pai, exemplo de coragem em todas as dificuldades da vida. À minha mãe, o grande anjo que Deus concedeu para guiar o meu caminho, que sempre apoiou todas as minhas escolhas, por acreditar em minha capacidade de lutar para me tornar uma pessoa mais feliz, realizada e útil. À minha irmã, que nunca me

deixou ficar triste, sempre me arrancou sorrisos e me fez ver que, por mais que tenhamos que encarar as mais difíceis mudanças, no final do caminho, ainda que tortuoso, sempre estará a realização do sonho, basta acreditar. Minha irmã, amo você incondicionalmente. À minha tia Maria, a quem muito amo, que sempre teve a mim como filha e me mostrou, neste último ano, o que é ter coragem de verdade.

A meu avô Manoel, *in memoriam*, que tinha em mim a neta mais querida e que acreditava que poderia ir longe, ainda que, para ele, “tirar carteira” já fosse uma imensa conquista. O senhor não pôde me ver motorista como queria, nem professora, mas tenho certeza que, daí de cima, me verá Mestre e achará isso muito bonito. Que saudade!

Obrigado a todo que participaram dessa trajetória, que Deus me permita ajudá-los tanto quanto me ajudaram.

RESUMO

SIQUEIRA, T. P. C. *Superação do precedente judicial no Código de Processo Civil brasileiro: uma análise à luz da garantia do contraditório*. 2016. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O presente trabalho se propôs a analisar as normas sobre superação do precedente judicial no Código de Processo Civil, promulgado em março de 2015, sob a ótica da garantia constitucional do contraditório, com o objetivo de constatar se a disciplina atende aos contornos atuais da garantia, privilegiando a participação dos interessados na modificação do entendimento. Para alcançar este objetivo, foi necessário passar por um momento inicial de análise das principais famílias jurídicas (*civil law* e *common law*), situando o ordenamento brasileiro como expoente originário de uma delas, bem como da tendência atual de aproximação entre ambas, que gera claros efeitos sobre o Brasil, como se percebe pela tendência de valorização do precedente judicial. Para compreender esta tendência, suas principais evidências foram analisadas, bem como os valores que impulsionaram este processo. Além disso, alguns conceitos fundamentais à compreensão da teoria dos precedentes foram apresentados. Em um segundo momento, foi feita a análise da garantia do contraditório, desde seus contornos mais remotos até a proposta que mais se adequa a este trabalho, que incorpora ao contraditório o direito de influenciar efetivamente na construção da decisão e de não ser por esta surpreendido. Em um último momento, a partir das premissas de que a superação é possível e promove o sistema, desde que compreendida a segurança jurídica como continuidade, e de que o CPC/15 buscou instituir um sistema de precedentes vinculantes, foi possível relacionar as exigências atuais do contraditório à disciplina da superação do precedente, através da releitura das normas sobre o tema, que tratam, basicamente, da fundamentação idônea, da participação e da possibilidade de modulação. Nesta etapa final do trabalho, constatou-se que maior atenção deveria ter sido dispensada ao tema pelo legislador reformista e foram feitas algumas sugestões, na expectativa de melhorar a regulamentação sobre a superação do precedente judicial.

Palavras-chave: Precedente. Superação. Contraditório. Participação. Processo Civil.

ABSTRACT

SIQUEIRA, T. P. C. *Overcoming legal precedent in the Brazilian Civil Procedure Code Procedure: an analysis in the light of contradictory guarantee*. 2016. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

This study aimed to analyze the rules about the overcoming of judicial precedent in the Brazilian Civil Procedure Code, promulgated in March 2015, from the perspective of the constitutional guarantee of adversarial principle, in order to verify if the discipline meets the current contours of that guarantee, favoring the participation of those interested in the understanding modification. To achieve this goal, it was necessary to go through by an initial analysis of the main legal families (*civil law* and *common law*), placing the Brazilian legal system as an originated exponent of one of them, as well as the current trend of approach between them, which generates clear effects over Brazil, as it is noticed by the judicial precedent appreciation trend. To understand this trend, its major evidences will be analyzed, as well as the values that boosted this process. Besides that, some basic concepts to understand the precedents theory were presented. In a second moment, was made an analysis of the adversarial principle guarantee, from its earliest contours till the proposal that is best suited to this study, which incorporates to the adversarial principle the right to effectively influence in the decision construction and not to be surprised by that decision. Finally, from the premises that overcoming is possible and promotes the system, since the legal certainty is understood as continuity, and that the new Brazilian Civil Procedure Code sought to establish a binding precedent system, it was possible to relate the current adversarial principle demands to the discipline of overcoming precedents, by the reinterpretation of the rules on the subject, which, basically concerns about the reputable substantiation, the participation and the possibility of modulation. In this final stage of the study, it was found that closer attention should have been given to this topic by the reformer lawmaker and some suggestions were made hoping to improve the regulations about the overcoming of judicial precedent.

Keywords: Precedent. Overcoming. Contradictory. Participation. Civil Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental ou Agravo Interno
Art. ou art.	Artigo de lei ou ato normativo
CF/88	Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 1988
Cf.	Confira ou confronte
cit.	Citado
CPC	Código de Processo Civil
CPC/39	Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (DL n. 1608/39)
CPC/73	Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (Lei n.º 5869/73)
CPC/15	Código de Processo Civil brasileiro em vigor (Lei n.º 13.105/15)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
j.	Julgamento
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
NCPC	Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro (PLS 166/10)
PL	Projeto de Lei na Câmara dos Deputados
PLS	Projeto de Lei no Senado Federal
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RISTF	Regimento interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal Brasileiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça Brasileiro
TJ	Tribunal de Justiça
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	ALGUNS CONCEITOS INDISPENSÁVEIS À COMPREENSÃO DA VALORIZAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	18
1.1	<i>Common law</i> e <i>civil law</i>: uma breve tentativa de situar o ordenamento brasileiro entre as grandes tradições jurídicas	18
1.1.1	<u>Em busca dos elementos de aproximação dos ordenamentos jurídicos integrantes de cada tradição</u>	18
1.1.2	<u>Fatores históricos que demonstram a aproximação entre as famílias de <i>civil law</i> e <i>common law</i></u>	29
1.2	Aspectos fundamentais da teoria dos precedentes: um enfoque sobre a mudança de posicionamentos	35
1.2.1	<u>Esclarecimentos necessários sobre precedentes e institutos semelhantes</u>	36
1.2.2	<u>Como trabalhar com precedentes? Compreendendo a <i>ratio decidendi</i>, o <i>obiter dictum</i> e o <i>distinguishing</i></u>	43
1.2.3	<u>Breve análise da superação de precedentes e de sua eficácia temporal</u>	48
1.2.3.1	<i>Overruling</i> , <i>Transformation</i> e <i>Overriding</i>	48
1.2.3.2	A proteção da confiança diante da superação: sinalização, julgamento-alerta e a eficácia temporal da superação	54
1.3	A escalada rumo à valorização do precedente judicial no processo civil brasileiro: como o contato entre as famílias jurídicas influenciou a realidade brasileira?	62
1.4	Os principais valores que garantiram a permeabilidade à cultura dos precedentes judiciais no direito brasileiro	74
2	O CONTRADITÓRIO COMO FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DA PARTE NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	83
2.1	Evolução histórica do contraditório	83
2.2	O contraditório na dimensão do processo justo	90

2.3	O conteúdo moderno do contraditório: os direitos de participação, de influência na decisão judicial e não-surpresa	96
2.3.1	<u>Breve delineamento do contraditório enquanto garantia de um processo justo</u>	97
2.3.2	<u>Desenvolvendo parte do conceito: o contraditório como direito de influência e proteção contra decisões-surpresas</u>	101
2.4	A feição do contraditório no CPC/15	108
3	SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: UMA ANÁLISE DAS NORMAS DO CPC/15 NA DIMENSÃO DO CONTRADITÓRIO	118
3.1	A proposta do CPC/15: precedentes vinculantes no direito processual civil brasileiro?	118
3.2	Por que esta preocupação com a superação de precedentes?	130
3.3	Premissa: possibilidade de alteração de entendimentos consolidados e a segurança jurídica enquanto continuidade	139
3.4	A superação no CPC/15: uma releitura à luz do contraditório	144
3.4.1	<u>Carência de normas sobre procedimento: um entrave à participação</u>	146
3.4.2	<u>O dever de uniformização e de estabilização da jurisprudência dos tribunais: uma proteção contra posicionamentos instáveis</u>	159
3.4.3	<u>Ausência de fundamentação da decisão que deixa de seguir precedente e a necessidade de fundamentação adequada e específica para a superação: a importância do contraditório como garantia de influência</u>	164
3.4.4	<u>Eficácia temporal da superação: a modulação e a concretização do contraditório</u>	172
3.5	Em busca de normas sobre o contraditório na superação do precedente judicial em alguns institutos do CPC/15	188
	CONCLUSÃO	202
	REFERÊNCIAS	208

INTRODUÇÃO

De uma intensa valorização no Direito Medieval, quando o contraditório era tido como importante instrumento para a atuação criativa do julgador, passando por um momento de grande declínio, marcado pela postura absolutista dos centros de poder no Estado Moderno, em que o julgador não precisava ouvir as partes, pois bastava a ele dizer o direito, o contraditório chega, no Estado contemporâneo, ao ponto central do processo, já que, numa perspectiva cooperativa, não se pode imaginar um magistrado que não leve em conta o ponto de vista das partes para formação do juízo.

A mudança qualitativa que ocorreu em relação ao contraditório, resultante do Estado Democrático contemporâneo, é fundamental para a compreensão deste trabalho. A evolução se deu desde princípio a garantia fundante insculpida expressamente na Constituição Federal, passou da mera exigência de oitiva das partes ou do tratamento igualitário de ambos, para a exigência de construção conjunta da decisão judicial. Conforme bem aponta Leonardo Greco¹, trata-se de uma ponte de comunicação de via dupla entre as partes e o juiz.

O contraditório, em seus contornos atuais, impõe a comunicação efetiva entre as partes e o juiz, bem como entre os próprios sujeitos da lide e afasta quase totalmente as possibilidades de decisão unilateral, sem a oitiva do interessado, salvo em casos de extrema urgência, sendo que, ainda nestes casos, o contraditório deve existir, mesmo que diferido. Essa faceta dialógica da garantia processual foi prevista expressamente no novo Código de Processo Civil, este que afasta o mito de que o contraditório poderia ser desprezado nas matérias reconhecíveis de ofício e dispõe 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 se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Dentro do conceito de contraditório participativo, desenvolvido ao longo dos estudos da doutrina do processo justo², que impõe a revalorização do diálogo, deve-se agregar também a

¹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 543-544.

² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, seconda serie, anno LVII, n. 3, p. 702-758, 2002.

necessidade de que a garantia compreenda a efetiva possibilidade de influenciar a decisão judicial, esta que deve ser construída pelas partes e pelo magistrado ao longo do processo. Não se pode aceitar mais, no contexto de um Estado Democrático, decisões tomadas de maneira unilateral, que surpreendam os interessados e frustrem suas expectativas.

Não há dúvidas de que a visão do processo mudou contemporaneamente e, com isso, mudaram também a relevância e o conteúdo da garantia do contraditório. Sendo assim, qualquer instrumento processual que se queira democrático e constitucional precisa passar satisfatoriamente pelo filtro imposto por essa garantia.

Assim também mudou a postura do juiz, passando de um juiz “boca da lei” para um juiz comprometido com os valores constitucionalmente adotados em um Estado Democrático de Direito³. Diante disso, não se pode negar que uma maior preocupação com alguns valores como a uniformidade e a continuidade do direito, bem como a segurança jurídica devem nortear a atuação dos órgãos jurisdicionais.

Neste ponto, relembremos o estudo de Barbosa Moreira⁴, no qual, há mais de dez anos, já alertava para os riscos da escalada envolvendo súmulas, jurisprudência e precedente. Segundo o autor acima mencionado, a escalada rumo à valorização do precedente é composta de vários degraus, os quais serão oportunamente avaliados neste trabalho, momento em que ficará clara a evolução da legislação brasileira em busca de conferir cada vez mais força à jurisprudência e ao precedente judicial. O mesmo ideal também orientou a criação do CPC/2015 que suscitará certamente algumas dúvidas decorrentes dessa opção.

O legislador avançou, impondo em disposição genérica aplicável aos tribunais, a necessidade de observância de julgamentos do STF, do STJ e dos próprios tribunais aos quais estão vinculados. Certo é também que algumas cautelas foram tomadas, como a previsão da possibilidade de superação dos precedentes pelos Tribunais Superiores, da não aplicação do precedente pelos tribunais inferiores e da modulação dos efeitos da decisão em caso de superação de entendimento anterior.

³ OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez**. In: DOXA, Alacant, Espanha, nº 14, 1993. pp. 169---194. Disponível em : <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

⁴ Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de Direito Processual**. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 313.

Se o sistema processual caminha para a crescente valorização da decisão judicial, com vista à uniformização da jurisprudência e à segurança jurídica, é preciso a previsão e o estudo de institutos que viabilizem esse ideal.

É diante destas duas constatações que se insere o presente trabalho: a evolução do conceito da garantia do contraditório, a exigir que a parte possa efetivamente influenciar na decisão que lhe afetará no futuro, bem como não seja surpreendida pelo provimento e a crescente valorização da jurisprudência no ordenamento brasileiro, permitindo afirmar a existência de um sistema de precedentes, ainda que incipiente e que exige grande atenção não só à vinculação dos precedentes judiciais, mas também à sua superação, de modo a garantir a evolução do direito, sem rupturas de continuidade.

O trabalho busca conectar esta função atual atribuída ao contraditório, alterada em razão da mudança da visão do processo, à questão da superação dos precedentes judiciais. Para tanto, será indispensável avaliar se as disposições existentes sobre o tema atendem às exigências atuais da referida garantia.

Para alcançar o objetivo posto será preciso analisar, em um momento inicial, os contornos e características das famílias jurídicas derivadas do *common law* e *civil law*, avaliando as diferenças centrais e os elementos de aproximação dos ordenamentos adeptos a cada uma das culturas, bem como os fatores históricos que comprovam a tendência de conjunção entre estes sistemas jurídicos inicialmente opostos e os reflexos da aproximação entre *common law* e *civil law* sobre o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito à valorização dos precedentes judiciais.

Além disso, será imprescindível elucidar alguns conceitos fundamentais da teoria dos precedentes, que não são próprios da cultura jurídica brasileira e que se mostram indispensáveis à realidade atual, em que se evidencia a crescente valorização das decisões judiciais. Buscar-se-á esclarecer noções basilares como a importância do *stare decisis*, o conceito de precedentes e sua classificação, além do distanciamento de institutos semelhantes, tais como a súmula e a jurisprudência. Outrossim, intentar-se-á esclarecer o modo como trabalhar com precedentes, avaliando, principalmente, as técnicas de distinção e superação, focando nestas últimas que integram o cerne deste trabalho. Neste ponto do estudo, será possível avaliar as principais formas de superação propostas por ordenamentos que há muito desenvolvem a cultura de respeito aos

precedentes, compreendendo, ainda, a necessária preocupação com a eficácia temporal das mudanças jurisprudenciais.

Em um segundo momento, o ideal será compreender o surgimento e o conteúdo da garantia do contraditório, desde seus contornos mais remotos com o *ordo iudicarius*, passando por sua desvalorização durante o Estado Moderno, até sua reascensão durante o século XX e notadamente com o aprimoramento da doutrina do processo justo. Pretender-se, depois desta contextualização histórica, analisar o conteúdo do contraditório exigido na atualidade, a partir do desenvolvimento da noção de participação, com a exigência de efetiva influência na construção dialógica da decisão judicial, evitando-se a prolação de decisões surpreendentes ao litigante.

Por fim, como ponto central do trabalho, a ser traçado pelo terceiro capítulo, pretende-se compreender a disciplina legal da superação do precedente judicial no ordenamento brasileiro. Para tanto, indispensável será a realização de uma breve análise sobre a valorização do precedente judicial no CPC/15, o mais recente degrau da escalada rumo ao fortalecimento das decisões judiciais, explicando os motivos pelos quais acredita-se que o legislador reformista buscou consagrar precedentes efetivamente vinculantes e valorizar a jurisprudência persuasiva.

Proceder-se-á à análise, também, de uma premissa indispensável ao estudo da superação: a compreensão da segurança jurídica enquanto garantia de continuidade do sistema e proteção contra mudanças abruptas e surpreendentes, vencendo, assim, o conceito de imutabilidade enquanto garantia de segurança⁵.

Será possível, então, adentrar no estudo da superação do precedente no CPC/ 15, com a avaliação de algumas normas de maneira mais detida. Os deveres de uniformização e estabilização da jurisprudência dos tribunais, previstos no artigo 926, serão desenvolvidos enquanto garantias de proteção dos cidadãos contra posicionamentos instáveis, capazes de transformar o ingresso em juízo em uma atividade que demanda sorte.

A fundamentação será tratada quando da análise de duas normas legais. O artigo 489, § 1º, inciso VI do CPC/15, considera não fundamentada a decisão que se limita a afastar precedente judicial invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção ou de superação do entendimento. A fundamentação também foi objeto de outro dispositivo: o artigo 927, §4º do CPC/15 determina que a “modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou

⁵ O conceito será melhor desenvolvido ao longo do trabalho. CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, permanência e transição entre posições processuais estáveis**. São Paulo: Juspodivm, 2013, p. 314.

de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica”, privilegiando princípios como o da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Sem explicar o que considera por “fundamentação adequada e específica”, forte dúvida paira sobre o sistema acerca dos requisitos para superação de uma tese consolidada. O mencionado dispositivo será relido, neste trabalho, a partir da inserção de outra garantia não expressamente explicitada na norma legal, a saber, a garantia do contraditório.

Proceder-se-á à compreensão, também da norma do artigo 927, § 2º, que prevê a realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades, quando da alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou julgamento de casos repetitivos. Tal disposição, embora salutar, não será considerada suficiente para promoção do contraditório em tema de superação de precedentes, isso porque, conforme se verá, tantas outras decisões foram consideradas vinculantes pelo artigo 927, sem que sobre elas tenha sido prevista a mesma possibilidade de participação; além disso, sem qualquer regulamentação, a previsão genérica desta possibilidade de participação possivelmente cairá no esquecimento, motivo pelo qual sobre ela se promoverá uma interpretação sistemática.

Far-se-á, por fim, a análise da modulação dos efeitos da decisão judicial que altera entendimento consolidado em súmula, jurisprudência dominante ou julgamento de casos repetitivos, acostada no artigo 927, §3º, CPC/15. Certo é que o legislador dispôs expressamente apenas sobre esta forma de transição, sem se preocupar em analisar a regra sobre a eficácia temporal, o marco da geração de efeitos quando se adotar a modulação e os requisitos para que a técnica de transição seja aplicada. Além disso, há outras formas de transição do entendimento consolidado, podendo ser citadas apenas a título de exemplo a técnica conhecida como *signaling* ou sinalização, por meio da qual o tribunal sinaliza a superação do entendimento, mas não aplica seus efeitos naquele momento, e o julgamento-alerta⁶, método que permite ao tribunal demonstrar para a sociedade que um entendimento anteriormente consolidado já não é mais sólido naquele juízo e que pode ser alterado, suscitando, assim, o debate institucional.

Com base no desenvolvimento proposto, será possível delinear, ao final, os contornos do contraditório na disciplina da superação de precedentes, enquanto principal requisito para a

⁶ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 221, ano 38, p. 1-48, 2013.

modificação de entendimentos consolidados, protegendo a parte contra alterações surpreendentes e privilegiando seu direito a influenciar e participar ativamente na construção da decisão judicial. A disciplina da superação de precedentes é falha no que diz respeito ao contraditório e à consequente necessidade de efetiva influência do interessado na decisão que lhe será aplicada. De acordo com o que está atualmente previsto, não há como proteger o jurisdicionado de uma aplicação indiscriminada de precedentes vinculantes. De outro lado, também não há como protegê-lo da mudança brusca de entendimento, fruto de uma cultura que nunca teve como principal bandeira a uniformização da jurisprudência e a valorização de precedentes.

Diante da constatação da pouca atenção dispensada ao tema da superação do precedente judicial, para “salvar” esta disciplina no ordenamento processual civil brasileiro será preciso realizar uma urgente releitura das normas relativas ao tema sob a ótica do contraditório. Encontra-se, aqui, o escopo do presente estudo, qual seja, a necessidade de avaliar se as previsões constantes no novo Código de Processo Civil sobre as formas de superação do precedente judicial passam pelo “filtro” do contraditório, propondo, na medida do possível, métodos que permitam adequar o diploma processual a este fim.

É preciso ter consciência de que não basta a disposição de implementar um sistema de precedentes vinculantes, que atenda aos ideais contemporâneos de isonomia, segurança e celeridade, já que tais objetivos não podem ser alcançados sem que a mesma atenção seja dada à possibilidade de superação do precedente.

1 ALGUNS CONCEITOS INDISPENSÁVEIS À COMPREENSÃO DA VALORIZAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL NO ORDENAMENTO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

1.1 *Common law* e *civil law*: uma breve tentativa de situar o ordenamento brasileiro entre as grandes tradições jurídicas

Para bem compreender a questão dos precedentes no ordenamento processual civil brasileiro, principalmente com a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, é indispensável retornar a uma discussão muito visitada por juristas dos mais diversos ramos: a reunião das muitas formas de direitos em famílias, considerando suas semelhanças, tanto quanto possível e afastando diferenças consideradas secundárias para este agrupamento⁷. Como passo subsequente, será preciso avaliar o recente movimento de aproximação entre os sistemas integrantes de cada família.

1.1.1 Em busca dos elementos de aproximação dos ordenamentos jurídicos integrantes de cada tradição

Para atingir este escopo, parte-se aqui da identificação feita por René David⁸ de três famílias: a romano-germânica; a do *common law* e a dos direitos socialistas. Destas, dado o

⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 11.

⁸ DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23. Fazendo pequena ressalva ao entendimento acima exposto, Taruffo afirma que ainda é possível e importante referirmo-nos a “famílias de ordenamentos” desde que reconheçamos que, a cada dia, afrouxam-se os vínculos que permitem integrar os membros a suas famílias. TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law: Macrocomparação e Microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, V. 181, mar. 2010, p. 168. Em outro estudo, o mesmo autor lembra que o precedente sempre foi a principal característica distintiva dos sistemas de *common law*, o que não pode mais, atualmente, ser afirmado irrefletidamente: “*Ricerche svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di common law, essendo*

objetivo do estudo, serão analisadas apenas as duas primeiras, tradições capazes de abarcar a grande maioria dos sistemas jurídicos existentes⁹.

A família romano-germânica tem seu berço no direito romano, mas, principalmente em decorrência da colonização exercida pela Europa, atualmente se mostra dispersa nos mais diversos países. Essa constatação, por si só, já permite inferir que há, em cada estado, suas peculiaridades, mas nada que impeça a identificação de elementos centrais que o incorporam àquela tradição¹⁰.

A retomada dos estudos do Direito Romano nas universidades na Europa Continental certamente teve papel determinante na evolução desta família jurídica. Tudo começou com a descoberta na Itália, no século XI, do texto completo da legislação de Justiniano, que nunca até então havia sido conhecida em sua completude. A partir dali se iniciou o estudo de todos os livros que compunham a grande compilação: as *Institutas* (livro inicial breve), o *Código* (com leis imperiais), as *Novellae* (emitidas pelo próprio Justiniano na intenção de complementar o código) e o *Digesto* (excertos de escritos dos juristas da época)¹¹. A análise do Direito Romano no meio

ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di civil law". TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Italia, A. 61, n. 3, 2007, p. 795.

⁹ A Terceira família, dos direitos socialistas, que teve início na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, segundo René David, é composta por países que antes pertenciam à família romano-germânica e, por essa razão, com esta última guardam semelhanças, como a compreensão da regra do direito e as terminologias utilizadas pelos juristas. Há, contudo, algumas diferenças, notadamente o ideal dos dirigentes de fundar sociedades nas quais não sejam mais necessários o Estado e o direito. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27.

¹⁰ Mais especificamente, explica René David que: "Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou, particularmente, toda a América Latina, uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia. Esta expansão deve-se em parte à colonização, em parte às facilidades que, para uma recepção, foram dadas pela técnica jurídica da *codificação*, geralmente adotada pelos direitos românicos no século XIX." DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 34. Neste ponto é importante também lembrar a abordagem feita por Barbosa Moreira sobre a divisão da Europa em duas porções, derivadas do *civil law* e *common law*, o que, para o autor, se deve a uma maior permeabilidade ou resistência ao direito romano: "Recordarei, em poucas palavras, o caso historicamente muito relevante, mas já recuado no tempo, da chamada recepção do direito romano, ao longo dos últimos séculos da Idade Média e dos primeiros tempos da Idade Moderna, em territórios que jamais haviam pertencido a Roma, nomeadamente grande parte dos que viriam mais tarde a formar a Alemanha. Outros povos, como o inglês, resistiram com êxito a essa inundação romanística, e daí defluiu importante consequência para a história do direito: a divisão da Europa, do ponto de vista jurídico, em duas porções distintas: uma a que se veio a aplicar a designação de *civil law*, óbvia reminiscência do *ius civile* romano, alçada a posição de supremacia sobre os direitos locais; outra que, praticamente imune ao fenômeno, se tornou conhecida pelo nome de *common law*". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: **Temas de Direito Processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 258.

¹¹ A exposição desse período histórico é feita com maestria por Van Caenegan. CAENEGAN, R. C. Van. Tradução Luiz Carlos Borges. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 38.

acadêmico torna-se ainda mais intensa no século XIII, momento decisivo para a propagação dos seus princípios pelo mundo.

Foi neste momento que se deu o renascimento, a revalorização da ideia de direito como indispensável à regulação da convivência social, afastando, ao menos em certa medida, o apelo ao sobrenatural. A valorização da legislação escrita surge em um momento em que se percebeu que os costumes até então vigentes necessitavam de uma redação ampla, capaz de orientar decisões em quaisquer situações; tudo isso só foi possível tendo como base os princípios do direito romano¹².

A codificação apareceu apenas no século XIX, destinada a reforçar a contenção à diversidade dos costumes e, para René David¹³, foi ela um passo indispensável à expansão na Europa e fora dela do direito romano-germânico.

A criação dos códigos, na França pós-revolucionária, segundo lembra Luiz Guilherme Marinoni¹⁴, seria indispensável para a concretização dos ideais de liberdade e igualdade, isso porque caso os juízes pudessem proferir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários poderiam não ser alcançados. Segundo a lição de Leonardo Greco, a Justiça do *civil law* naquele momento da História preocupava-se muito mais com a manutenção do poder político do que com os interesses individuais dos litigantes¹⁵.

¹² René David explica a relevância deste movimento de revalorização do direito nos séculos XII e XIII: “O movimento que se produz nos séculos XII e XIII é tão revolucionário quanto será no século XVIII o movimento que procurará substituir a regra do poder pessoal pela democracia, ou, no século XX, aquele que pretenderá substituir a anarquia do regime capitalista pelo remédio da organização social marxista. A sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso. Estas tornam-se as ideias mestras na Europa Ocidental nos séculos XII e XIII; elas imperarão aí, de modo incontestado, até os nossos dias”. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

¹³ DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.5.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, a. 34, n. 172, jun.2009, p. 182.

¹⁵ Como bem lembra Leonardo Greco, a justiça dos países de *civil law* no século XIX era uma justiça burocrática, que não se preocupava diretamente com os interesses das partes, mas constituía-se como forte instrumento do poder político, “do qual sempre esteve muito próxima, sendo em geral os juízes livremente nomeados pelo soberano”. Leonardo Greco lembra, ainda, que após a Revolução Francesa desapareceram todas as outras formas de exercício da jurisdição (jurisdições senhoriais, das corporações e ordens religiosas) e a Justiça passou a ser monopólio do Estado, exercida por um juiz *boca da lei*, “em benefício da ordem pública e da paz social, que não eram absolutamente

Analisada brevemente a construção do sistema romano-germânico, cabe agora identificar os elementos que aproximam os diversos direitos que se reúnem nessa família.

Com base nos estudos de René David¹⁶, podem-se encontrar alguns pontos de contato. Inicialmente, é possível constatar que em todos os países integrantes da cultura romano-germânica, se fez a divisão binária do direito em público e privado, uma vez que todos partiram da mesma constatação de que as relações entre indivíduos e entre estes e o Estado acarretam problemas muito específicos, que precisam ser regidos cada qual segundo suas peculiaridades.

Além disso, em todos os integrantes desta família é possível perceber a mesma divisão de direitos dentro da classificação binária maior já apresentada. Invariavelmente identifica-se o estudo do direito civil, administrativo, penal, processual, isso porque não se pode esquecer que originalmente a ciência do direito que fundou o sistema romano-germânico surgiu sobre as bases do direito romano.

Sem dúvidas o principal elemento de aproximação dos integrantes desta família é o modo de compreender a regra jurídica. Neste sistema tal regra não é construção judicial; surge, isso sim, de uma reflexão sobre a moral, a política, a justiça e também sobre a prática. O direito, sendo um modelo de organização social, precisa da regra de direito para harmonizar e orientar as condutas dos cidadãos. Não se busca, com a regra, a solução de todos os casos particulares, mas o direcionamento, de modo suficientemente geral das condutas dos integrantes da sociedade e das decisões políticas e jurídicas, o que coloca o aplicador da regra com uma tarefa típica de intérprete¹⁷.

interesses privados dos litigantes”. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo**, São Paulo, SP, v. 33, n. 164, out.2008, p. 37.

¹⁶ DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 85.

¹⁷ Para René David, o grande desafio está em construir essa regra suficientemente geral: “A arte do jurista, nos países da família de direito romano-germânica, é saber encontrar a regra e formulá-la a este ponto de equilíbrio: não é necessário que a regra assuma um caráter muito geral, porque ela deixaria então de ser um guia suficientemente seguro para a prática; é, sim, necessário que ela assuma um caráter suficientemente geral, para contemplar um certo tipo de situações e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular. Acrescentemos que este ponto de equilíbrio não é, necessariamente, nem de fato, o mesmo em todos os ramos de direito: uma maior concretização pode ser desejável em matérias tais como o direito penal ou o direito fiscal, em que se deseja reduzir ao máximo o arbítrio da administração. Um elevado grau de generalização pode, ao contrário, parecer desejável em certas outras matérias mais fluidas, em que se deseja impor menos estritamente o rigor de soluções jurídicas”. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 103-104.

Essa concepção acima exposta acarreta, ao menos em certa medida, uma normativa mais previsível e de mais fácil conhecimento¹⁸. Com base na análise realizada, é possível concluir que a lei aparece como a fonte inicial dos países integrantes da tradição romano-germânica. É a ela que recorre o aplicador, inicialmente, na solução de qualquer litígio.

Diz-se, contudo, que é a fonte inicial, pois hoje não há mais lugar para a contemplação da lei como fonte absoluta do direito nos países de *civil law*, vez que há muito se reconhece a relevância de outras fontes do direito. Basta pensar no exemplo do costume, que muitas vezes é indispensável para a compreensão da lei, quando esta se vale de conceitos que só são conhecidos no bojo da sociedade como, por exemplo, o que é um fim imoral que impede a repetição em caso de pagamento indevido¹⁹.

Com apoio nas lições de Teresa Wambier²⁰, é possível afirmar que existem três grandes poros que permitem ao juiz dos dias de hoje adaptar o direito ao caso concreto, são eles: conceitos vagos (método de elaboração da lei que permite ao juiz tomar sua decisão de maneira mais rente ao caso concreto), cláusulas gerais (técnicas muito utilizadas a partir do século XX para garantir a oxigenação do sistema e que reúne em si conceitos vagos e princípios jurídicos), além dos princípios jurídicos (normas jurídicas que explicitam valores, formuladas intencionalmente de maneira vaga).

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que, mesmo diante da pluralidade de fontes, é intrínseco ao jurista romano-germânico se sentir mais à vontade quando pode invocar uma lei. A legislação escrita tem nesses países o papel de ponto de partida.

Para finalizar a análise do sistema romano-germânico importa, apenas, avaliar o papel da jurisprudência nestes países. Nesta tradição, cabe ao legislador estabelecer normas gerais capazes

¹⁸ A ressalva aqui deve ser feita, pois, se a generalidade facilita o conhecimento das regras, de certo, aumenta o trabalho do intérprete, como bem ressalta René David: “A concepção de regra de direito admitida nos países da família romano-germânica não traz como consequência autorizar uma previsão mais fácil da solução que comporta um determinado litígio. Tudo o que restringe a especialização da regra de direito aumenta automaticamente o papel de interpretação do juiz. Formular a regra de direito em termos de uma excessiva generalidade é fazer dela alguma coisa de menos preciso, e conferir aos juízes uma maior liberdade na aplicação da regra de direito”. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 106.

¹⁹ Ver a íntegra do artigo 883, do Código Civil: “Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”.

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 131.

de abarcar o maior número possível de situações, não se atendo apenas à contingência dos processos singulares. Cabe à regra geral estabelecer o quadro de atuação da jurisprudência e, quando a esta é delegada uma atividade mais criativa, as normativas formadas são frágeis, podendo ser rejeitadas ou modificadas, não gozando da mesma importância que goza a lei. Não cabe ao juiz neste sistema a criação do direito²¹.

Esse fato é reforçado pela própria formação dos juízes dos países do sistema romano-germânico. Ao ingressar no Judiciário, de modo geral, os magistrados dos países romano-germânico que estão dando início a uma carreira; não são, como no *common law*, escolhidos entre profissionais de longa data. Têm eles em sua mente o contato intensivo com aquilo que aprenderam nas faculdades e que lhes condicionam a ver tudo de maneira mais ampla e menos casuística, como fazem os juízes do *common law*²².

Não bastasse isso, como lembra Mauro Cappelletti²³, os juízes desse sistema são magistrados de carreira, que escolheram a profissão em idade juvenil e assumiram após a aprovação nos concursos prescritos, almejando, ao longo do caminho, a promoção a cargos mais importantes. Assim, não gostam de criar regras, o que os exporia a críticas e por essa razão sua jurisprudência até poderá ter algum tipo de criatividade, mas será sempre mais oculta e anônima do que aquela do juiz do *common law*.

Feita breve análise das características e elementos fundantes da cultura romano-germânica, passa-se agora ao estudo do *common law*, buscando compreender as peculiaridades desse sistema e extrair os caracteres de aproximação entre aqueles que o integram.

²¹ Acrescenta Tucci, sobre este aspecto, que: “Na órbita do direito codificado, por outro lado, predomina a orientação de que a jurisprudência não goza de força vinculante. Prevalece, portanto, a ideia de que o precedente tem eficácia meramente persuasiva. Com efeito, é opinião corrente, sob esse aspecto, que as decisões judiciais não são consideradas fonte de produção do direito, mas apenas “fonte de conhecimento” do conteúdo normativo da lei, e que, portanto, não se impõem ao juiz. O precedente, na verdade, nas hipóteses de dúvida, presta-se a auxiliar o julgador no processo hermenêutico em busca da correta determinação do cânone legal aplicável ao caso concreto. Apresenta-se, assim, com uma particular carga de persuasão pelo simples fato de constituir indício de uma solução racional e socialmente adequada” TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 13.

²² DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 155

²³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 121.

Inicialmente, vale recorrer ao contexto histórico de desenvolvimento dos dois principais expoentes de cada família (França e Inglaterra) para compreender os elementos determinantes de cada sistema.

Como já exposto acima, no auge da Revolução Francesa era indispensável que o direito fosse completo e claro, impedindo, assim, a atividade criativa do juiz, figura que sempre se colocou ao lado da monarquia e dos senhores feudais e que, por isso, não era confiável naquele momento. Luiz Guilherme Marinoni²⁴ lembra que antes daquele movimento os magistrados franceses mantinham laços espúrios com outras classes, notadamente a aristocracia feudal, em nome das quais atuavam. Por isso, seguindo as propostas de Montesquieu²⁵, a atividade de julgar não poderia ser mais que a mera declaração da lei.

Na Inglaterra, por sua vez, o juiz se apresentou como importante protagonista na luta pela proteção do cidadão frente ao monarca, pois tinha o Judiciário o papel fundamental de enunciar a regra jurídica vinculante para qualquer dos Poderes. Não houve no direito inglês qualquer revolução, apenas uma evolução sempre baseada em tradições ancestrais da nação.

A nascente do *common law* foi, sem dúvidas, o direito inglês, tanto é que até determinado momento da história, mais propriamente até o século XVIII, o estudo daquela tradição jurídica se resume ao estudo deste direito.

Se é assim, pode-se delimitar, resumidamente, a história daquele direito em quatro momentos. O primeiro, conhecido como anglo-saxônico, ocorreu até 1066 e, por ser um direito muito emergente, anterior à conquista normanda, é também pouco conhecido. No segundo momento, que vai até a conhecida dinastia dos Tudors, aproximadamente em 1485, é aquele em

²⁴ Luiz Guilherme Marinoni, em seu estudo, também ressalta a diferença entre a visão sobre juiz na França e na Inglaterra: “O magistrado inglês teve fundamental importância na consolidação do *common law* – daí se falar em *judge make law*. Não obstante, o poder do juiz era o de afirmar o *common law*, a qual se sobrepunha ao Legislativo, que, por isso, deveria atuar de modo a complementá-la. O Legislativo não se opôs ao Judiciário, chegando, em realidade, a com ele se confundir. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, preocupando-se com a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por isso mesmo, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar do Judiciário ou para supor que os juízes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo”. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, n. 172, p. 182, jun.2009.

²⁵ SECONDAT, Charles-Louis de (Barão de Montesquieu). **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

que efetivamente se desenvolve o *common law*, um sistema de direitos comum que buscava substituir a fragmentariedade dos costumes²⁶.

Vale destacar que é durante essa segunda fase, conforme Neil Duxbury²⁷, que os precedentes se tornam a forma dominante de autoridade dada a um argumento jurídico, pois é a partir daí que as partes passam a se preocupar não só com a disputa, mas também com os fundamentos da decisão judicial.

O terceiro período, que se estende até 1832, destaca a contraposição entre o *common law* e a *equity*, jurisdição marcada pelo emprego da equidade, que se desenvolvia pelo Chanceler e se destinava a corrigir os equívocos do direito inglês, complementando-o²⁸.

Foi nesse terceiro intervalo, segundo relembra Sérgio Gilberto Porto, quando a Câmara dos Lordes admitiu o caráter vinculante de suas próprias decisões nos casos *Beamish v. Beamish* em 1861, referendado no caso *London Street Tramways v. London Country Council*, que se entendeu que seria mais sensato para a sociedade que os litígios fossem estabilizados com uma solução a ser seguida nos casos posteriores, lançando-se, assim, as bases para o *stare decisis*²⁹.

²⁶ A divisão do estudo do *common law* em quatro momentos principais foi proposta por René David. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

²⁷ Dada a importância desse momento para a compreensão do precedente na Inglaterra, vale conferir a lição de Duxbury, *in verbis*: “By the sixteenth century, reported decisions were ever more often reasoned decisions. But why should this have happened? (...) As the focal point of the trial moved from the pleadings to the decision, lawyers, their clients and even law reporters increasingly expected judges to provide reasons for what they decided. This expectation was often dashed; indeed, by the early seventeenth century, judges were still sometimes resistant to providing reasons for their decisions. The altered form of the trial had changed the tide, nevertheless, so that by 1600 the idea of the single reasoned decision as a distinct source of law, though by no means yet fully accepted, was clearly emerging. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 52.

²⁸ Van Caenegan explica como funcionava a jurisdição nos tribunais de Chancelaria: “No tribunal da Chancelaria, o chanceler exercia sua jurisdição equitativa, como correção ou complemento para a aspereza ou deficiência dos tribunais de *common law*. Na verdade, a chancelaria oferecia remédios que eram corriqueiros no procedimento profissional, mas não disponíveis nos tribunais de *common law*, como injunção, desempenho específico e retificação de documentos. Como o chanceler quase sempre era um bispo cujo tribunal surgira bem depois do estabelecimento do processo romano-canônico, não é surpreendente que seu processo estivesse muito mais próximo da igreja do que do *common law* (...)”. CAENEGAN, R. C. Van. Tradução Luiz Carlos Borges. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 84.

²⁹ O mesmo autor lembra que o *stare decisis* demonstra uma preocupação com a identidade de demandas e impõe a aplicação da mesma solução a todos os casos que apresentem a mesma questão legal em discussão, o que garante a isonomia do tratamento jurisdicional. PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **Estudos de Direito Processual Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 01, 2005, p. 769. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf> >. Acesso em 25 fev. 2016.

Por fim, tem-se a quarta fase ou período moderno, que perdura até os dias de hoje e tem como principal característica o surgimento de normas escritas, que devem conviver com o direito jurisprudencial³⁰.

Desde seu nascedouro, o jurista inglês se diferencia do jurista do *civil law*. Enquanto este, desde a ascensão do ensino jurídico, formou-se nas universidades, recebendo informações sobre as bases do direito romano, o jurista do *common law* neste átimo formava-se na prática, a partir da apreciação de questões concretas relevantes como aquelas sobre processos e provas. Nesse cenário, por óbvio, a concepção do que é a regra do direito é muito particular.

Nos países integrantes da família do *common law*, a regra do direito deriva da jurisprudência (o *case law*, como reconhecido no direito inglês). A partir de um julgamento de um caso paradigmático, pode-se dissecar a decisão e buscar naquela a razão determinante (*ratio decidendi*), afastando aquilo que não contribuiu diretamente para a solução do caso (*obiter dictum*). A atividade do jurista do *common law*, assim, não se traduz numa atividade interpretativa; ao contrário, cabe a ele encontrar, ou quem sabe até criar, diante do caso concreto, a regra que melhor o solucione³¹.

A principal fonte do direito inglês, como de todo *common law*, é a jurisprudência. As cortes supremas são as maiores responsáveis pela construção do direito e são capazes de fazer cumprir suas decisões. As regras encontradas nas decisões judiciais precisam ser seguidas, sob

³⁰ A sistematização das fases foi extraída da obra de René David. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Sobre o quarto momento, vale ainda citar a lição de Katja Funken, que lembra que, atualmente, desenvolve-se um momento chamado de *Age of Statutes*. FUNKEN, Katja. *The Best of Both Worlds – The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System*. **University of Munich School of Law Working Press**, Munich, Germany, p. 1-33, 2003. Disponível em: <<http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13598/convergence.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

³¹ A clara diferenciação entre a concepção da regra do direito nas duas famílias ora analisadas é encontrada nas lições de René David: “A regra de direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem todos os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada. A regra de direito continental, mais ligada à teologia moral do que ao processo, é uma regra, evidenciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio particular. As duas regras, visando pela sua origem uma finalidade diferente, não podem ter o mesmo nível de generalidade; a regra de direito francês é inevitavelmente mais abrangente do que a regra inglesa”. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 409. O papel do juiz é bem aclarado por Toni Jaeger Fini, que dispõe que as regras de direito dispostas pelos juízes têm comumente o condão de se estender para além do caso particular. Sua observância, em casos futuros, dependerá da perfeita adequação pelo julgador subsequente. FINE, Toni Jaeger. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011. P. 67.

pena de comprometer a verdadeira essência do sistema. Assim, para manter a racionalidade, o corolário lógico desse sistema é o *stare decisis*, que impõe a observância dos precedentes³².

Vale lembrar, com apoio na lição de Van Caenegan, que na Inglaterra já houve intensos defensores da codificação, a partir da crença de que um direito baseado em inúmeros casos práticos julgados ao longo dos séculos não poderia ser cognoscível pelas pessoas. A codificação, porém, não conseguiu prosperar naquele Estado por algumas razões, principalmente políticas, dentre as quais vale citar duas. Primeiramente, os códigos sempre foram associados à fúria de revolucionários franceses, que era totalmente repudiada no país vizinho. Além disso, a codificação era naturalmente associada à figura de Napoleão Bonaparte, com o qual a Grã-Bretanha permaneceu durante anos em luta de vida ou morte³³.

O sistema conhece e, principalmente, nos dias atuais, vale-se da lei como fonte do direito. A grande marca, porém, é se essa lei só será aplicada quando delimitada e esclarecida pelos magistrados no caso concreto, podendo a decisão judicial, inclusive, tomar seu lugar na disciplina das situações práticas. Embora haja atualmente diversos setores da vida social nos países de *common law* que sejam fartamente regulamentados pelo direito escrito, certo é que o jurista se sente muito mais familiarizado com o terreno em que impera o precedente³⁴.

³² Mais adiante serão apresentadas as necessárias conceituações sobre conceitos ligados ao *common law* e indispensáveis a este estudo, contudo, no presente momento, vale citar um conceito de precedentes apresentado por Zenon Bankowski, D. Neil MacCormick e Geoffrey Marshall, quando da análise dos precedentes no direito inglês: “*A precedente is a simply any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case now before a court. If the prior decision is of a superiour court in the same hierarchy, it will be a binding precedent that must be followed unless it can be distinguished on some point of significant fact or law. Otherwise, it will be a persuasive precedent, possibly a relevant analogy for decision of the present case; or it may illustrate an importante legal dividing line between one class of cases of the class now in issue*”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (eds) **Interpreting precedents: a comparative study**. Aldershot: Dartmouth, 1997. Luiz Guilherme Marinoni lembra que “o *common law*, por não possuir a mesma racionalidade do direito legislado, teria adotado o *stare decisis* como meio para contrabalançar a sua porca racionalidade e previsibilidade”. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes (justificativas do novo CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

³³ CAENEGAN, R. C. Van. Tradução Luiz Carlos Borges. **Juizes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 35.

³⁴ Sobre a crescente valorização da lei no direito inglês, vale destacar a lição de René David: “Um intenso movimento legislativo desenvolveu-se na Inglaterra nos últimos cem anos, muito especialmente depois da guerra de 1939. Multiplicaram-se as leis de inspiração dirigista, modificando profundamente o direito antigo e criando todo um setor no direito inglês. Todas estas leis, que visam a construção de uma sociedade nova - em particular as que criam instituições de previdência social, estabelecem princípios de urbanismo, dirigem as forças da economia, coordenam os transportes, reformam o sistema educacional ou o sistema nacional de saúde constituem regras tão estranhas ao sistema tradicional, que é impossível manter, no que lhe diz respeito, os princípios de interpretação tradicionais na Inglaterra”. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43. Teresa Wambier deixa claro que mesmo quando o juiz decide com base na lei os sistemas de precedentes vinculam, isso porque, nestes casos, estará o magistrado vinculado à interpretação

Em razão dessa técnica jurídica, aqueles diretamente envolvidos com o direito no sistema norte-americano têm uma postura própria diante de um caso colocado à decisão perante o judiciário. A pesquisa jurídica faz com que os interessados encontrem casos extremamente semelhantes e possam, com grande proximidade do que ocorrerá, prever a decisão que será imposta ao conflito.

Para a referida pesquisa existem métodos que são ensinados desde a graduação, incutidos na mente de um aluno que passa por um processo de aprendizado voltado para a pesquisa e participação ativa das aulas ministradas. Conforme afirma Cole, “o ensino do direito através de aulas expositivas não fornece uma base satisfatória para os alunos de direito para entender situações fáticas que lhes sejam apresentadas com o objetivo de análise, pesquisa ou previsibilidade”³⁵.

A realidade do ordenamento jurídico que se pauta pela política do *stare decisis* é diferenciada desde a graduação, com a preparação dos alunos para a pesquisa jurídica apta a, no futuro, fornecer a previsibilidade adequada. Poder-se-ia ir mais além e dizer que a realidade se inicia mesmo fora das faculdades de direito, pois, na mente do leigo, já está incutida a ideia de que a solução a ser dada a seu problema é previsível, o que pode influenciar diretamente, inclusive, o interesse de ingressar em juízo.

Não há dúvidas: seguir o precedente, nos países de *common law* é, antes de mais nada, uma questão de cultura³⁶.

dada anteriormente por outra corte na aplicação daquela lei. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 127.

³⁵ COLE, Charles D. *Stare Decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos – O sistema de precedentes vinculantes do *common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, SP, v. 752, Jun-1998, p. 17.

³⁶ Constatação brilhantemente apresentada por Teresa Wambier, que lembra que mesmo quando um precedente tem força meramente persuasiva, ele será seguido, salvo se o magistrado tiver relevantes razões para afastá-lo. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p.128.

1.1.2 Fatores históricos que demonstram a aproximação entre as famílias de *civil law* e *common law*

A partir do século XX a concepção tradicional das grandes famílias jurídicas foi alterada e alguns motivos fizeram com que os elementos determinantes de cada família se aproximassem. Parece coerente que a análise da convergência entre os sistemas parta da questão das fontes do direito e da forma de conceber a regra do direito em cada sistema, já que, por muito tempo, este foi o grande elemento distintivo entre os sistemas analisados.

A doutrina tradicional do *civil law*³⁷ sempre reconheceu que a centralidade do sistema se encontrava na lei, isso porque, com a codificação, a crença na completude fez com que as soluções jurídicas sempre fossem buscadas na letra da lei, reduzindo, ao máximo, o poder interpretativo do juiz. Contudo, a constatação de que a codificação não poderia dar resposta a todos os problemas sociais fez com que o apego à lei gerasse um inchaço legislativo no século XX e, na busca por abarcar o maior número de situações possíveis, o que se colheu foi a perda da centralidade das codificações.

Com a explosão da legislação especial, que, em alguns campos como, por exemplo, propriedade intelectual, legislações trabalhistas, empresarial, formou-se os chamados “microsistemas” legais³⁸, as codificações se tornaram cada vez mais um corpo de leis residuais, a qual se recorre diante da inexistência de previsões específicas sobre dado assunto. Com isso, não havia dúvidas de que a centralidade e a certeza pretendida pela união da lei em códigos ficavam, cada vez mais, ameaçadas³⁹.

A percepção da incompletude do sistema para a solução de todas as questões jurídicas relevantes fez com que o legislador do século XX passasse a optar por cláusulas abertas, deixando maior fluidez interpretativa para o magistrado na aplicação do direito, na intenção de

³⁷ Por todos ver as explicações de René David. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 16.

³⁸ Para uma compreensão mais aprofundada sobre a questão dos microsistemas, recomenda-se a seguinte leitura: SOARES, Felipe Ramos Ribas Soares; MATIELI, Louise Vago; DUARTE, Luciana da Mota Gomes de Souza. Unidade do Ordenamento na Pluralidade de Fontes: uma crítica à Teoria dos Microsistemas, in: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (org). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 71-96.

³⁹ MERRYMAN, John. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. 3 ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

melhor solucionar as inúmeras questões que lhes eram submetidas. Com isso, abrindo-se margem para atuação criativa do magistrado, o sistema jurídico vai aos poucos se distanciando da visão de um juiz que poderia apenas recorrer ao código para solucionar as demandas⁴⁰.

Na *common law*, que tem como fonte primária o precedente judicial, foi também a inflação legislativa do século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, que fez com que o sistema se aproximasse da família vizinha, deixando aos poucos a crença na insuficiência da lei para solução dos casos⁴¹.

Várias foram as causas que ocasionaram essa mudança de percepção quando à regra do direito em cada sistema. O constitucionalismo certamente teve seu papel de destaque na aproximação entre os sistemas. Com a propagação do movimento constitucionalista, os países de *civil law* passaram a ter um diploma superior a lei, em que se estatua, inclusive, a possibilidade de controlar a validade de uma lei com base na Constituição. Quando esse poder é deixado nas mãos do Judiciário, qual seja deixar de aplicar uma lei por reputá-la inconstitucional ou mesmo

⁴⁰ Para Teresa Wambier, não há dúvidas de que ao interpretar essas cláusulas, o juiz do *civil law* cria direito: “É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz de *civil law* não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 134. No livro *Interpreting Precedents*, advertem Bankowski, MacCormick, Morawski e Ruiz Miguel que elementos de convergência entre as duas famílias podem ser vistos quando passamos a considerar as razões oferecidas para a atribuição de força aos precedentes. Normalmente, isso ocorre para garantir a uniformidade, quando surge a necessidade de interpretar leis. Nas palavras dos autores: “Further elements of similarity, or even of convergence, can be seen when we turn to considering the reasons offered in support of following precedents. In considering the systems of codified law, one striking aspect of the rationale for following ‘precedents of interpretation’ is that of unity or uniformity in law and in decision making throughout the whole legal order (...)”. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent. **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. London: Dartmouth, 1997, p. 486.

⁴¹ A aproximação é bem resumida por Jaldemiro Rodrigues: “Ressalte-se que um intenso movimento legislativo desenvolveu-se na Inglaterra nos últimos cem anos, muito especialmente depois da Segunda Guerra Mundial. Multiplicaram-se as leis de inspiração dirigista, modificando profundamente o direito antigo. Tal desenvolvimento das tendências dirigistas, tanto nos Estados Unidos como na Inglaterra, tende a aumentar a importância da lei. Em paralelo, nos países de *civil law* tem aumentado sobremaneira a importância do precedente judicial, principalmente em virtude do implemento da atividade criativa do Poder Judiciário, decorrente do *Welfare State*, do constitucionalismo, dos conceitos indeterminados, regras de textura abertas e cláusulas gerais, conforme será abordado nos itens a seguir.”. ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e a irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 41.

de suprir uma omissão legal que não é aceita pela Constituição, por óbvio, o magistrado não pode mais ser visto como mero enunciador da vontade legal⁴².

Outro ponto determinante da conjunção entre os sistemas foi a necessidade de atender às transformações sociais surgidas durante o *Welfare State*. Nesse momento, na *common law*, a criação jurisprudencial do direito já não era mais suficiente para atender às necessidades prementes da sociedade e novas leis tornaram-se indispensáveis para acompanhar a mudança social⁴³. Assim, o direito inglês e dos demais países que seguiam sua cultura foi-se aproximando gradativamente dos países adeptos da tradição romano-germânica, que se mostravam mais preparados para atender a essa realidade.

A aproximação, neste momento, não ocorreu apenas em relação à *common law*. Também nos países da Europa Continental, com a explosão dos direitos sociais, intensificou-se a produção legislativa e as leis, como se sabe, por mais especificadas que sejam, sempre carecem de um certo grau de interpretação. Isso porque, conforme bem lembra Cappelletti, por mais que o jurista se esforce a permanecer fiel ao texto da lei, ele sempre será “forçado a ser livre”⁴⁴.

⁴² Sobre o papel do constitucionalismo na aproximação entre os sistemas, vale conferir a lição de Luiz Guilherme Marinoni: “A evolução do *civil law*, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à *common law* e, bem mais claramente, ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição. No instante em que a lei perde a supremacia, submetendo-se à Constituição, transforma-se não apenas o conceito de direito, mas igualmente o significado de jurisdição. O juiz deixa de ser um servo da lei e assume o dever de atuá-la na medida dos direitos positivados na Constituição. Se o juiz pode negar a validade da lei em face da Constituição ou mesmo instituir regra imprescindível à realização de direito fundamental, o seu papel não é mais aquele concebido por juristas e processualistas de épocas distantes”” MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 34, n. 175, p. 182, jun.2009. Vale lembrar, também neste ponto, que Merryman ressalta que o constitucionalismo é mais um passo rumo à decodificação, a partir do reconhecimento de que os códigos não servem à função constitucional. MERRYMAN, John. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 3 ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 158.

⁴³ Com as novas leis, num sistema não preparado para recebê-las, surgiram diversos problemas até então não enfrentados e impôs-se a criação de tribunais, como bem enuncia René David: “Ao lado dos tribunais que forjaram a *common law*, foram criados múltiplos organismos para solucionar as contestações causadas pelas novas leis, porque pensou-se que não somente os tribunais tradicionais ficariam congestionados se devessem julgar este novo contencioso, mas também que não estavam preparados para realizar esta tarefa de maneira desejável”. DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 379.

⁴⁴ Pela relevância da lição de Mauro Cappelletti, vale citar trecho de sua obra em que o autor analisa a relação entre a interpretação e a criação do direito: “Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. (...) Por mais que o interprete se esforce por permanecer “fiel” ao seu texto, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe

Vale lembrar que o temor da interpretação judicial sempre assombrou ambas tradições jurídicas. Merryman, desde meados do século XX, afirmava que é um “folclore” a diferenciação entre as duas tradições legais com base apenas na afirmação de que o juiz do *civil law* baseia-se apenas na lei, não se vale de decisões judiciais anteriores, nem cria o direito a partir da interpretação judicial. Esse “folclore” também pairou sobre os ordenamentos de *common law*, nos quais, em busca da previsibilidade e segurança prometidas pelo sistema, tentou-se reduzir a atuação do magistrado a uma mecânica atividade de seleção e aplicação dos precedentes⁴⁵.

A compreensão de que os direitos sociais não eram suficientemente garantidos apenas pelo Executivo, unida ao crescente poder criativo dos magistrados, garantiu a aproximação das tradições nos dois sentidos durante o estado de bem-estar social⁴⁶.

Mauro Cappelletti explica que sob o influxo do *Welfare State*, com o agigantamento do papel do Estado, os juízes encontraram terreno fértil para se livrarem da “colcha protetora do formalismo” que, tanto no *common law* como no *civil law*, buscava reduzir a atividade jurisdicional a uma lógica pura e mecânica, ignorando o elemento voluntarístico⁴⁷.

Se o papel do Estado mudou, deixando de atuar apenas com funções de repressão e proteção, para integrar também uma função promocional, também o papel do juiz precisou mudar. Os direitos sociais pediram uma atuação constante do Estado, ativa e prolongada no tempo, o que exige uma legislação diferenciada. A lei que protege direitos sociais se limita, muitas vezes, a prever finalidades e princípios gerais, e nesse cenário é manifesto o caráter

espaço para variações e *nuances* para a criatividade interpretativa.” CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 21-22.

⁴⁵ Vale a pena conferir, *in verbis*, a lição de Jonh Merryman: “*As we have seen, revolutionary ideology assumed that systematic legislation would be clear, complete and coherent, reducing the function of the judge to one of merely applying the law (i.e., the statute) to the facts. This simplistic view of the judicial process, which has an amazing power of survival in the public mind and among some lawyers, is the precise equivalent of a simplistic attitude toward the work of judges in the common law world. Many laypeople among us, and even some lawyers, persist in believe that courts are bound by prior decisions and that the process of finding and applying the precedent to the case should be relatively mechanical. There is a folklore of the judicial process at work in both the common law and the civil law traditions*”. MERRYMAN, John. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. 3 ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 42.

⁴⁶ Segundo Jaldemiro Rodrigues, também neste momento alguns valores próprios dos países do *common law* tornam-se relevantes também na tradição vizinha, como a previsibilidade, a uniformidade e a estabilidade das decisões judiciais” ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e a irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 52.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 35.

criativo da atividade jurisdicional, abre-se um maior espaço para a discricionariedade e, segundo Cappelletti, esta é, portanto, uma poderosa causa de acentuação da criatividade dos juízes⁴⁸.

A promoção do Estado Social jamais teria ocorrido sem a atividade do Legislativo, responsável por editar as leis que impunham a atuação gradativa do Estado em busca da promoção dos direitos sociais. Se isso é assim, esse legislador-gigante precisava ser controlado e, com isso, surgiu o engrandecimento da justiça constitucional, responsável por controlar a legitimidade dessas leis. Isso nos países de *common law* não foi grande mudança, pois ao Judiciário sempre foi dado controlar os demais poderes. Contudo, nos países de cultura romano-germânica, sempre preocupados com a separação absoluta entre os poderes e desconfiados da atividade jurisdicional, constituiu grande novidade.

A alteração da técnica legislativa também teve seu papel decisivo na aproximação entre os sistemas. Como já mencionado anteriormente neste trabalho, o medo da figura do juiz no período pós revolucionário. Na França, fez com que surgisse com todo vigor o dogma da completude da codificação. Caberia ao Legislativo regulamentar todas as situações possíveis, reduzindo muito ou, quiçá anulando, a capacidade interpretativa do juiz. Contudo, essa crença não mais condiz com a realidade e hoje existe a exata noção de que o Legislativo não é capaz de solucionar, em abstrato, as diversas controvérsias possíveis e regulamentar todas as situações, o que fez com que o modo de elaboração das leis fosse alterado, dando lugar a uma legislação mais fluida, aberta. Surgem, assim, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, protagonistas da aproximação entre as famílias jurídicas.

Segundo Jaldemiro Rodrigues tanto os conceitos jurídicos indeterminados como as cláusulas gerais são normas abertas, seja na hipótese de incidência ou na consequência jurídica e, assim, não são normas prontas e acabadas capazes de serem aplicadas imediatamente pelo intérprete, requerem a construção de seu sentido⁴⁹.

Conforme bem ressalta Luiz Guilherme Marinoni⁵⁰, o legislador percebeu que o Judiciário não consegue dissolver as variadas situações concretas sem que tenha maior poder e mobilidade,

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 35-36.

⁴⁹ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e a irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro.** Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 55.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, a. 34, n. 172, jun.2009, p.

assim, o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e cláusulas abertas é muito diferente do juiz que apenas enunciava a lei. Se isso vem acontecendo nos países de *civil law* como um todo, por óbvio a função do juiz aproxima-se e muito àquela exercida pelo magistrado do *common law*, com certa liberdade interpretativa e criativa na solução do caso concreto.

Outro elemento histórico de aproximação entre os sistemas, que contribuiu para a desvalorização dos códigos, foi a valorização dos direitos humanos, em escala internacional. As cortes internacionais de justiça, a partir de tratados e convenções que lhes atribuem tal poder, podem afastar a legislação nacional que conflite com o direito comum. Onde se encontra o primado da legislação interna se esta pode ser suplantada pela legislação internacional, no âmbito de tribunais internacionais, quando conflita com o *jus commune*?⁵¹

Inegável é a convergência entre os sistemas e assim também são inegáveis as vantagens que esse movimento traz, dentre elas, como bem lembra Katja Funken⁵², a facilitação de

188. Neste ponto, também Taruffo concorda com a aproximação entre os sistemas e com o acréscimo do poder criativo do magistrado, apenas fazendo a ressalva de que o uso do precedente no *civil law* continua a ter uma forma diferente dos países do *common law*: “*Negli ordinamenti di civil law il grado di forza che viene attribuito al precedente è probabilmente minore rispetto a quello del precedente di common law, ma nulla esclude che vi siano precedenti così autorevoli e così persuasivi da imporsi ai giudici successivi. A questi viene comunque lasciato uno spazio di possibile dissenso, condizionato però all’indicazione di ragioni adeguate che giustifichino l’adozione di una regola di giudizio diversa*”. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Italia, A. 61, n. 3, 2007, p. 803.

⁵¹ Com apoio na exposição de Merryman. MERRYMAN, John. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 3 ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 159. Por não constituir o objeto deste estudo, passa-se à breve análise do sistema jurisdicional da União Europeia, apenas a título de contextualização, com base nos estudos de Lucianara Andrade Fonseca: “O sistema jurisdicional da União Europeia é chamado de Tribunal de Justiça da União Europeia. Este é uma das sete instituições que compõem a organização, juntamente com o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão Europeia, o Tribunal de Contas e o Banco Central Europeu. (...) Ao consagrar esse subsistema, caracterizado pelo Tribunal como uma nova ordem do Direito Internacional, ele estabeleceu três princípios que acabam por identificar o direito da União Europeia como tal: (i) o efeito direto do direito da União nos Estados-Membros, (ii) o primado do direito da União em relação ao direito interno e (iii) o regime de responsabilidade estatal. Em suma, cada indivíduo pode invocar o direito da União perante as cortes internas e requerer indenização do Estado em caso de violação desse direito. As cortes internas, ao aplicar o direito da União, devem não apenas observar o seu primado, como também observar a jurisprudência do Tribunal de Justiça”. FONSECA, Lucianara Andrade. Sistema Jurisdicional da União Europeia. in **Manual de Direito Processual Internacional**. Bárbara da Costa Pinto Oliveira, Roberto Luiz Silva (organizadores). – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 310.

⁵² A autora deixa claro que se a convergência ameaça a identidade de um sistema jurídico, é hora de dar um passo atrás: “*However, one should not overemphasise the significance and desirability of convergence. It is important to keep in mind that uniformity should never become an end in itself, unrelated to identifiable mutual benefits, but merely striving for simplicity. This is also important as to the preservation of cultural authenticity, variety and richness. When the forces of convergence threaten what gives a people its cultural identity, the mark is clearly overstepped and it is time to draw back and reconsider.*” FUNKEN, Katja. *The Best of Both Worlds – The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System*. **University of Munich School of Law**

transações, a preocupação com o bem-estar numa esfera global e a simplificação das transações econômicas trazida pela uniformização dos sistemas. Contudo, é preciso sempre ter em mente que se a aproximação levar à desnaturação da identidade de um dos sistemas ou dos indivíduos que o integram pode ser que seja hora de descer um degrau, regredir na escalada⁵³.

1.2 Aspectos fundamentais da teoria dos precedentes: um enfoque sobre a mudança de posicionamentos

Tendo ficado claro que não se pode mais conceber uma divisão estanque entre os sistemas jurídicos derivados do *civil law* e *common law*, será preciso agora esclarecer alguns conceitos fundamentais à compreensão do precedente judicial, a partir da análise de estudos pátrios e outros provenientes de sistemas jurídicos que desde seus primórdios se valem do direito pretoriano como fonte jurídica primária. O que se busca, com essa análise introdutória, é situar o leitor dentro da teoria dos precedentes, que não é própria da cultura jurídica brasileira.

Tendo bem delimitados estes conceitos, será possível, em um momento posterior, confirmar a convergência entre os sistemas jurídicos a partir da realidade brasileira e da recente aproximação da cultura de precedentes judiciais, pela apresentação do que se considera como degraus da escalada rumo à valorização do precedente judicial no direito processual civil brasileiro e dos motivos que impulsionaram este movimento.

Working Press, Munique, Alemanha, 2003, p. 5. Disponível em:

<<http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13598/convergence.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

⁵³ Ainda sobre a inegável convergência entre as famílias, pela relevância da lição, vale citar, na íntegra, a conclusão de Mauro Cappelletti: “Com referência a essas duas famílias jurídicas, contudo, parece-me justificada pelos resultados da presente investigação a seguinte conclusão geral: para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao “terceiro poder”, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. Verdade é que essa necessidade, como vimos, constitui a consequência da profunda e dramática metamorfose das sociedades modernas, e assim como a sua causa, tal necessidade é certamente um fenômeno arriscado e aventureiro”. Otimista, o autor conclui que essa aventura pode abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 133-134.

1.2.1 Esclarecimentos necessários sobre precedentes e institutos semelhantes

Segundo Taruffo, a importância do emprego de precedentes fica evidente em duas dimensões: na dimensão teórica, o precedente caracteriza a estrutura da argumentação jurídica, sendo um fator essencial na aplicação e interpretação do direito, conferindo à interpretação uma estrutura tópica, já que os precedentes representam os *topói* que orientam a compreensão da norma; na dimensão prática, a mais evidente, a pesquisa e uso dos precedentes tornam-se ferramentas quotidianas à disposição dos juristas para garantia da uniformidade e justiça⁵⁴.

Para a efetivação dos escopos acima, torna-se indispensável compreender e diferenciar os precedentes de institutos semelhantes, que possam causar ao jurista certa confusão, para que, então, torne-se possível definir meios para sua correta aplicação. Nas páginas iniciais deste trabalho, os termos “precedente” e “jurisprudência” podem ter sido usados como sinônimos, com objetivo de simplificação. A partir do presente momento, porém, serão diferenciados e adotados em seu aspecto técnico, respeitando suas diferenças imanentes.

Ainda de acordo com Taruffo, a distinção se dá, inicialmente, numa dimensão quantitativa, porque quando se fala em precedente faz-se referência a uma decisão que diz respeito a um caso particular e que se tornou determinante para a orientação do direito, é relativamente simples identificar qual decisão “faz precedente”; quando se pensa em jurisprudência, ao contrário, faz-se menção a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos, o que torna difícil a tarefa de dizer quantas e quais decisões são necessárias para afirmar que a jurisprudência é constante e que, portanto, pode influenciar na interpretação e aplicação do direito. Essa primeira constatação é de extrema relevância, por fazer ver que, em regra, a aplicação da jurisprudência não inclui análise dos fatos que foram objeto da decisão; o que se busca é a regra jurídica universalizável constante nas decisões.⁵⁵

⁵⁴ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, A. 61, n. 3, 2007, p. 795.

⁵⁵ Taruffo continua a distinção explicando que essa diferença traz consigo consequências prática, já que a aplicação do precedente, por ser relacionado a um único caso concreto determinado, traz consigo a necessidade de avaliação das peculiaridades daquele caso, já no uso da jurisprudência, por dizer respeito a uma diversidade de decisões preocupadas, no mais das vezes, com a aplicação e interpretação de regras jurídicas, falta a análise comparativa de fatos: “*A parte questo profilo su cui tornerò in séguito rimane chiaro che la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull'analisi dei fatti. Se questa analisi giustifica l'applicazione nel secondo caso della ratio decidendi applicata nel primo, il precedente è efficace e*

Ora, se não há uma fidelidade aos fatos, mas apenas uma aplicação indiscriminada da regra jurídica “abstrata”, o amontoado de decisões vai promovendo uma mutação indesejada, surgindo, muitas vezes, contradições e abruptas mudanças dentro da jurisprudência de um mesmo tribunal, o que torna sua utilização extremamente complicada e duvidosa. O raciocínio quantitativo leva a crer que quanto mais numerosas forem as decisões em um determinado sentido, maior será a necessidade de impor essa decisão a outros juízes, sem se atentar para o fato de que, muitas vezes, só são numerosas as decisões por serem fruto de mera repetição mecânica da mesma regra.

Com apoio em Zaneti, para esmiuçar o conceito, os precedentes não se confundem com a jurisprudência, pois não constituem uma tendência de um tribunal, mas traduzem a própria decisão a respeito de uma matéria, “bastando um *leading case* que modifique ou crie uma nova tese jurídica para formar um precedente”. Assim, “serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas”⁵⁶.

Mostra-se também necessário afastar o precedente da noção de *stare decisis*, pois embora costumeiramente adotados como sinônimos, os termos não se equivalem. A regra do *stare decisis* é responsável por garantir a estabilidade das decisões judiciais, uma vez que impõe a tomada em considerações das decisões passadas e o confronto destas com os casos atuais, estabelecendo verdadeira “presunção em favor dos precedentes” e impondo forte ônus argumentativo para seu afastamento em caso de dessemelhança⁵⁷.

Conforme será melhor explicado em tópicos posteriores, o *stare decisis*, segundo Harlan Cohen, não é uma regra inexorável nos países que a seguem, mas seguir os precedentes é ao menos o caminho mais usual e desejável, já que, conforme explicação da Suprema Corte norte-

*può determinare la decisione del secondo caso. Va notato che, quando si verificano queste condizioni, un solo precedente è sufficiente a fondare la decisione del caso successivo. L'impiego della giurisprudenza ha caratteristiche assai diverse. Anzitutto, l'analisi comparativa dei fatti manca, almeno nella grandissima maggioranza dei casi. Qui il problema dipende da ciò che in realtà "costituisce" la giurisprudenza: si tratta, come è noto, soprattutto delle massime elaborate dall'apposito ufficio che esiste presso la Corte di cassazione". TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, A. 61, n. 3, 2007, p. 797.*

⁵⁶ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 328-329.

⁵⁷ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 333. No mesmo sentido, para Toni Fini o *stare decisis* traz consigo uma tendência das cortes a seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes. FINI, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

americana, apresentada pelo autor, isso garante a igualdade, a previsibilidade e a consistência na promoção dos preceitos jurídicos⁵⁸. Apenas para que se tenha noção da relevância da referida regra naquele Estado, muito embora sua menção judicial seja relativamente nova, a essência do ditame, ou seja, a vinculação da *ratio decidendi* de um precedente para casos futuros, remonta, segundo Polly Price, ao momento em que surgiu a defesa dos direitos de propriedade, uma vez que os tribunais perceberam que mudanças abruptas na jurisprudência sobre essa matéria seriam extremamente indesejáveis, dada a necessidade de estabilização dessas relações⁵⁹.

Outro termo que não pode ser confundido com precedente é a súmula. Para Maurício Martins Reis, o precedente tem “nome, sobrenome e individualidade”, por ser um caso anteriormente apreciado e julgado por um juiz ou Tribunal. A súmula, por sua vez, não concretiza norma em um caso concreto, apenas cria textos, sendo apenas uma forma de identificar de maneira mais fácil a jurisprudência dominante em um determinado tribunal sobre certo tema⁶⁰.

Complementando o conceito, conforme Marinoni, súmulas são apenas enunciados dos tribunais acerca de suas decisões, não são decisões que se qualificam como precedentes e isso jamais poderia se concretizar, pois no procedimento de formação das súmulas não existe sequer participação em contraditório. O enunciado não é formado no bojo de um caso colocado a decisão diante do julgador, não é resultado de efetivo debate e enfrentamento de argumentos. As súmulas somente se preocupam com a delimitação de um tema, nada mais⁶¹.

⁵⁸ COHEN, Harlan. *"Undead" Wartime Cases: Stare Decisis and the Lessons of History*. **Tulane Law Review**, New Orleans, LA, Estados Unidos da América, Vol. 84, 2010, p. 993.

⁵⁹ PRICE, Polly J. *A constitutional significance for precedente: originalism, stare decisis and property rights*. **AVE MARIA LAW REVIEW**, Naples, FL, n. 113 (2007), p. 114.

⁶⁰ REIS, Mauricio Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**. São Paulo, SP, v. 220, 2013, p. 207. Georges Abboud diferencia os institutos com base no modo de aplicação observado na prática, mesmo em se tratando de súmula vinculante: “A súmula vinculante prescreve um enunciado literal tal como a lei, que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa característica da ponderação de cada caso concreto”. ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedente. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 165. jul. 2008. p. 221.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 159. No mesmo sentido, entende Taruffo: “*Vale la pena di osservare che la súmula non deriva dalla decisione di un caso concreto, poichè si tratta di una enunciazione interpretativa formulata in termini generali. Di conseguenza, essa non fa alcun riferimento ai fatti che sono alla base della questione giuridica affrontata, e quindi non può essere considerata come un precedente in senso proprio, ma solo come una decisione che esprime la scelta tra due opzioni interpretative relative a norme generali e astratte. La sua evidente funzione consiste nell’eliminazione di incertezze e conflitti nell’ambito della giurisprudenza, assicurandone l’uniformità. Per questo scopo si prevede che essa abbia efficacia vincolante per tutti i giudici ed anche per tutti gli organi pubblici dello Stato federale.*” TARUFFO,

Um ponto merece especial atenção. As súmulas, notadamente a súmula vinculante, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004, foram um importante momento de recepção da cultura de valorização dos precedentes no direito brasileiro. Zaneti lembra que a primeira proposta que vingou no Supremo Tribunal Federal sobre as súmulas, levando à alteração do regimento, foi proposta pela Comissão de Jurisprudência do Tribunal, a qual sabidamente teve como modelo o *stare decisis*. As súmulas seriam uma forma de enunciar a *ratio decidendi* de vários precedentes sobre matéria semelhante para melhor direcionar a atividade do jurista. Ocorre que, conforme aplicada em nossa realidade, a súmula muito mais se aproximou dos assentos portugueses, enunciados abstratos e genéricos, semelhantes à lei, distantes do caso concreto que lhes deu origem⁶². A constatação de Zaneti ficará ainda mais clara quando forem analisados, mais à frente, os resultados de pesquisa encomendada pelo CNJ sobre a aplicação prática dos precedentes no direito brasileiro.⁶³

Pela peculiaridade deste instituto, Odilon Romano Neto chega a afirmar que, no Brasil, o direito jurisprudencial teria se desenvolvido em três planos: do precedente, da jurisprudência e das súmulas, estas últimas que seriam uma construção tipicamente brasileira, derivada dos assentos das Cortes de Suplicação de Portugal⁶⁴.

Conforme será analisado em momento oportuno, o universo das súmulas de caráter efetivamente vinculante foi ampliado pelo CPC/15, contudo, enquanto se mantiver a prática de

Michele. *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, vol. XIV, Ano 8, jul-dez/2014, pp. 440. Ainda sobre a necessidade de intenso debate para a formação do precedente, Georges Abboud: “O *stare decisis*, pela importância que concede ao precedente, garante que a aplicação do mesmo só pode ocorrer se o precedente foi fruto de um intenso debate contraditório e se estiver fundamentado, do contrário será *dicta* [...] Daí que não se pode perder de vista que o *stare decisis* é mais do que a aplicação da regra de solução análoga para casos iguais, essa seria uma visão muito simplificada de um procedimento altamente complexo [...]”. ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedente. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 165, ano 33, jul. 2008, p. 223.

⁶² ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 201. Sobre a correta aplicação das súmulas continua Zaneti: “A aplicação será obtida da razão de decidir, e não só pelo enunciado da súmula, que serve apenas como guia e fórmula sintética, jamais como regra abstrata, até porque, na sua formação, tem como premissa casos concretos dos quais não se pode distanciar sem perder substância.

⁶³ BUSTAMANTE, Thomas *et al*, **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em 06 out. 2016.

⁶⁴ ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 406.

aplicação como norma geral, dissociada dos casos particulares que lhes deram origem, sem cotejo entre as similitudes fáticas destes casos para aplicação futura, tais enunciados não poderão ser considerados precedentes.

De todo exposto, torna-se fácil concluir este distanciamento constatando que os precedentes oxigenam, renovam o sistema, enquanto as súmulas o engessam, esta sim pode ser acusada de comprometer a independência decisória do juiz, ao menos do modo como vem sendo aplicada pelo Judiciário brasileiro⁶⁵.

Uma vez feitas a diferenciação acima, torna-se necessário compreender a direção de um precedente, ou seja, em que sentido se manifesta seu grau de vinculação. O primeiro caso ocorre quando a direção do precedente é vertical, ou seja, quando o juiz que tem que decidir caso idêntico e de grau hierárquico inferior àquele que prolatou a primeira decisão. Neste caso a força do precedente baseia-se na hierarquia institucional, já que quanto mais elevado o grau do órgão prolator, maior a autoridade de suas decisões, o que faz concluir que as maiores cortes de precedentes são as Cortes Supremas⁶⁶.

Não se pode esquecer, porém, que o precedente tem também uma eficácia horizontal, embora em menor grau, já que, conforme Taruffo, há uma força vinculante entre órgãos do mesmo nível⁶⁷. Segundo Frederick Schauer, na direção horizontal o problema não é de cortes inferiores e superiores, mas da existência de uma hierarquia entre o que foi decidido anteriormente e o caso posterior colocado diante do mesmo órgão julgador. Em um sistema de precedentes, espera-se que os tribunais decidam da mesma forma que fizeram em um momento anterior⁶⁸.

⁶⁵ ABOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedente. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, ano 33, n. 165. jul. 2008. p. 226.

⁶⁶ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36-37.

⁶⁷ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, A. 61, n. 3, 2007, p. 803. Para Zaneti, a força do precedente em relação aos órgãos de mesmo nível ou em relação ao mesmo órgão prolator é efetivamente vinculante, havendo verdadeira vinculação horizontal, sendo todas as cortes, inferiores ou de mesmo grau, responsáveis pela manutenção de sua estabilidade. ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 327.

⁶⁸ Nas palavras do autor: “*Horizontal precedent is thus not a matter of higher or lower courts, but rather an artificial or imposed hierarchy from earlier to later. The earlier decision is superior not because it comes from a higher court; rather, the earlier decision becomes superior just because it is earlier. This obligation of a court to follow its own previous decisions is typically known as stare decisis—Latin for “stand by the thing decided”—and it is a distinct form of constraint by precedent. Under the doctrine of stare decisis, a court is expected to decide issues in*

Para que se conclua este objetivo inicial em busca do conceito e distanciamentos necessários, resta apenas tecer breves considerações acerca de uma das classificações dos precedentes que se revela importante para este trabalho. Para tanto, será adotada a classificação esboçada por Hermes Zaneti, que divide os precedentes segundo seu grau de vinculação, o que permitirá identificar os casos que “não passam de boas razões a serem seguidas como exemplo e, portanto, não configuram precedentes, mas simples “jurisprudência persuasiva””. Tem-se, assim, a seguinte proposta de sistematização: precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes⁶⁹.

Zaneti parte da premissa de que a jurisprudência persuasiva se limita aos casos-precedentes analisados por tribunais desvinculados hierarquicamente, isso porque âmbitos hierárquicos diferentes não são capazes de vincular. Assim, as decisões de um Tribunal de Justiça estadual são meramente persuasivas em relação a outro estado da federação⁷⁰.

Excluídas as decisões acima e satisfeitos os requisitos do conceito de precedentes, Zaneti identifica três graus de vinculação. Precedentes normativos vinculantes são aqueles em que a vinculatividade independe de lei formal, ou seja, a consideração dos casos-precedentes horizontalmente (pelo próprio órgão) decorre da premissa de que casos iguais devem ser decididos de maneira igualitária e verticalmente (por órgãos de hierarquia inferior) deriva do fato de que as decisões dos órgãos vértices devem ser consideradas no julgamento dos casos-atuais. Existe uma presunção em favor do precedente, mas não há previsão legal que imponha sua vinculatividade expressa. Como ressalta o autor, apenas nos países com elevado nível de maturidade institucional, esta classe permite impugnação autônoma em caso de descumprimento⁷¹.

Os precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*) são aqueles em que a vinculatividade provém da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes

the same way that it has decided them in the past, even if the membership of the court has changed, or even if the same members have changed their minds”. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36-37.

⁶⁹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 341.

⁷⁰ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 342-343.

⁷¹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343-244.

(horizontalmente) e aqueles de cortes superiores (verticalmente). Esta classe permite a impugnação por via recursal em caso de não-observância⁷².

Por fim, tem-se os precedentes normativos formalmente vinculantes (*de iure*) fortes, que seguem a mesma regra prevista para a classe anterior, agregando, além da possibilidade de impugnação por via recursal em caso de descumprimento, também a via autônoma diretamente nos tribunais superiores, quando as decisões negarem sua autoridade ao não aplicar a razão de decidir definida no caso-precedente⁷³.

Ainda que este não seja o momento oportuno para tratar das normas do CPC/15, mas apenas para retirar a classificação do nível teórico, o diploma processual traz consigo expressa previsão de vinculatividade normativa formal (*de iure*) horizontal, ao dispor, no artigo 926, o dever de uniformização e manutenção da estabilidade, coerência e integridade dos precedentes. Há também previsão expressa de vinculatividade formal, também horizontal, em sentido forte, já que o legislador previu a hierarquia dos precedentes proferidos pelo órgão plenário, em relação aos órgãos fracionários, no artigo 927, inciso V.

As hipóteses de vinculatividade formal vertical são variadas, já que há expressa previsão de superioridade das decisões do STF em matéria constitucional, do STJ em matéria infraconstitucional, bem como dos tribunais de apelação em relação aos juízes a eles vinculados, quando julgarem determinadas matérias como incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas. Alguns precedentes formalmente vinculantes são ainda qualificados como fortes, por haver a possibilidade de impugnação autônoma junto ao Tribunal, pela via da reclamação, em caso de descumprimento, o que se aplica às decisões do STF em controle de constitucionalidade e aos precedentes proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência, conforme artigo 988 do CPC/15⁷⁴.

⁷² ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 344.

⁷³ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 345.

⁷⁴ Vale lembrar que após a promulgação, mas antes mesmo da entrada em vigor do CPC/15, a lei 13.256/2016 alterou as disposições do artigo 988, não incluindo ou retirando precedentes formalmente vinculantes em sentido forte, mas apenas readequando a previsão e retirando expressamente a menção ao termo “precedente” do inciso IV. Importante transcrever a redação anterior e posterior à referida lei. Redação original: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e precedente proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”. Redação alterada pela Lei 13.256/2016: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do

Compreendidos os conceitos mais basilares da teoria dos precedentes, pode-se adentrar na breve análise das suas formas de manejo, para que seja possível trabalhar com conceitos como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing*, bem como avaliar as principais formas de superação.

1.2.2 Como trabalhar com precedentes? Compreendendo a *ratio decidendi*, o *obiter dictum* e o *distinguishing*

O tópico será iniciado com uma das mais complexas discussões sobre a teoria dos precedentes: o que seria e como deveria ser definida a *ratio decidendi* no caso concreto. Considerada a vastidão do tema, pretende-se apresentar apenas noções preliminares, indispensáveis à compreensão deste estudo, sem que haja qualquer pretensão de explorar de maneira minuciosa este tema.

Neil Duxbury traz uma premissa fundamental para o estudo da *ratio* ao reconhecer que satisfaz muito pouco dizer que a essência da decisão judicial deve ser encontrada olhando para as razões que suportam essa decisão, já que um mesmo julgamento é composto de diversas razões, dos mais variados graus de importância; em muitos casos existem partes do raciocínio judicial que não integram a *ratio*, mas configuram *obiter dictum*, ou seja, aquilo que foi dito meramente de passagem⁷⁵. O que muito importa definir é a essência da decisão, indispensável para explicar o resultado do julgamento, mas, na grande maioria das vezes, esta regra essencial não vem descrita expressamente na própria decisão, apenas é desvendada em um caso futuro, quando aquele precedente pretende ser aplicado⁷⁶.

Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

⁷⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 67-68. Ainda Segundo Rupert Cross, de maneira precisa: “*the ratio ‘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’*”. CROSS, Rupert. HARRYS, J. W. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 72.

⁷⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito Jurisprudencial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 44.

O problema tornou-se ainda mais tormentoso em países como a Inglaterra em que sequer existem acórdãos, tais como concebidos no Brasil, com a exposição escrita de todos os votos que compuseram o julgamento⁷⁷. Assim, diversas foram as teorias que surgiram na tentativa de isolar o núcleo determinante da decisão. A mais clássica das propostas foi criada por Eugene Wambaugh, para o qual a *ratio* é a regra sem a qual o julgador jamais teria chegado ao resultado alcançado e para encontrá-la é preciso recorrer ao seguinte teste: primeiramente, é preciso formular a suposta proposição que configuraria a razão central, inserindo nela uma palavra que a reverta; em seguida, será preciso questionar se, caso o tribunal tivesse pensado naquela proposição revertida, teria decidido da mesma forma. Sendo a resposta ao teste positiva, tal proposição não configuraria a *ratio decidendi*; sendo negativa, seria possível afirmar que aquela foi a razão de decidir⁷⁸. O teste, porém, é considerado demasiadamente simplório, podendo levar a proposições extremamente amplas que vão muito além do *core* do precedente; a principal crítica aborda os casos em que a fundamentação da decisão é alternativa, já que a reversão de um dos fundamentos não é suficiente para alterar a conclusão⁷⁹.

Há ainda o método criado por Goodhart, mais preocupado com os fatos da causa do que com a fundamentação jurídica da decisão. Para Goodhart, pela análise do julgamento seria possível definir quais são os fatos materiais (fundamentais), efetivamente relevantes do ponto de vista do magistrado. A fundamentação seria apenas um guia, pois nela poderiam estar abordados os fatos considerados pelo juiz como mais relevantes, mas isso não seria, por si só, uma regra. Em outras palavras, seria preciso determinar todos os fatos como vistos pelo juiz e, após, identificar quais destes o juiz considerou como fundamentais para o julgamento. Seria possível, a partir da análise do caso, em cotejo com a decisão, perceber quais fatos foram deixados de lado pelo juiz no momento de solucionar a causa, sendo estes, pois, os fatos irrelevantes. Uma das

⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

⁷⁸ MACÊDO, Lucas Buriel. Contributo para definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, V. 234, ago. 2014, p. 305.

⁷⁹ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 76.

principais críticas refere-se à ausência de critérios para definir de maneira efetiva quais seriam os fatos materiais e imateriais e, portanto, como se formaria a *ratio*⁸⁰.

Apenas dois métodos clássicos serão apresentados, não só por não ser objeto desse trabalho a investigação da *ratio decidendi*, mas também porque neste tema parece ter razão Lucas Buril quando afirma que a preocupação com a definição precisa de um método deve ser relativizada, a partir do reconhecimento de sua dimensão argumentativa, “sujeita às questões de princípio e às circunstâncias que alicerçam as razões do precedente”⁸¹.

Sendo assim, mais correta parece ser a proposta de Melvin Eisenberg, que se preocupa menos com a definição de critérios rígidos, valorizando o papel do julgador na definição da norma do precedente. Eisenberg denomina seu esforço para aproximação da norma do precedente de “proclamação” (*announcement*), que chega, basicamente, a duas conclusões: de um lado, a proposta confere peso ao papel dos juízes na construção de normas jurídicas a partir dos precedentes e de outro, insiste na relação existente entre a regra e o litígio colocado diante do Judiciário, reconhecendo que a relevância do papel dos julgadores se conecta de maneira decisiva ao caso em discussão, em que se efetiva a prestação da tutela jurisdicional. Com isso, o autor rejeita métodos abstratos de definição da *ratio decidendi* que teoricamente poderiam ser aplicados a qualquer caso-precedente⁸².

Uma vez definida a *ratio*, será possível encontrar as circunstâncias que não foram essenciais ao julgamento da causa e que, uma vez excluídas, não levariam à alteração da decisão. Nisso consiste o *obiter dictum*, ou “dito para morrer”, em sua literalidade. Embora possam ter efeito persuasivo considerável, essas proposições não têm o condão de vincular o julgamento de casos posteriores por não serem integrantes do cerne da decisão⁸³.

⁸⁰ GOODHART, Arthur. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. **The Yale Law Journal**, New Haven, CT, vol. 40, No. 2, Dec. 1930, p. 170.

⁸¹ MACÊDO, Lucas Buril. Contributo para definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, V. 234, ago. 2014, p. 308.

⁸² Parte da explicação do autor merece reprodução literal: “*On the other, the announcement approach insists on some relation between the rule and the dispute, thereby recognizing that the function of enriching the supply of legal rules, although valued in itself, is nevertheless connected in important ways to the function of dispute-resolution*”. EISENBERG, Melvin A. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 55.

⁸³ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2013, p. 184.

Assim, sem que haja necessidade de realizar testes sobre o caso, apenas avaliando a atuação do magistrado e as circunstâncias concretas, será preciso analisar se a regra proclamada é de fato conciliável com o resultado encontrado no precedente. Feita esta definição, o magistrado que avalia o caso-precedente estará apto a seguir ou distingui-lo no caso que avalia. Ainda segundo Lucas Buril “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 sendo possível nem necessário definir um método de definição da *ratio decidendi* correto *a priori*. Definir a *ratio* se faz por meio de argumentação, cujo controle se dá na fundamentação⁸⁴.

Posta a conclusão que se considera mais acertada sobre essa primeira questão, pode-se agora adentrar na análise de um trabalho relevante que em muito evitará a reprodução mecânica de precedentes e privilegiará o contraditório: trata-se do *distinguishing*, que determina a não incidência do precedente ao caso atual por terem sido evidenciadas diferenças relevantes entre as duas ocorrências. A técnica de distinção pode ser realizada por qualquer magistrado, em qualquer grau de jurisdição, podendo, inclusive, um juiz de primeiro grau afastar, por distinção, um precedente do STF, já que não há aqui revogação ou alteração do entendimento, mas mero afastamento no caso em comento, em razão de suas peculiaridades⁸⁵.

Os temas tratados neste tópico estão intrinsecamente relacionados, pois, como lembra Neil Duxbury, o *distinguishing* nada mais é do que um problema de diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, afastando-se os fatos relevantes daqueles irrelevantes para a solução da controvérsia, com a consequente constatação de se a *ratio* do caso anterior se amolda satisfatoriamente ao caso em julgamento. A distinção deve ser tal que forneça uma razão suficientemente convincente para recusar aplicação à orientação anterior⁸⁶.

⁸⁴ MACÊDO, Lucas Buril. Contributo para definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, V. 234, ago. 2014, p. 312.

⁸⁵ Para explicar a técnica, Ravi Peixoto recorre a exemplo próprio das normas jurídicas: “Situação semelhante também ocorre na aplicação de textos normativos. Se, em determinada situação, uma das partes requer a aplicação da regra da responsabilidade objetivados antes da administração pública (artigo 37, § 6º, da CR) perante uma sociedade de economia mista que não exerce serviço público, o texto normativo simplesmente não incide. A discussão não será no sentido de que existem ou não os elementos da responsabilidade objetiva, mas sim da simples inaplicabilidade do referido texto normativo à situação concreta”. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 215.

⁸⁶ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 113. No mesmo sentido, lembra Marinoni que não é qualquer distinção que justifica a não aplicação do precedente. “Fatos não

Ainda que pareça óbvio, é indispensável ressaltar o papel do juiz no momento da aplicação do precedente, pois é ele o responsável por identificar as semelhanças ditas relevantes para justificar sua aplicação ou, caso contrário, refutar a aplicação do julgamento anterior ao caso atual, com base nas dessemelhanças materiais que os afastam, o raciocínio do magistrado baseia-se, sem dúvida, em uma análise de fatos⁸⁷.

Quando há o adequado manejo da técnica de distinção, não há superação de precedente, mas sim a construção de um novo paradigma que deverá ser seguido em casos seguintes. Se o caso precedente possui os fatos relevantes A, B e C, integrantes da *ratio decidendi* e o caso sob análise apenas contempla os fatos A e B, para a solução desse segundo caso, o magistrado deverá criar uma nova razão para decidir, que, no caso em exemplo, será mais ampla, por exigir menor números de fatos materiais relevantes⁸⁸.

Se, sob o manto da distinção, o magistrado, em verdade, deixa de aplicar um precedente a um caso cujas circunstâncias determinantes são muito semelhantes, o que se tem não é *distinguishing*, mas verdadeira superação de precedente, o que a doutrina tem chamado de “distinção inconsistente”. Um caso só será distinto legitimamente se contém fatos relevantes não

fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distinguishing* não basta ao juiz apontar fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 231. Ainda sobre a distinção entre fatos materiais e imateriais da controvérsia, Geoffrey Marshall: “*In comparing any two cases or situations, a distinction will necessarily have to be made between the material and immaterial features of the two episodes. It follows that, in any legal system in which attention is paid to case law, some distinction must be made between the legally relevant and irrelevant features of earlier decisions or precedents [...]*”. MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 505.

⁸⁷ Taruffo esclarece a questão ressaltando a relevância do papel do juiz na analogia de dois casos concretos: “*Naturalmente l’analogia delle due fattispecie concrete non è data in re ipsa, e viene affermata o esclusa dal giudice del caso successivo a seconda che costui ritenga prevalenti gli elementi di identità o gli elementi di differenza tra i fatti dei due casi. È dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi per così dire “crea” il precedente*”. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, A. 61, n. 3, 2007, p. 798.

⁸⁸ Merece transcrição literal o exemplo citado por Duxbury: “*If a court decided in Black v. Black that X should be the outcome when facts A, B and C obtain, then if A, B and C are the operative facts in White v. White, we can expect the outcome to be X. But imagine that in Grey v. Grey the court distinguishes Black v. Black by deciding that X should be the outcome when A, B, C and E obtain. If, in Grey v. Grey, A, B and C, but not E, obtain, then X will not be the outcome despite the presence of the material facts that led to it being the outcome in the earlier case-law. By adding to the conditions necessary for X, the court in Grey v. Grey has changed the law: the ratio decidendi of Grey v. Grey is narrower – it will be applicable in fewer instances, since it requires the presence of more material facts – than that of Black v. Black*”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, p. 115.

abarcados pelo precedente ou se a situação fática não é apta a preencher todo suporte fático exigido por aquele⁸⁹.

A distinção, como já demonstrado, nada tem a ver com a superação do precedente e, caso seja usada esta via errônea, apenas para que aparentemente seja mantida a estabilidade e não seja revogado ou modificado o entendimento prevalente, então haverá verdadeira distorção do instituto, com claro prejuízo à integridade que deve sempre permear o sistema⁹⁰. Ainda que se justifique que a distinção equivocada poderia ser utilizada quando os tribunais ainda não têm convicção sobre manter ou revogar o precedente, no tópico que se segue serão apresentadas outras técnicas para a demonstração desta instabilidade do posicionamento⁹¹.

1.2.3 Breve análise da superação de precedentes e de sua eficácia temporal

1.2.3.1 *Overruling, Transformation e Overriding*

⁸⁹ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 136. Ravi Peixoto adota a denominação “distinção inconsistente” e explica a questão por meio de elucidativo exemplo: “Por exemplo, atualmente, os tribunais tem o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público são abrangidas pela responsabilidade objetiva da administração pública em face de usuários e não usuários. Se um determinado tribunal alegar a inaplicabilidade do precedente em face de uma empresa pública municipal, haveria uma distinção inconsistente, uma vez que o fato de a empresa ser municipal, estadual ou federal é irrelevante para que incida a norma de responsabilidade objetiva. Por outro lado, caso fosse identificada que a referida empresa não prestava serviços públicos, deveria haver distinção, por ser um fato relevante para atrair a incidência do precedente a constatação da prestação ou não de serviços públicos”. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 220.

⁹⁰ Sobre a falta de integridade decorrente da distinção inconsistente: “*The drawing of inconsistent distinctions might be deemed improper under the integrity principle, because when an inconsistent distinction is drawn, no substantive rule will justify both the results reached by application of the underlying rule and the results reached by application of the inconsistent distinction*”. ⁹⁰ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 137.

⁹¹ As palavras de Melvin Eisenberg sobre a possibilidade de utilização da distinção inconsistente em casos como este merecem ser transcritas *in verbis*: “*There are other and stronger reasons that justify the practice of inconsistent distinguishing. To begin with, a court may properly decide that if it is uncertain about how given conduct should be treated it may give effect to its uncertainty by carving out only a portion of the conduct, on a provisional basis, provided the line it carves is rationally related to the purpose*”. EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 139.

O respeito ao precedente não leva ao engessamento do direito, principalmente porque os sistemas que respeitam o *stare decisis* possuem técnicas de superação que permitem sua evolução. Quando juízes superam um precedente, estão demonstrando que uma nova decisão deve ser tomada para o aprimoramento do sistema. Neste tópico serão analisados os principais métodos propagados na doutrina, alguns de feição contemporânea, outros já vastamente utilizados nos ordenamentos de *common law*⁹².

A superação pode ocorrer de algumas formas, por meio da modificação total ou parcial, pode ser precedida de “avisos” à sociedade ou não e todos estes desdobramentos serão tratados no presente tópico. O primeiro tema concernente à superação será a modificação total do precedente, o abandono do entendimento anterior e o estabelecimento de novas razões, técnica conhecida como *overruling*⁹³. Em momento inicial, tentar-se-á responder à seguinte questão: o que leva um juízo ou tribunal a superar um precedente anteriormente consolidado? Em outras palavras, o que justifica o *overruling*?⁹⁴

Para Eisenberg, este é o princípio básico que rege a superação: um precedente precisa ser superado quando não mais é congruente com a sociedade, de modo que a melhor forma de proteger os valores subjacentes ao *stare decisis* (tais como a confiança, a segurança jurídica, a imparcialidade) é superando-o. Para o autor, as exceções inconsistentes constituem importante caso de aplicação deste princípio básico; um exemplo seria encontrado na isenção de responsabilidade das instituições de caridade vigente nos Estados Unidos da América. Antes de 1940, essa imunidade era baseada, principalmente em razões explícitas, como a possibilidade de desistência da caridade em caso de responsabilização, e implícitas, decorrentes da moral e da política vigentes à época. Contudo, a partir da década seguinte ficou claro que aqueles objetivos não mais se justificavam porque, por exemplo, a criação dos seguros de responsabilidade eliminou o temor de que o pagamento de indenização pudesse desestimular a caridade. Não era mais congruente pensar que um hospital privado pudesse ser responsabilizado pela ação de um

⁹² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 117.

⁹⁴ *Overruling* é o termo usualmente usado pela doutrina do precedente, nos países de *common law*, para designar a superação total de um precedente. Nas palavras de Eisenberg: “*The most dramatic type of overturning is overruling. Overruling occurs when a court fully overturns an established doctrine and announces that it has done so*”. EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 104.

médico e na mesma situação não houvesse responsabilização apenas por ter sido a cirurgia realizada em hospital sem fins lucrativos⁹⁵.

Em razão da falta de congruência social surgiram as exceções inconsistentes ao precedente (*jagged doctrines*), bastando lembrar que a Corte de Nova York chegou a não responsabilizar uma instituição de caridade que administrou uma bolsa de água quente de maneira equivocada em um paciente, mas entendeu que em caso semelhante haveria responsabilidade de outra instituição, esta privada, que deixou a bolsa de água quente por tempo superior ao devido sobre o paciente. Assim, ficou evidente que os valores prementes do *stare decisis*, dentre eles a igualdade, não apenas não garantiam o sustentáculo do precedente, como, eles mesmos, impunham sua revogação⁹⁶.

Da análise acima fica claro que a falta de congruência social do precedente, que pode levar à conseqüente falta de consistência pela criação de várias exceções, é um critério basilar para o *overruling*. Contudo, existem outros requisitos que também permitem a revogação, como ocorre quando surge no âmbito acadêmico, nos trabalhos doutrinários e no seio dos tribunais, uma nova concepção acerca do direito que embasa o precedente. Marinoni lembra que é indispensável que haja movimentação relevante da comunidade jurídica, não bastando para tal ensejo, por exemplo, a simples modificação da composição de um órgão colegiado⁹⁷.

Outra razão para a superação total é o erro ou equívoco do órgão julgador, que não consiste apenas na possibilidade de outro juízo decidir de maneira diversa, mas, uma vez perpetuado, permite falar em verdadeira injustiça no julgamento⁹⁸. Como lembra Ravi Peixoto, a discussão aqui se torna mais tormentosa no campo da interpretação do direito, já que, como a mesma norma comporta diversas interpretações, só será possível a revogação do precedente se o resultado obtido pela Corte não estiver dentro do âmbito de possibilidades do texto normativo. Se a solução dada era, porém, possível a partir do texto, haveria a necessidade de averiguar a

⁹⁵ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 106.

⁹⁶ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 108.

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 259. No mesmo sentido, Gustavo Santana Nogueira entende que os precedentes não são das pessoas que integram determinado órgão julgador, mas são próprios da instituição e cabe a esta zelar por sua estabilidade. NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2013, p. 199.

⁹⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: University Press, 2008, p. 118.

congruência social ou a consistência da interpretação de modo a justificar a superação por outro requisito⁹⁹.

A superação total do entendimento pode ser feita de maneira expressa pela Corte, o que se mostra desejável para o respeito à confiança legítima dos jurisdicionados, ou mesmo de maneira implícita, quando fica evidente que, por meio de determinada decisão, o precedente foi revogado, sem que isso tenha sido dito no julgamento. O que não é condizente com os ideais de um *stare decisis* nascente é a transformação, técnica conhecida no *common law* como *transformation*, por meio da qual o juízo altera o posicionamento, mas tenta compatibilizar tal modificação com o entendimento anterior, pois não se considera em momento apto para realizar a completa revogação¹⁰⁰.

Nas palavras de Ravi Peixoto, o que o tribunal faz é tentar disfarçar a mudança, causando intensa confusão na mente dos cidadãos e dos operadores do direito, já que há uma tentativa de compatibilização que é, em verdade, impossível. Não é esta, como se verá, a melhor forma de demonstração da inconsistência latente de um precedente, existem outros meios aptos a prevenir a sociedade sobre a mudança que se aproxima¹⁰¹.

Ao contrário do *overruling*, que designa a superação total do precedente pelos motivos já analisados, *overriding* é o termo utilizado nos países que seguem a regra do *stare decisis* para fazer referência à revogação parcial, que ocorre quando o tribunal, diante de uma norma jurídica posterior ou um princípio, limita o âmbito de abrangência do precedente, mantendo-o vigente, mas não com a mesma incidência de outrora¹⁰². Não se trata de *distinguishing*, pois, como lembra Eisenberg, por meio desta técnica o tribunal não busca afastar o precedente para determinado caso diferente, mas modificar seu teor, alterando sua *ratio*, de modo a restringi-la para outras situações futuras que se apresentem¹⁰³.

Analisadas as bases para a revogação de um precedente, resta apenas estabelecer uma afirmação de grande relevância: as cortes inferiores não têm competência para superar

⁹⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 205.

¹⁰⁰ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 133.

¹⁰¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 200.

¹⁰² LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

¹⁰³ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 136.

precedentes das cortes superiores. A superação deve ocorrer respeitada a superioridade hierárquica e, ainda, assim, é importante lembrar que não acontece com frequência nos países que respeitam a regra do *stare decisis*. Apenas para fornecer um exemplo, basta lembrar as conclusões de Saul Brenner e Harold Sapeth ao analisarem estudos sobre as decisões da Suprema Corte norte-americana, durante os anos de 1880 e 1957, buscando casos de revogação. Para surpresa do leitor acostumado com as reviravoltas jurisprudenciais que acontecem dia após dia no Brasil, das 55.000 (cinquenta e cinco mil) decisões da Corte neste período, existiram apenas 81 (oitenta e um) casos de superação¹⁰⁴!

Vale repetir a premissa posta acima: ainda que as cortes inferiores deixem de aplicar um precedente a determinado caso, isso não pode configurar revogação, já que haveria grave *error in procedendo* que macularia o julgamento. Quando muito, preenchidos seus requisitos, a mudança de entendimento pode consistir em revogação antecipada (*antecipatory overruling*).

A técnica foi estudada inicialmente nos Estados Unidos, onde consistia na “atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidense em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte”¹⁰⁵. Trata-se, em última análise, da antecipação dos efeitos de uma provável superação pela Corte competente, que paulatinamente demonstra a inadequação do entendimento vigente¹⁰⁶.

Para Marinoni o fundamento da técnica soa paradoxal, já que para seus defensores, o *antecipatory overruling* se justificaria pelo próprio dever dos tribunais inferiores de manterem-se sempre fiéis às orientações das Cortes Superiores, ainda que seu entendimento seja pela necessidade de manutenção do precedente. Não importaria a concepção do direito que tem o

¹⁰⁴ Os autores deixam claro que os estudos originais foram conduzidos por Sidney Ulmer, publicados em 1959. Um dado interessante, que também assustaria os brasileiros acostumados com a variação indiscriminada da jurisprudência, é que em apenas um caso a revogação não se deu por ampla maioria da Corte, o que demonstra que o *overruling* geralmente não é fruto de indefinições do tribunal: “*Ulmer found that in only one of the 81 overruling decisions did the Court overturn a former decision by less than a majority of the entire Court. The vote in that case was 4 to 3. This finding is trivial because justices rarely vote 4 to 3 when the Court consists of nine justices*”. BRENNER, Saul; SAPETH, Harold. *Stare indecisis – the alteration of precedente on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 10-13.

¹⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 260.

¹⁰⁶ KNIFFIN, Margareth N. *Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. **Fordham Law Review**, New York, NY, v. 51, 1982, p. 53.

tribunal, mas a grande probabilidade de revogação do precedente evidenciada a partir da análise do comportamento da Suprema Corte diante daquele entendimento¹⁰⁷.

A primeira vez que uma *court of appeals* agiu dessa forma foi em 1981 e as razões até os dias de hoje adotadas para a defesa da técnica são: o desgaste do precedente; as novas tendências evidenciadas por julgamentos mais recentes da Suprema Corte; o reconhecimento de que a Corte está aguardando um caso adequado para proceder à revogação do precedente. Tais fundamentos permitiram ao tribunal, no caso *United States v. City of Philadelphia*, deixar de aplicar um precedente, antecipando sua provável revogação pelo juízo competente¹⁰⁸.

Embora seja uma técnica bastante difundida no *common law*, ainda existem grandes controvérsias sobre sua admissibilidade, já tendo a Suprema Corte norte-americana rejeitado sua utilização no caso *Rodriguez le Quijas vs. Shearson/American Express* (1989). Os principais argumentos contrários à técnica são a previsibilidade, certeza e confiabilidade, já que o jurisdicionado pauta sua conduta nos precedentes obrigatórios e com a possibilidade de sua não aplicação pelo tribunal inferior, teriam suas expectativas minadas; a igualdade e a justiça, já que casos semelhantes, por meio desta técnica, seriam julgados de maneira diferente e a imagem pública do Judiciário, que poderia ser enfraquecida pela superação antecipada¹⁰⁹.

Ravi Peixoto e Jaldemiro Rodrigues entendem que as críticas acima poderiam ser todas feitas ao próprio *overruling* em si, mas nem por isso se defende a impossibilidade de superação dos precedentes; além disso lembram que a superação antecipada está muito ligada à necessidade de flexibilização do *stare decisis*, que evita o envelhecimento do sistema de precedentes

¹⁰⁷ O autor complementa: “É por isso que o *anticipatory overruling*, longe de significar qualquer grau de autonomia para revogar um precedente, é apenas uma expressão que indica como a Corte de Apelação deve se comportar para não fugir do que a Suprema Corte faria se tivesse o caso nas mãos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 260.

¹⁰⁸ KNIFFIN, Margareth N. *Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. **Fordham Law Review**, New York, NY, v. 51, 1982, p. 53. Um exemplo da aplicação da técnica foi apresentado por Richard Hasen: “*The Court’s use of anticipatory overruling is notable not only for its expansive use of the constitutional avoidance doctrine to avoid a controversial decision. Its subtle signaling of unconstitutionality contrasts with more explicit of anticipatory overrulings used in the past. For example, in the 1982 case of Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co., the Court held that the Bankruptcy Act of 1978 was unconstitutional because it conferred Article III judicial powers on non-Article III bankruptcy judges. But the Court stayed its own ruling to give Congress an opportunity to reconstitute the bankruptcy courts or adopt other valid means of adjudication, without impairing the interim administration of bankruptcy laws.*” HASEN, Richard L. *Anticipatory overrulings, invitations, time bombs, and inadvertence: how supreme courts justices move the law*. **Emory Law Journal**, Atlanta, GA, v. 62, 2012, p. 6.

¹⁰⁹ BRADFORD, C. Steven. *Following dead precedent: the Supreme Court ill-advised rejection of anticipatory overruling*. **Fordham Law Review**, New York, NY, vol. 59. Issue 1. 1990, p. 74-80.

obrigatórios, tratando-se de uma importante ponderação, que deve ser feita sempre com um elevado ônus argumentativo para o tribunal inferior. Se o STJ ou STF iniciam a erosão de um precedente, seja por terem indicado, em *obiter dictum*, sua revogação sem tê-la levado a efeito, ou por ter havido modificação dos membros do tribunal, levando à mudança do posicionamento ou mesmo pela realização de uma série de distinções inconsistentes, que reduzem sobremaneira o âmbito do precedente, uma mensagem é enviada aos jurisdicionados e aos demais magistrados de que a confiabilidade daquele precedente foi quebrada e essa mensagem autorizaria a antecipação da sua revogação nas instâncias inferiores¹¹⁰.

Sobre a aplicação do instituto no sistema processual brasileiro, durante a tramitação do CPC/15 na Câmara, havia uma disposição no artigo 521, § 9º, que gerava algum questionamento. Dizia o dispositivo que o órgão jurisdicional que tivesse firmado a tese a ser rediscutida seria preferencialmente competente para a revisão do precedente formado no julgamento de casos repetitivos, o que levava a crer que o termo “preferencialmente” permitiria, por exemplo, a um tribunal inferior revogar o posicionamento do STJ no julgamento de um recurso especial repetitivo¹¹¹. Seria este dispositivo a porta de entrada do *antecipatory overruling* no direito brasileiro e houve quem defendesse diretamente a utilização da referida técnica no Brasil, por ser sobremaneira relevante para a evolução do direito, incitando, inclusive, um diálogo entre as cortes do próprio Judiciário, disposta a evitar o engessamento do direito em um sistema de precedentes obrigatórios¹¹².

Avaliados estes conceitos fundamentais sobre a superação, é possível questionar, assim, como se dá a proteção da confiança do jurisdicionado neste momento de transição, com a análise das principais propostas sobre decisões intermediárias e sobre a eficácia temporal da superação do precedente.

¹¹⁰ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *antecipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 236, ano 39, out. 2014, p. 293.

¹¹¹ A controvérsia foi abordada por Jaldemiro Rodrigues e Ravi Peixoto em artigo destinado à análise do *antecipatory overruling* no Brasil e elaborado à época em que o PL 8046 tramitava na Câmara. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *antecipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 236, ano 39, out. 2014, p. 297.

¹¹² Jaldemiro Rodrigues e Ravi Peixoto defenderam a utilização da técnica de revogação antecipada no Brasil, desde que presentes os fundamentos que a justificam e sem descuidar da necessidade de um intenso ônus argumentativo por parte das cortes inferiores em demonstrar a forte possibilidade de revogação do precedente pela Corte Superior. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *antecipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 236, ano 39, out. 2014, p. 298.

1.2.3.2 A proteção da confiança diante da superação: sinalização, julgamento-alerta e a eficácia temporal da superação

As técnicas que serão abordadas neste tópico estão diretamente ligadas à incidência do princípio da segurança jurídica no momento da superação de precedentes. A primeira dessas técnicas, muito difundida nos Estados Unidos, situa-se entre o *distinguishing* e o *overruling*. Através dela, o tribunal não realiza uma perfeita distinção, aplicando o precedente por estar em conformidade com o caso, mas também não o revoga, por considerar que aquele não é o momento mais adequado. Trata-se da sinalização (*signaling*), por meio da qual a corte reconhece que o precedente deve ser revogado, mas em respeito à confiança legítima dos cidadãos, permanece aplicando-o, desde já sinalizando sua inconsistência e apontando para uma futura revogação¹¹³. Assim, seria o caso de tomar uma “decisão intermediária”, não revogando, nem mantendo confiável o precedente¹¹⁴.

O principal objetivo do método é evitar que os jurisdicionados continuem a se pautar pelo precedente que em um futuro próximo será revogado, já que uma vez sinalizada a mudança, evitam-se perdas pessoais e negociais decorrentes da aplicação do precedente pela crença em sua estabilidade. A parte não pode mais suscitar que confiou legitimamente na aplicação daquele entendimento, pois sua confiança nada mais tem de legítima. Essa foi a base da criação da sinalização nos Estados Unidos, a existência de algumas áreas em que o planejamento de ações com base na lei é comum, como ocorre com os direitos de propriedade¹¹⁵.

¹¹³ No mesmo sentido, complementa Marinoni: “Mantém-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade dada aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide que sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016, p. 237.

¹¹⁴ Patrícia Perrone entende que o *signaling* é cabível nas hipóteses em que a segurança jurídica ou a isonomia desaconselham a revogação, assim, seria o caso de uma “forma intermediária de revisão” que permita otimizar os valores em tensão e impor o mínimo sacrifício possível a cada um deles. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, RJ, nº241, 2005, p. 189.

¹¹⁵ Nas palavras de Melvin Eisenberg: “Even if a doctrine that substantially lacks social congruence and systemic consistency has been criticized in the professional literature, overruling may be inappropriate if the doctrine concerns an area in which planning on the basis of law is common, certainty is particularly important, and justified

Para Eisenberg, depois de avaliar o primeiro princípio básico para a superação de um precedente, ou seja, a falta de congruência e consistência, surgiria assim um segundo princípio a ser analisado: um precedente só será revogado se, e somente se, as vantagens de torná-lo socialmente congruente e sistematicamente consistente prevalecerem sobre os custos de prejudicar a estabilidade que rege o *stare decisis*¹¹⁶.

Além da proteção da confiança, outro fundamento diretamente ligado à sinalização é a necessidade de amadurecimento da questão, já que por vezes a corte não tem total certeza da necessidade de mudança de um posicionamento consolidado e, mediante o *signaling*, ela permite que os interessados possam oxigenar o debate e conferir fortes argumentos para superação ou não da questão. Conforme defende Ravi Peixoto, se uma revogação prematura ocorresse e, diante dos argumentos posteriores o tribunal necessitasse de volver ao entendimento anterior, isso prejudicaria a confiabilidade nos órgãos judiciais. O tempo de amadurecimento da discussão se mostraria, pois, fundamental¹¹⁷.

Feita a análise da sinalização, é preciso agora diferenciar esta técnica de outra denominada julgamento-alerta, difundida no Brasil principalmente pelos estudos de Antônio do Passo Cabral. O método tem seu fundamento na preocupação com a alteração de provimentos estáveis, estes que seriam mais facilmente formados no âmbito das cortes superiores, em decorrência de sua relevância social e até mesmo midiática, mas também por terem a função de proferir a última palavra em suas matérias. Mas não apenas nestas cortes se formam posicionamentos estáveis, também em juízos de instância inferior é possível evidenciar a existência de padrões decisórios estáveis; é no momento de alteração destes padrões que se insere a técnica em análise¹¹⁸.

Para Antônio do Passo Cabral, no momento da alteração destes posicionamentos estáveis, o Judiciário pode se valer de técnicas “compensatórias”, como ocorre com as regras de transição, por exemplo, ou de técnicas “preventivas”, dentre as quais encaixa-se o julgamento-alerta, porque

realiance is very likely. This may be true, for example, of rules of property law governing the legal effects of dispositions of real estate, or other questions of title”. EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 122.

¹¹⁶ EISENBERG, Melvin A. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 122.

¹¹⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 225.

¹¹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, SP, n. 221, ano 38, p. 1-48, 2013.

atua em um momento anterior à alteração em si através de um anúncio público da possível revisão do posicionamento consolidado. A partir desta técnica, o tribunal avisa ao público que “duvida” da correção do posicionamento até então estabilizado e que poderá revê-lo, reavaliá-lo em casos futuros¹¹⁹.

O alerta não seria um requisito para a superação, até porque pode ocorrer o aviso sem que ocorra a efetiva mudança ou revogação do entendimento estável. Contudo, ainda assim a técnica tem efeitos muito importantes. Para o indivíduo, o anúncio representa efetivamente um alerta, demonstrando a insegurança do precedente estável e aconselhando que o cidadão não pautе mais suas condutas naquele posicionamento, descaracterizando a confiança que poderia ser alegada por ele¹²⁰. Para os interesses públicos referentes ao tráfego jurídico, a técnica tem igual relevância, pois facilita a verificação da tutela da confiança, promove a segurança jurídica em seu viés de continuidade e impede a aplicação de institutos processuais cujos pressupostos exijam a existência de jurisprudência estável¹²¹.

Além disso, o que interessa mais diretamente a este trabalho é que com o aviso o tribunal conclama os demais órgãos judiciais e também a sociedade a fornecer argumentos sobre a superação ou não daquele posicionamento. Assim, ainda nos casos em que seja mantido o

¹¹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 221, ano 38, 2013, p. 33-34. O autor lembra a necessidade de respeito a algumas diretrizes quanto à forma e o conteúdo da decisão-alerta, que merecem transcrição: “O anúncio público deve ser direto, com menção determinada e específica em relação à direção possível da revisão de jurisprudência, de como pode ser decidida a matéria, sobre as normas ou a interpretação que poderão ser revistas, etc. [...] O tribunal deve ser claro e transparente também em descrever a reflexão sobre a necessidade de alteração de jurisprudência apenas como uma possibilidade, que poderá não vir a ocorrer no futuro. O cuidado é de não redigir o aviso em termos que possam sugerir que a jurisprudência já se alterou. Por outro lado, devemos lembrar também que a decisão-alerta deve vir, sempre que possível, no voto condutor do julgamento. Um voto vencido, p.ex., pode no máximo influenciar a formação de maiorias jurisprudenciais futuras, mas não pode ser considerado como base para a confiança porque não compôs a maioria vitoriosa naquela decisão”. CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 221, ano 38, 2013, p. 42.

¹²⁰ Odilon Romano Neto apresenta um exemplo da relevância da técnica para o indivíduo: “Na seara tributária, por exemplo, o anúncio de que há uma discussão em curso no tribunal a respeito da legalidade de um tributo até então considerado inexigível por jurisprudência pacífica permitiria que os contribuintes desse tributo provisionassem os valores necessários ao seu pagamento, na hipótese de ocorrer efetiva modificação na jurisprudência, evitando, com isso, serem surpreendidos pela necessidade de pagar de uma única vez elevados valores, o que poderia prejudicar seu equilíbrio financeiro e até mesmo comprometer a atividade empresarial, o que seria danoso para a própria sociedade”. ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 443.

¹²¹ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 221, ano 38, 2013, p. 35.

precedente, o julgamento-alerta certamente terá permitido a renovação do debate e, em certa medida, o fortalecimento daquele padrão decisório¹²².

Torna-se simples diferenciar o julgamento-alerta do *signaling* quando se percebe que, conforme já examinado, com a primeira técnica, o tribunal demonstra sua incerteza sobre a manutenção do entendimento e alerta à sociedade sobre a possibilidade de uma futura alteração, que pode nem ocorrer, mas merece ser debatida. Com a sinalização, por sua vez, o tribunal afirma sua certeza sobre a necessidade de revogação ou modificação do precedente, mas o *overruling* não é pronunciado imediatamente, não por haver dúvidas sobre o desacerto do precedente, mas em respeito à segurança jurídica. Fica claro que ambas as técnicas são muito úteis no momento da transição de precedentes estáveis e podem conviver tranquilamente em um sistema que se preocupe com a proteção da confiança dos jurisdicionados.

Analisadas estas duas técnicas, outra forma de decisão intermediária é a superação prospectiva. Nestes casos, muito embora haja a aplicação do precedente antigo ao caso que levou à sua superação, a decisão traz consigo a advertência de que para os casos seguintes ou para aqueles ocorridos depois de determinada data pré-fixada, o precedente não será mais aplicado¹²³. Este é um dos institutos que explica a técnica da modulação aplicada no direito brasileiro. A técnica, largamente aplicada no direito norte-americano, busca evitar que a “vítima” da superação receba tratamento diferenciado dos demais jurisdicionados que virão depois dela e que têm a ciência prévia da modificação do entendimento¹²⁴.

Robert Summers apresenta os três requisitos definidos no caso *Ceres Partners v. Gel Assocs* (1989) que orientam a aplicação da superação prospectiva nos Estados Unidos da América, quais sejam: a) a decisão deve estabelecer um novo princípio de Direito, tanto

¹²² CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 221, ano 38, 2013, p. 38.

¹²³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. **Revista de Direito Administrativo**, nº241, Rio de Janeiro, RJ, 2005, p.189.

¹²⁴ Vale citar a lição de Robert Summers: “*Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently. At minimum, the “victim” of the overruling decision will be treated differently from those who come after and who thus benefit from the new rule. As a result, courts have invented the practice of overruling in some cases only prospectively. That is, the new rule is to apply only after the overruling decision so that the old rule is still, in effect, applied to all prior parties similarly situated except the litigants before the court (thereby preserving incentives to seek change)*”. SUMMERS, Robert S. *Precedent in United States*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. London: Dartmouth, 1997, p. 397-398.

superando o precedente anteriormente confiável, como decidindo sobre um ponto antes não observado; b) os méritos e deméritos do caso devem ser observados, analisando a história do caso, os propósitos e efeitos da medida e se a aplicação retroativa prejudicaria aquele litígio; c) por fim, é preciso observar os possíveis resultados negativos da aplicação retrospectiva¹²⁵.

A técnica não é unânime sequer entre os países de *common law*, basta pensar que o direito inglês não a reconhece formalmente, ainda trabalhando com a superação de precedentes de forma retroativa em decorrência até mesmo da concepção de que a atividade judicial tem natureza meramente declaratória¹²⁶.

As críticas à superação prospectiva tornaram o tema tormentoso no país de sua criação. Os Estados Unidos, na atualidade, caminham rumo à aplicação sempre retroativa. A discussão teve início, na seara cível, a partir da década de 90, notadamente com os casos *James B. Beam Distilling Co. v. Georgia* (1991) e *Landgraf v. USA Film Products* (1994), tendo como principal justificativa a limitação do ativismo judicial, a partir do argumento de que a limitação da eficácia temporal de um precedente, naquele sistema, faria com que a atividade judicial se confundisse com a atividade legislativa. Para Ravi Peixoto, é curioso perceber que o principal país a influenciar os estudos da modulação no Brasil caminha atualmente em sentido contrário à evolução da técnica¹²⁷.

No Brasil, durante muito tempo, a regra foi da retroatividade, assim, as declarações de inconstitucionalidade abarcavam situações anteriores ao retirarem a lei inconstitucional do ordenamento. Contudo, alguns exemplos práticos começaram a surgir no STF de situações em que a simples aplicação *ex tunc* do julgamento não era suficiente e, diante destas exigências, o sistema tornou-se permeável à modulação através das leis 9868/99 e 9882/99, que admitiram o emprego da técnica no controle concentrado. Posteriormente, complementando o regramento, surgiu a lei 11417/06, permitindo a modulação da eficácia temporal da súmula vinculante.

¹²⁵ SUMMERS, Robert S. *Precedent in United States*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 398.

¹²⁶ Entende-se que a possibilidade de sinalização supriria a necessidade de superação prospectiva, contudo, a análise do caso *Hedley Byrne and Co v. Heller and Partners* sugere certa permeabilidade à técnica de *prospective overruling*. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey, *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 344.

¹²⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 249.

Nesta esteira, o CPC/15 amplia sobremaneira o âmbito da modulação de precedentes, permitindo, no artigo 927, § 3º, que ela ocorra em casos de “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”. O tema será melhor analisado em momento oportuno, mas apenas para que fique melhor delimitada a superação prospectiva, em síntese a uma série de posicionamentos doutrinários divergentes, Ravi Peixoto elenca alguns requisitos principais, dos quais serão citados os três mais relevantes: a) para a modulação é preciso que o novo julgamento efetivamente signifique uma modificação surpreendente da linha jurisprudencial anterior; b) é necessário também que a parte que a requer tenha atuado de boa-fé, em conformidade com o precedente anterior; c) por fim, é preciso que haja demonstração de prejuízo significativo à esfera jurídica da parte prejudicada¹²⁸.

Ainda sobre a eficácia temporal da superação, é preciso analisar os tempos possíveis da modulação, o que, por si só, comporta um grande desafio da doutrina, já tendo ganhado a atenção de trabalhos profundos. Por não ser o objeto específico deste trabalho, passa-se a analisar apenas a proposta de Jaldemiro Rodrigues sobre os possíveis tempos de aplicação da superação prospectiva. Para isso, serão analisadas as cinco hipóteses de eficácia temporal da superação de precedentes: seriam duas formas de aplicação retroativa e três formas de aplicação prospectiva¹²⁹.

A aplicação retroativa divide-se em pura e clássica, sendo que em ambas o novo precedente aplica-se aos fatos ocorridos no passado e depois de seu surgimento, mas a grande diferença é que a aplicação retroativa pura determina a incidência do novo precedente, inclusive, aos casos com sentença transitada em julgado ou fulminados pela prescrição ou decadência; enquanto na clássica, não há incidência em tais situações¹³⁰. O principal argumento que

¹²⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 308. Nas palavras de Jaldemiro Rodrigues, nestes casos, haveria um novo direito, que não pode retroagir: “Destarte, se em virtude de os tribunais superiores terem decidido de forma reiterada num determinado sentido, os jurisdicionados pautaram seu agir nessa direção, não podem ser surpreendidos com a eficácia retroativa de um novo precedente revogador ou modificador, eis que agiram de boa-fé e confiando na orientação jurisprudencial remansosa e pacífica. Nesse caso, a anterior orientação jurisprudencial deve ser entendida como uma *norma jurídica “a”*, que fora substituída por uma *norma jurídica “b”* (novo precedente), cujo sentido somente fora construído, quando do julgamento, devendo, pois, ser considerado como um *novo direito*, que não pode retroagir para alcançar atos e fatos passados”. 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. 163-164.

¹²⁹ 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.

fundamenta a retroatividade diz respeito ao fato de que às partes de nada adiantaria provocar o Judiciário, buscando a mudança de um posicionamento se aquela orientação não fosse aplicada ao seu caso¹³¹.

A aplicação prospectiva, por sua vez, é dividida em pura, clássica e a termo. Na aplicação prospectiva pura o novo precedente não se aplica sequer ao caso que ensejou seu julgamento, somente incidindo sobre os casos futuros; na clássica, a incidência também é futura, mas há uma exceção, já que há efeitos retroativos em relação aos fatos do caso em julgamento; por fim, na aplicação retroativa a termo, há a fixação, no próprio julgamento que altera ou revoga o precedente, de um *dies a quo* a partir do qual a decisão surtirá efeitos, isso para ensejar a maturação do debate na sociedade, no Judiciário e até mesmo no Legislativo¹³².

Segundo a proposta de Jaldemiro Rodrigues, os precedentes devem ser classificados segundo a novidade que enunciam e essa classificação interfere diretamente na questão da eficácia temporal. O novo precedente em sentido não surpreendente seria aquele que surge quando os tribunais superiores julgam pela primeira vez a matéria; o novo precedente em sentido diverso da concepção geral de direito seria aquele proferido pelas cortes superiores, pacificando a

¹³¹ 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. A aplicação retroativa tem também fortes críticas, a principal delas fundada na proteção da confiança, o que demanda análise minuciosa no momento de sua aplicação. Antônio Cabral lembra exemplo da jurisprudência do STJ em que a aplicação retroativa da alteração jurisprudencial importou forte quebra de continuidade: “Outro exemplo pode ser extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que operou uma retroativa mudança de jurisprudência que certamente gerou e ainda produzirá inúmeros prejuízos. Tratava-se da questão de saber qual seria o termo a quo para os prazos do Ministério Público, se seria contado a partir da entrada física dos processos no protocolo do órgão, ou do recebimento pessoal pelo membro (Promotor ou Procurador), com a aposição do “ciente”. A jurisprudência do STJ, que outrora decidira que deveria ser contado o prazo do recebimento pessoal dos autos pelo membro do MP, passou a entender que o prazo deveria começar a transcorrer da entrada do processo no órgão, ainda que o processo, por burocracia interna, demorasse para chegar às suas mãos. Pois bem, até aí, seria uma alteração normal de entendimento, operada pela convicção da corte de estar aprimorando sua interpretação das regras legais. No entanto, posteriormente, o STJ decidiu que a nova contagem do prazo seria aplicada retroativamente, isto é, também aos casos anteriores aos arestos que mudaram o entendimento. Ora, com todas as vênias, não podemos concordar. Isto porque as partes sempre se pautaram pelo entendimento anterior, e então os membros do MP, durante anos, utilizavam o prazo contando o termo a quo a partir da chegada dos autos a seus gabinetes. Quantos devem ter sido os arrazoados, talvez até mesmo com prazos peremptórios (como recursos), que foram protocolados em juízo acreditando ser esta a maneira correta de computar o prazo?! A retroatividade aplicada pelo STJ fere patentemente o dever de continuidade que os tribunais devem observar, surpreendendo os litigantes (no caso, um órgão estatal que atua a serviço da sociedade), com uma abrupta e retroativa alteração jurisprudencial”. CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 221, ano 38, 2013, p.32.

¹³² 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. 169.

questão, em desconformidade com o que antes era decidido pelas cortes inferiores; o novo precedente revogador ou modificador do anterior é aquele em que o tribunal revoga ou altera seu entendimento sobre a matéria. No primeiro caso, seria possível a aplicação retroativa do precedente, por não haver qualquer confiança legítima a ser tutelada¹³³; no segundo e no terceiro casos, o ideal é a aplicação prospectiva em razão da novidade do julgamento e da surpresa decorrente da decisão¹³⁴.

Analisados os conceitos mais relevantes da teoria dos precedentes, que nortearão a compreensão deste trabalho, torna-se possível avaliar a progressiva valorização da uniformização das decisões no processo civil brasileiro, bem como as razões que a fundamentaram.

1.3 A escalada rumo à valorização do precedente judicial no processo civil brasileiro: como o contato entre as famílias jurídicas influenciou a realidade brasileira?

Para iniciar este breve retrospecto, vale lembrar, com apoio em José Carlos Barbosa Moreira, que o Brasil, ao se tornar independente recebeu a legislação que até então vigia em Portugal, não só em processo, mas em tudo mais, até que novos códigos fossem editados ou até que fosse alterada a legislação¹³⁵. Recebeu o Brasil, com isso, até que as primeiras alterações ocorressem no século XIX, toda legislação envelhecida de Portugal, que não havia ainda se embebido dos ares renovadores das revoluções ocorridas na França. Essas constatações são

¹³³ Para Jaldemiro Rodrigues, apenas se justifica a adoção da retroatividade pura, com a possibilidade de ação rescisória, quando se tratar de novo precedente não surpreendente e novo precedente diverso da concepção geral do direito, quando fique claro que houve erro no julgamento anterior, já que, para ele, nos dois casos não haveria quebra de segurança jurídica. Com base neste posicionamento, o autor destinou algumas páginas de seu trabalho para criticar a posição do Supremo Tribunal Federal que, durante a vigência do CPC/73, vinha afastando a súmula 343 de sua jurisprudência dominante para admitir ação rescisória por violação à literal disposição de lei quando a sentença transitada em julgado tenha se fundado em interpretação que era ou se tornou contrária à sua orientação jurisprudencial sobre matéria constitucional, sem cogitar da novidade trazida pelo novo precedente. 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. 242-250.

¹³⁴ 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. 269.

¹³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos, **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 16, 2001, p. 11.

necessárias para compreender que o Brasil é fruto legítimo da cultura romano-germânica. Assim como ocorreu com os demais países filiados a este sistema, alguns movimentos, já citados linhas acima, fizeram com que ocorresse uma aproximação com a família vizinha.

A chamada “*commonlawlização*” no direito nacional é evidenciada, principalmente, pelo valor que vem sendo atribuído às decisões judiciais. A globalização e a conseqüente facilidade de comunicação entre as famílias romano-germânica e de *common law* favoreceram muito o crescimento de uma *simpatia* dos operadores nacionais diante do comportamento daqueles da família vizinha¹³⁶. Importante frisar que é a partir do século XIX, notadamente de suas décadas finais, que a infiltração de elementos da *common law* se expande. O fenômeno se justifica pelo fato de que é também neste intervalo que os maiores expoentes da *civil law* no continente europeu tornam-se também permeáveis a esta atração¹³⁷.

O fortalecimento do precedente não é movimento novo no Brasil¹³⁸. Para que isso fique claro, basta começar a análise pelo período da República, no qual enxerga-se, em 1923, através do Decreto 16.273, a criação do prejulgado para a Corte de Apelação do Distrito Federal. Previa o instituto que, quando em um caso concreto fosse identificada divergência na interpretação da lei entre os órgãos fracionários da Corte de Apelação, a questão era submetida ao julgamento dos integrantes de todas as câmaras e, uma vez decidida, era considerada prejulgado e tinha força obrigatória para casos futuros. Tem-se a mesma lógica presente em vários dos institutos que até hoje permeiam o processo civil brasileiro: identificada uma questão relevante, era ela submetida ao órgão superior¹³⁹.

¹³⁶ PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **Estudos de Direito Processual Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 01, 2005, P. 767. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf> >. Acesso em 25 fev. 2016.

¹³⁷ Barbosa Moreira lembra da edição, na Itália, do novo Código de Processo Penal, sensivelmente influenciado por princípios e tendências dos Estados Unidos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: **Temas de Direito Processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 262-263.

¹³⁸ As palavras de Ronaldo Cramer recordam que essa influência remonta à época do domínio português: “Como resultado da transferência da corte portuguesa para o País, o Alvará de 10 de maio de 1808 criou a Casa de Suplicação do Brasil, que também emitia seus próprios assentos. A partir do Regulamento 737, de 1850, o Brasil, já independente de Portugal, começou a produzir suas próprias leis de organização judiciária. Em 23 de outubro de 1975, o Decreto 2.684 ratificou a aplicação dos assentos até então existentes, atribuiu-lhes força de lei e autorizou o Supremo Tribunal de Justiça, o mais alto tribunal do país – criado após a Independência para substituir a Casa de Suplicação – a expedir novos decretos, com eficácia vinculante”. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 45-46.

¹³⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 44.

O prejudgado, inicialmente, valia apenas para a Corte de Apelação do Distrito Federal, porém, com a Lei 319/36 ele foi estendido para todas as Cortes de Apelação do país. Seguindo a linha da uniformização, a mesma lei criou o recurso de revista para o órgão pleno, sempre que a Corte de Apelação ou suas Câmaras: a) contrariassem ou divergissem de outra decisão, também final, da mesma corte, ou de alguma do suas Camaras turmas, sobre a mesma especie ou sobre identica relação de direito; b) contrariassem interpretação da mesma lei ou do mesmo ato, adotada pela mesma corte. A interpretação fixada pelo pleno deveria ser observada de forma definitiva¹⁴⁰.

O recurso de revista foi mantido pelo CPC/39, em seus artigos 853 e 860 e em 1949, com a Lei 623, foi substituído pelos embargos de divergência, admitidos originalmente, no Supremo Tribunal Federal, quando as decisões das turmas diverjam entre si ou das decisões do pleno. A finalidade era a mesma do recurso de revista, mas o meio de impugnação era restrito ao STF¹⁴¹. Posteriormente, os embargos de divergência foram ampliados pelo CPC/73 também para o âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo cabíveis contra acórdão proferido em recurso extraordinário ou recurso especial, com o objetivo de eliminar a divergência *intra muros*¹⁴².

Feita essa análise mais remota, pode-se afirmar que o passo considerado mais relevante no momento inicial de valorização do precedente, no Brasil, foi a criação, em 1963, da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, com objetivo de reduzir a sobrecarga de processos no Tribunal Superior, mas que acabou por alcançar esse intento no Judiciário como um todo, isso porque, embora não houvesse lei que impusesse seu caráter vinculante, diversos julgadores limitavam-se a invocá-la como forma de justificar sua decisão¹⁴³. Em seu nascedouro,

¹⁴⁰ MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 64-65.

¹⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 373.

¹⁴² MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 65-66.

¹⁴³ Vale lembrar que este foi o primeiro passo da aproximação que interessa diretamente ao direito processual civil. Contudo, muito antes, com a primeira Constituição da República, o ordenamento brasileiro já era permeável a influências do *common law*, como lembra Barbosa Moreira: “Com efeito, proclamada a República, e, sobretudo instituída a Federação que era, na verdade, a grande meto no espírito de personagens ilustres e influentes – só havia no planeta um modelo digno de ser copiado no plano publicístico: o norte-americano. A primeira Constituição republicana incorporou os princípios daquele que se elaborara nos Estados Unidos uma centúria antes, e essa

a súmula foi obra principalmente do então Ministro Victor Nunes Leal que, conforme lembrança de Evandro Lins e Silva, chegou a julgar no STF, em cinco anos e quatro meses, cinco mil processos, tendo participado, nas turmas e no Plenário, de mais de trinta mil julgamentos¹⁴⁴.

Não se pode falar em aproximação do *common law*, no Brasil, sem mencionar a relevância do controle de constitucionalidade para este fenômeno. Em um primeiro momento o Brasil adotava apenas o sistema de controle difuso de constitucionalidade, previsto na Constituição de 1891, complementado, mais adiante, em 1934, pela possibilidade de suspensão, pelo Senado, de leis ou atos normativos declarados inconstitucionais¹⁴⁵. Apenas com a Emenda Constitucional número 16, de 1965, em pleno regime militar, foi introduzido no Brasil o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, permitindo-se a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante o Supremo Tribunal Federal¹⁴⁶.

Os maiores exemplos da valorização do precedente judicial no Brasil surgem a partir da Constituição de 1988 que, em razão da redemocratização do país, da facilitação do acesso à justiça e do aumento da litigiosidade, passa a dar maior valor ao papel da jurisprudência, instituindo os pilares para a adoção de um sistema de precedentes. Será possível perceber, a partir da breve exposição feita a seguir, que esta tendência foi seguida e aprimorada por uma série de alterações legislativas voltadas à estabilização do direito¹⁴⁷.

Em 1993, a Emenda Constitucional número 3 veio prever mais uma ação ao controle concentrado, a ação declaratória de constitucionalidade e também atribuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões tomadas pelo STF em controle concentrado de

incorporação abrangeu, em não poucos casos, soluções dadas, ao longo do Século XIX, pela Suprema Corte do grande país do Norte. (...). Enquanto isso, os demais ramos do direito continuavam fiéis à tradição romano-germânica". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: **Temas de Direito Processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 261-262.

¹⁴⁴ SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 13, jan./mar. 1996, p. 110 e ss.

¹⁴⁵ ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 177.

¹⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 268-269.

¹⁴⁷ Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 338.

constitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme artigo 103, §2º. Para José Marcelo Vigliar, a previsão feita pela Emenda revela a consciência da necessidade de se reconhecerem efeitos incisivos às decisões judiciais superiores, evitando-se que ocorram, na Administração ou no Judiciário, comportamentos que afrontem o entendimento revelado pelo órgão de cúpula do Judiciário. A norma, para o autor, embora dirigida diretamente ao controle concentrado, representa a elevação, à categoria constitucional, do princípio da vinculação aos antecedentes jurisprudenciais¹⁴⁸.

Vale ressaltar, com apoio na lição de Rodolfo Camargo Mancuso¹⁴⁹, que nos países de tradição romano-germânica, a eficácia obrigatória de um preceito é qualidade de que se reveste a lei, que provém do Legislativo, órgão com legitimidade democrática para vincular a atuação dos demais poderes e dos cidadãos. Com o constitucionalismo moderno e a previsão do controle de constitucionalidade, sobretudo o controle difuso, vê-se que a primazia da lei já não é mais um postulado absoluto podendo, inclusive, ser afastado por qualquer magistrado, no exercício do controle incidental de constitucionalidade¹⁵⁰.

No que tange ao controle concentrado, é possível e preciso defender sua adequação com a *civil law* uma vez que a Constituição seria a lei suprema, com a qual todos os demais diplomas deveriam guardar observância, não se retirando, contudo, em última instância, a primazia da lei. O controle difuso, porém, é de mais complexa adequação nesse sistema. Num país em que não se exige observância obrigatória dos precedentes, não havendo sequer cultura de respeito a eles, o controle difuso produz, nas palavras de Teresa Wambier¹⁵¹, um “quadro caótico”, já que a

¹⁴⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformização**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 209.

¹⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 544.

¹⁵⁰ Reconhece Marinoni que, nestes casos, o magistrado está muito longe da função a ele atribuída originalmente num Estado que pretendia a completa separação entre os poderes, vejamos: “Mas a força do neoconstitucionalismo, em especial no sistema brasileiro, é ainda maior. Ora, quando se dá ao Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade da lei, é evidente que a função judicial ultrapassa em muito o limite que fora desejado pelo Estado legislativo. No Brasil, o juiz de primeiro grau de jurisdição e os tribunais ordinários têm poder para deixar de aplicar norma que considerem inconstitucional, assim como para adotar as técnicas de controle da constitucionalidade denominadas de ‘interpretação conforme à Constituição’ e de ‘declaração parcial de nulidade sem redução de texto’. O Judiciário, nesses casos, contrapõe-se à produção do Legislativo, exercendo atividade inquestionavelmente criadora”. MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: Luiz Guilherme Marinoni. (Org.). **A Força dos Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010, v. p. 244.

¹⁵¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 143.

conduta do jurisdicionado não se pautará apenas pela letra da lei, mas pela forma como ela é interpretada ou compreendida, ou seja, pela “versão final da lei”, o que nestes sistemas gera um grau de insegurança desconhecido.

Ainda no âmbito constitucional, outro importante exemplo demonstra a preocupação do constituinte com a uniformização da interpretação do direito e com a promoção de um tratamento igualitário, dois dos valores subjacentes à tendência de fortalecimento do precedente judicial no Brasil. Trata-se da previsão inserida no artigo 105, inciso III, alínea “c”, que atribui ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Neste caso, cumprirá o STJ a função de uniformizar a jurisprudência dos tribunais brasileiros, sendo este um importante instrumento para tratamento igualitário¹⁵².

A súmula, tão aclamada como a responsável pela permeabilidade do sistema brasileiro ao *common law*, apenas ganhou efeito vinculante expresso quando, em 2004, por meio da Emenda Constitucional 45, foi inserido o artigo 103-A, prevendo a possibilidade de edição de verbete vinculante, através da decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre mesma matéria¹⁵³. O referido efeito, segundo a disposição

¹⁵² CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 603.

¹⁵³ Taruffo analisa várias técnicas utilizadas por diversos ordenamentos jurídicos para alcançar a uniformidade e, dentre elas, lança um olhar sobre as súmulas vinculantes do sistema brasileiro: “*Una tecnica analoga molto interessante, e per certi versi estrema, è quella che fa perno sulle sùmulas vinculantes del sistema brasiliano. La formulazione delle sùmulas risale ad una prassi consolidata in quell’ordinamento: esse in passato non avevano efficacia vincolante, mentre ora hanno questa efficacia, dopo una riforma costituzionale che risale al 2004/15. Si tratta di enunciaciones che vengono formulate dal Supremo Tribunal Federal dopo una riunione dei suoi membri ed una votazione (con una maggioranza di due terzi). Esse hanno la funzione di risolvere un contrasto che si sia verificato nella giurisprudenza delle corti inferiori. Vale la pena di osservare che la sùmula non deriva dalla decisione di un caso concreto, poichè si tratta di una enunciacione interpretativa formulata in termini generali. Di conseguenza, essa non fa alcun riferimento ai fatti che sono alla base della questione giuridica affrontata, e quindi non può essere considerata come un precedente in senso proprio, ma solo come una decisione che esprime la scelta tra due opzioni interpretative relative a norme generali e astratte*”¹⁶. La sua evidente funzione consiste nell’eliminazione di incertezze e conflitti nell’ambito della giurisprudenza, assicurandone l’uniformità. Per questo scopo si prevede che essa abbia efficacia vincolante per tutti i giudici ed anche per tutti gli organi pubblici dello Stato federale.” TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, vol. XIV, Ano 8, jul-dez/2014, p. 440. Ainda sobre a súmula vinculante, vale lembrar as palavras de Rodolfo Mancuso, segundo o qual, com a EC 45, estamos hoje em um meio caminho entre *civil law* e *common law*, pois ao lado na lei como fonte do direito, veio ganhar relevo a súmula com

constitucional, estende-se não apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas também à Administração pública direta e indireta, nas três esferas federativas. A súmula vinculante é o resultado de um ou vários processos judiciais, nos quais, a partir dos casos concretos, extraiu-se uma regra universalizável aplicável a casos análogos¹⁵⁴. Conforme se verá ao longo do presente trabalho, as súmulas não são a única forma de veiculação do precedente no direito brasileiro, mas em razão da previsão de sua vinculatividade na própria Constituição, merecem atenção especial¹⁵⁵.

Ao lado da crescente valorização do direito sumulado, cresceu também o valor dado aos poderes do relator. Basta pensar, por exemplo, na Lei 9.139/95, que permitiu ao relator, nos tribunais em geral, negar seguimento a recurso ou pedido que contrarie súmula do respectivo tribunal, por meio de alteração ao artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, o que foi complementado pela Lei 9.756, de 1998, que atribuiu também a competência para dar seguimento, por decisão monocrática, a recurso sempre que a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou Tribunal Superior, conforme artigo 557, § 1º-A¹⁵⁶.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁵⁷, a relevância dos dispositivos acima está no fato de que o artigo 557 e seus parágrafos foram os primeiros dispositivos em que o legislador demonstrou escancaradamente sua intenção de prestigiar a jurisprudência dominante. No mesmo sentido está o artigo 544, §§ 3º e 4º do CPC/73, que permitem ao relator julgar o recurso especial, com base nos mesmos requisitos.

efeitos vinculantes. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 161.

¹⁵⁴ LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 244.

¹⁵⁵ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹⁵⁶ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “o gradual fortalecimento das decisões monocráticas do Relator se alinha à obsessiva busca pela redução da duração dos processos, embora aquela tendência atrite a diretriz da *colegialidade*, imanente nos Tribunais, e que se apresenta como condição de legitimidade de seu produto final – os *acórdãos* – cuja própria etimologia não deixa dúvida quanto ao sentido de *consenso*, ainda que majoritário.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 13.

¹⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 132.

O efeito obstativo também se apresentou no artigo 518, § 1º do CPC/73, atividade que passou a ser realizada não apenas pelo relator da apelação, mas com a reforma da Lei 11.276/2006, também pelo juiz que proferiu a sentença apelada, a quem cabia indeferir o processamento do recurso quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do STJ ou STF¹⁵⁸.

As alterações tornaram-se ainda mais intensas no âmbito da legislação infraconstitucional, a partir da legitimação dada pelo Constituinte com a súmula vinculante. Tem-se, então, em 2006, por meio da Lei 11.418, a regulamentação do procedimento da repercussão geral, pressupondo sua existência sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal, previsão inserida no artigo 543-A do CPC/73. O mesmo dispositivo vai além e prevê também que, uma vez negada a existência de repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos baseados em tese idêntica, estes que serão indeferidos liminarmente, demonstrando-se a força vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a repercussão geral.

O requisito da repercussão geral, segundo Teresa Wambier¹⁵⁹, provavelmente teve como principal objetivo reduzir a carga de processos que tramitam no STF. Tal intento se justificaria já que a seleção das causas permite ao tribunal exercer de modo mais firme sua função paradigmática, buscando uma jurisdição de melhor qualidade.

Até aqui fica claro que a súmula vinculante, por si só, não pode ser tida como a única responsável pela inserção da técnica de vinculação dos precedentes em nosso sistema, esta que veio também de maneira decisiva na legislação infraconstitucional em diversos dispositivos¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Para Teresa Wambier, a referida norma é, no mínimo, “desajeitada”, já que a conformidade com súmula não se encaixa no juízo e admissibilidade exercido pelo magistrado que proferiu a sentença, configurando, isso sim, verdadeiro juízo de mérito. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 133.

¹⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 141.

¹⁶⁰ Neste sentido: REIS, Mauricio Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 220, p. 207-228, jun. 2013. De modo bem-humorado, apresenta-se Barbosa Moreira: “Emenda Constitucional para estabelecer que as súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além e ao custo - muito mais baixo - de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?!). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite (...).” Barbosa Moreira, José Carlos. Algumas inovações da Lei nº 9.765/1998 em matéria de recursos cíveis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 1999, p. 321-322.

Basta lembrar também da previsão sobre a decisão dos recursos repetitivos, nos artigos 543-B e 543-C do CPC, aplicados ao recurso especial e extraordinário que permite aos Tribunais Superiores o julgamento por amostragem de questões tidas como repetitivas e a aplicação da tese definida a todos os casos idênticos que ficaram suspensos nos juízos inferiores. O descumprimento da tese fixada permite ao Tribunal Superior, inclusive, a cassação das decisões inferiores reticentes.

Afora os exemplos já citados, o CPC/73 era recheado de muitos outros que permitem afirmar com certeza o crescente papel do valor uniformização, diante da clara preocupação com uma jurisprudência instável e vacilante. Com esse intuito, foi instituído, no artigo 476 e seguintes, o incidente de uniformização de jurisprudência, que permitia a qualquer julgador, quando da análise de recurso ou causa de competência originária, solicitar o posicionamento do tribunal sobre matéria divergente ou em cujo julgamento recorrido se evidencie interpretação diversa da que lhe haja dado outro órgão daquele mesmo tribunal. Uma vez fixada a tese no Pleno ou Órgão Especial, o processo voltava ao órgão fracionário suscitante, ao qual caberia completar o julgamento da causa¹⁶¹. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, à época, já defendiam ser o posicionamento do tribunal vinculante para os órgãos inferiores que o aplicassem¹⁶².

Mais adiante, com a mesma preocupação de uniformizar a jurisprudência, a lei 10.352/01 inseriu o artigo 555 e, no que concerne a este trabalho, principalmente seu §1º, com a previsão do incidente de assunção de competência, que permitia o deslocamento de um recurso para outro órgão julgador, quando, diante de relevante questão de direito, fosse conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, cabendo, então, ao órgão colegiado o julgamento do recurso. A lei veio consolidar previsão já existente nos regimentos internos dos

¹⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 571.

¹⁶² Segundo Marinoni e Mitidiero: “Encerrado o incidente de uniformização de jurisprudência, tem o órgão jurisdicional suscitante de retomar o julgamento da questão. É obrigatória a adoção, no órgão suscitante, da interpretação fixada pelo tribunal, que deverá necessariamente leva-la em consideração para decidir o caso concreto a partir do qual foi formado o incidente”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 499.

Tribunais Superiores (art. 6º, inciso II, alínea “b” do RISTF, e art. 12, par. ún., inciso II do RISTJ)¹⁶³.

Os dois institutos tratados acima possuíam uma diferença fundamental: enquanto o de uniformização exigia uma divergência atual, presente no momento do julgamento do recurso, o de assunção de competência poderia ser suscitado quando se mostrasse conveniente prevenir possível divergência; tratava-se, pois, de instituto preventivo da divergência jurisprudencial. O ideal do segundo instituto foi, justamente, ampliar a abrangência do primeiro e impedir que temas relevantes eventualmente recebam tratamento contraditório dentro do mesmo tribunal, o que frustraria a necessidade de tratamento isonômico das partes¹⁶⁴.

A mesma Lei 10.352/01 inseriu a previsão do artigo 475, §3º, no CPC/73, dispensando o reexame necessário no caso de a sentença estar fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula dos Tribunais Superiores, “em explícita demonstração da tendência moderna em adotar a posição dos precedentes das mais altas cortes do país”¹⁶⁵. Foram valorizados os precedentes das cortes superiores e, ainda, a agilização da justiça, evitando o rejuízo, por meio do duplo grau necessário, de causas já discutidas em primeiro grau que estavam em conformidade com o pensamento dos órgãos de cúpula.

Como importante degrau da escalada, merece atenção o artigo 285-A do CPC, inserido também em 2006, pela Lei 11.277, que atribuía eficácia persuasiva, novamente para não dizer vinculante, ao julgamento de um juiz singular de primeiro grau, este que, com base em seus próprios julgados anteriores, pode decidir pela improcedência liminar de causa dita repetitiva. A disposição surgiu em um momento de aumento exponencial das demandas de massa, principalmente na Justiça Federal¹⁶⁶.

¹⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 572.

¹⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 573.

¹⁶⁵ MADEIRA, Daniela Pereira. A força da Jurisprudência. In: FUX, Luiz (Org.). **O novo Código de Processo Civil Brasileiro. Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.565.

¹⁶⁶ Daniela Pereira Madeira lembra que à época foram propostas inúmeras demandas previdenciárias envolvendo a correção dos benefícios previdenciários pelo índice IGP-DI, nos anos de 1997, 1999, 2000 e 2001. Contudo, o STF já havia decidido esta matéria, fixando orientação a ser seguida pelas instâncias inferiores pela improcedência da demanda relativa ao IDP-DI. Assim, “com intuito de evitar atos processuais desnecessários e manter a estrutura orgânica dos Juizados Especiais no que concerne ao processamento de ações potencialmente improcedentes,

Apenas para que não passem despercebidas as inúmeras críticas existentes a este dispositivo, vale ressaltar a flagrante violação ao contraditório derivada desta previsão legal que permite ao juiz de primeiro grau, antes mesmo de ser citado o réu, proferir julgamento de improcedência, que nada mais é que verdadeiro indeferimento da petição inicial, mas com conteúdo meritório. O objetivo seria desafogar o Judiciário de primeiro grau, evitando a sobrecarga de trabalho advinda da citação e do contraditório¹⁶⁷.

Ora, conforme bem lembra Teresa Arruda Alvim Wambier, qual a diferença desse novo método em relação ao julgamento antecipado da lide, este sim que finaliza a atividade jurisdicional em primeiro grau com pleno contraditório?¹⁶⁸

É preciso também destinar atenção ao Código de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 103 e incisos, prevê a eficácia *erga omnes* da decisão quando estiverem em conflito interesses difusos; eficácia *ultra partes* quando o caso for de interesses coletivos *stricto sensu* e *erga omnes/secundum eventum litis* quando a decisão solucionar demanda que trate de direitos individuais homogêneos. Com a projeção supra individual da coisa julgada, o que se busca é o tratamento paritário pelo Judiciário de indivíduos que, muito embora não integrassem a lide, possuem com ela algum vínculo, concepção que inspira o *stare decisis*¹⁶⁹.

dispensou-se a citação nas demandas previdenciárias em que se pretendia a correção dos benefícios previdenciários pelo IGP-DI. Foi julgado o mérito das referidas demandas (de acordo com o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal) sem, contudo, indeferir a petição inicial para julgamento do mérito. Esse movimento dos juízes de primeira instância inspirou o legislador na proposta de alteração do Código de Processo Civil através da Lei n. 11.277/06 [...]". MADEIRA, Daniela Pereira. A força da Jurisprudência. In: FUX, Luiz (Org.). **O novo Código de Processo Civil Brasileiro. Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.562.

¹⁶⁷ Para Teresa Wambier, o dispositivo representa uma tentativa lamentável de resolver grandes problemas estruturais do Judiciário nacional pela via da negativa de garantias constitucionais. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 136. Também Daniel Mitidiero faz crítica eloquente ao dispositivo, afirmando que, a pretexto de garantir a celeridade processual, pretendeu o legislador sufocar o caráter dialético do processo. MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil** (arts. 270 a 331). São Paulo: Memória, 2006, t. 3, p. 174.

¹⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 136.

¹⁶⁹ PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **Estudos de Direito Processual Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 01, 2005, p. 776. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf> >. Acesso em 25 fev. 2016. No mesmo sentido, Barbosa Moreira ressalta que esse momento se insere num tempo em que o Brasil deixou de embeber-se apenas com inovações de origem europeia para se aproximar também da cultura jurídica norte-americana, sobretudo com as *class actions*, que atraíram a atenção brasileira no cenário da proteção aos direitos supra individuais. Em outros pontos essa aproximação do direito norte-americano se apresenta, como ocorreu, em

José Marcelo Vigliar vai além e reconhece todos os instrumentos de tutela jurisdicional coletiva, dentre eles o Código de Defesa do Consumidor, as Leis 4.717/65 e 7.347/85, como extremamente relevantes para a uniformização da jurisprudência, isso porque, para que se confira o indispensável prestígio à tutela jurisdicional e se garanta a autoridade de seus julgados, o mínimo que se espera é que casos que reflitam interesses transindividuais (ligados, portanto, pela identidade de algum dos elementos da demanda), sejam tratados de forma idêntica pelo Estado. Não fosse assim, os principais ideais que informam as tutelas coletivas, a saber a igualdade, a segurança, a economia, seriam frustrados diretamente¹⁷⁰.

Com base apenas na apresentação dos exemplos mais aclamados fica clara a evolução da legislação brasileira em busca de conferir cada vez mais força à jurisprudência e ao precedente judicial. Tempos atrás, Barbosa Moreira¹⁷¹ entendeu ser temerário afirmar que haveria um deslocamento progressivo do direito brasileiro para a órbita do *common law*, dada a pontualidade das alterações legislativas.

Contudo, agora, parece não haver sentido para tal temor, existe sim uma evidente aproximação, que orientou também a criação do Novo Código de Processo Civil, a Lei 13.105, de

1988, com a positivação na Constituição Federal da cláusula do devido processo legal (difundida nos Estados Unidos como *due process of law*); assim também ocorreu com a criação dos Juizados Especiais, inspirados nas *small claims courts*. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos, Revista da EMERJ, v. 4, n. 16, 2001, p. 14.

¹⁷⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência**: segurança jurídica e dever de uniformização. São Paulo: Atlas, 2003, p. 31-32. Prossegue o autor: “Aceitar-se entendimento diverso leva a sérias consequências, reveladas por (ao menos) duas perplexidades prejudiciais à credibilidade que se deve depositar na prestação da atividade jurisdicional: (a) um dos dois (ou muitos) juízes *não conhece o direito*; não domina a tese jurídica debatida nos autos (porque não se poderia imaginar, propriamente, que um deles estaria agindo de forma contrária ao direito, como no dilema de Calamandrei); e tal conclusão, convenhamos, afronta a própria regra positivada em nosso ordenamento processual, fruto do aforismo *iuria novit curia*; (b) admitir que na *síntese* (expressa pela decisão estatal acerca do conflito), fruto do debate da tese jurídica (representada pelo exercício do direito/poder de ação) e a *antítese* jurídica (representada pela defesa) ainda sejam observados elementos contrários ao direito que esta mesma *síntese*, significaria concluir que ao Estado seria lícito apresentar diversas soluções, tratando de forma diversa aqueles que estão em uma mesma situação”.

¹⁷¹ Com um elucidativo exemplo, Barbosa Moreira ilustra sua posição: “Em termos esquemáticos, passam-se as coisas como se duas pessoas caminhassem ao longo da mesma rua, em sentidos opostos, uma de cada lado, embora troquem de calçada, de um trecho para outro do itinerário. O distanciamento jamais é completo: ambos os transeuntes, afinal de contas, atravessam as mesmas zonas da cidade, e muito do panorama lhes é comum. Há, entretanto, uma diferença de enfoque, bastante para distinguir os dois trajetos”. Prossegue o autor fazendo advertência que jamais por nós poderia ser esquecida: “Significa, entretanto, a meu ver, que, como até aqui, as importações se limitarão em regra à periferia do sistema, sem penetrar-lhe o âmago. Transplantes mais profundos correrão provavelmente o risco da rejeição. Para o bem e para o mal, o ordenamento pátrio é - e continuará a ser - um rebento da família romano-germânica, e, portanto, de civil law”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos, In: **Temas de Direito Processual** – 8ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 48.

16 de março de 2015, este que incorporou ao nosso direito positivo novas situações em que alguns precedentes irradiam efeitos vinculantes, destacando-se o inédito incidente de resolução de demandas repetitivas e o fortalecimento dos recursos especial e extraordinário repetitivos. A previsão de precedentes vinculantes pelo CPC/15, bem como os principais institutos inseridos ou reforçados pela legislação para alcançar o ideal de uniformização serão analisados com mais detalhes no último capítulo deste trabalho¹⁷².

Exponentes doutrinários enxergam nesta tendência uma faceta empobrecedora do direito, autoritária, antidemocrática, centralizadora ou totalmente desvirtuada de nossa cultura jurídica, por permitir a formação de provimentos vinculantes por alguns poucos juízes não eleitos por procedimento democrático e por esvaziar o diálogo necessário à solução das controvérsias judiciais¹⁷³.

Contudo, não obstante as respeitáveis críticas que não poderiam ser aqui minudenciadas pela limitação do tema, concordamos com Odilon Romano Neto que entende que a valorização é medida positiva e confere “maior significação social as decisões judiciais, fortalecendo seu papel de guia para o comportamento na sociedade, contribuindo para a promoção da igualdade, para a evolução do direito e, ainda, para que se tenha maior previsibilidade”¹⁷⁴. Estamos, ainda, com a opinião de Fredie Didier, que defende que o fortalecimento dos precedentes judiciais não é um desvirtuamento, mas um aperfeiçoamento de uma tendência que há muito já se apresenta no Brasil. O novo Código não foi, nas palavras do autor, fruto de uma “penada legislativa” destinada a aderir ao *common law*, mas representou o recrudescimento de uma tendência de aproximação, que não desnatura a carga genética que garante a identidade e significação do sistema¹⁷⁵.

¹⁷² Conferir capítulo 3, principalmente p. 112-123 e p. 182 e seguintes.

¹⁷³ Esta é a visão, por exemplo, de José Maria Tesheiner, que afirmou categoricamente que: “O que, em última análise, se busca é um sistema que elimine o debate, tornando praticamente inúteis as qualidades mais caracteristicamente humanas dos operadores do Direito: as de ponderar e decidir, de inteligência e de vontade, transformando-os em rebanhos submissos às ordens de seus pastores”. TESHEINER, José Maria Rosa. *Contra os Precedentes Obrigatórios*. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 13, nº 1099, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>>. Acesso em 04 nov. 2016.

¹⁷⁴ ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 179.

¹⁷⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, SP, ano 1. vol. 2, jul.-dez. 2015, p. 119.

1.4 Os principais valores que garantiram a permeabilidade à cultura dos precedentes judiciais no direito brasileiro

A essa altura do trabalho, espera-se já ter ficado claro que a valorização das decisões judiciais semelhantes para casos iguais é uma realidade no sistema brasileiro e já não faz mais sentido tratar essa tendência como se fosse possível abandoná-la, volver degraus nesta escalada. Sendo assim, neste momento, o que busca é entender quais foram os valores que nortearam essa crescente atribuição de força aos precedentes judiciais¹⁷⁶.

A indeterminabilidade e a equivocidade do texto legal comprometem sobremaneira sua clareza e sua generalidade. A falta de clareza da lei é contornada por meio da adoção de precedentes judiciais, já que a variedade de condutas resultante das muitas interpretações possíveis de um texto obscuro é superada pela unidade conferida pelo precedente judicial. Assim também, cumpre bem o precedente a função de atribuir concretude à lei equívoca, evitando que, diante desta equivocidade, muitas soluções sejam criadas para casos semelhantes¹⁷⁷.

Talvez um dos mais importantes valores que impulsionou a valorização dos precedentes judiciais foi a igualdade, desprestigiada quando, diante de casos muito semelhantes, juízes e tribunais atribuem soluções totalmente distintas. Nas palavras de Marinoni, na atual realidade brasileira “sequer os juízes ficam constrangidos quando, em face da massa de trabalho que lhes é

¹⁷⁶ Serão tratados adiante valores que orientaram a crescente atribuição de força à decisão judicial, mas vale lembrar que, conforme Didier, alguns desses valores, com o Novo Código de Processo Civil, se revestiram em deveres para os magistrados: “O artigo 926 do CPC brasileiro inova ao dispor que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e obrigatórios: a) o dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; e d) o dever de coerência”. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, in DIDIER JUNIOR, Fredie. *et al.* (coord.), **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 384.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: RT, 2014. No mesmo sentido, Tereza Wambier simplifica a questão em única frase: “Para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, jun. 2009, p. 132.

reservada, proferem decisões absolutamente contraditórias”, motivo pelo qual, para o autor, se tornou lugar-comum tratar da ação judicial, no Brasil, como sendo uma “aposta lotérica”¹⁷⁸.

Desse modo, diante da falta de comprometimento do Judiciário com a interpretação uniforme da lei, surge o precedente vinculante como uma forma de garantir a igualdade prática, no momento do julgamento, para situações concretas semelhantes, garantindo, com isso, a igualdade pregada pela Constituição Federal, como direito fundamental inserido no artigo 5º, *caput* e indispensável à concretização de um Estado de Direito¹⁷⁹.

Obviamente não haveria motivo para reclamar uma igualdade diante das decisões judiciais caso estas fossem fruto da mera aplicação da lei, bastaria a igualdade perante a lei, se esta não comportasse tantas interpretações. Por mais perfeito que possa ser seu processo de criação, a norma tem, em maior ou menor grau, significado equívoco ou indeterminado e, com isso, abre a possibilidade de variadas interpretações¹⁸⁰.

O problema acima narrado resta ainda mais grave se levada em conta a técnica da utilização de cláusulas abertas e conceitos indeterminados, destinada a dar ao juiz certa margem de atuação para adequar à lei às necessidades sociais mutantes, o que já foi referido neste trabalho, como consequência do constitucionalismo¹⁸¹.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: RT, 2014, p. 105. A igualdade como fundamento para um sistema de precedentes também é exposta por Bankowski, MacCormick, Morawski e Ruiz Miguel, *in verbis*: “From a different point of view, the unifying role of precedent can also be seen as simply an aspect of the unitary character of the legal system of a well-ordered state, one which it is the particular role of courts to sustain. Legal coherence, together with uniformity of decision, is indeed an everywhere acknowledged value served by respect for the force of argument from precedente, and one which it is the particular function of courts in their interpretative role to achieve”. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent. **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. London: Dartmouth, 1997, p. 487.

¹⁷⁹ Em termos incisivos, defende Teresa Wambier: “A igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law*. No *civil law*, a pauta de conduta dos jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei enquanto “compreendida” pela doutrina e pelos tribunais. Aceitar, ilimitadamente, que o juiz tenha liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados. Então tudo passa a depender de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto? Ou de que Câmara? Ou de que Turma? Temos convicção de que o desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias “leis” regendo a mesma conduta: um clima de instabilidade e ausência de previsibilidade”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito - *Civil Law e Common Law*. **Revista jurídica**, Porto Alegre, RS, v. 57, 2009, p. 58-59.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **A Força dos Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010, v. p. 227-248.

Como um dos valores mais adotados para a justificação de um sistema de precedentes, tem-se a segurança jurídica. Humberto Ávila¹⁸² propõe o estudo da segurança jurídica como fato, valor e norma. Como fato, a segurança jurídica reclama a possibilidade de previsão das consequências jurídicas dos atos e fatos pelos sujeitos de direito. A segurança jurídica como valor está relacionada à ideia de que é bom que se tenha um ordenamento jurídico seguro, que permita às pessoas um exercício de previsibilidade de seus próprios atos e omissões. Sob o ponto de vista normativo, a segurança jurídica é normalmente invocada como princípio, ou seja, como uma norma apta à aplicação em sua máxima efetividade, aplicada segundo a técnica da ponderação e não da subsunção.

Humberto Ávila identifica três elementos que compõem a segurança jurídica: a cognoscibilidade (o qual reclama que o destinatário do direito possa conhecê-lo, exigindo-se a publicidade e a transparência das fontes de direito), a calculabilidade (é a perspectiva da segurança jurídica voltada para o futuro, relacionada com a capacidade de antecipação do espectro de consequências aplicáveis a atos e fatos dos destinatários de uma norma ou decisão) e, o que interessa mais de perto ao presente estudo, a confiabilidade, que se define como o elemento da segurança jurídica voltado para o passado e se conecta a institutos jurídicos que atuam na estabilização das relações jurídicas, impedindo modificações jurídicas repentinas, buscando sempre a manutenção¹⁸³.

A estabilidade conecta-se de maneira nuclear com a segurança jurídica e trata-se de valor que determina que as decisões jurisprudenciais não sejam arbitrariamente modificadas, gerando

¹⁸¹ Sobre a relação entre as cláusulas abertas, a função interpretativa do tribunal e a necessidade de decisões uniformes, conferir a lição de Marinoni: “Ora, se o juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto. Dessa forma, como é intuitivo, afigura-se previsível a possibilidade de os juízes criarem diversas normas jurídicas para a regulação de casos substancialmente idênticos. Acontece que, como é óbvio, a função das cláusulas gerais não é a de permitir uma inflação de normas jurídicas para um mesmo caso, mas o estabelecimento de normas jurídicas de caráter geral (...) A ampliação da latitude do poder judicial com base nas cláusulas gerais não apenas exige um sistema de precedentes, como ainda reclama um aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais.” MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A Força dos Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010, v. p. 227-237.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114-116.

¹⁸³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114-116.

situação de total instabilidade que impeça o jurisdicionado de conhecer, de antemão, o direito que possui e a forma de exercê-lo¹⁸⁴.

Tal virtude é diretamente prejudicada no ordenamento brasileiro, numa realidade em que sequer dentro da Corte Suprema existe respeito pela manutenção de entendimentos estáveis, gerando gravíssimos efeitos sobre os cidadãos e sobre toda jurisdição nacional¹⁸⁵.

José Marcelo Vigliar concorda que a estabilidade se contraponha à insegurança e lembra que a existência de posicionamentos estáveis é fator de resgate da indispensável fidúcia do jurisdicionado em relação ao Estado-juiz. O autor vai além ao entender que não haveria como “se entender o conceito do princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional* sem que se pudesse exigir alguma sorte de estabilidade nas manifestações do Judiciário”¹⁸⁶.

Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça conectam a ideia de segurança jurídica com a proteção da dignidade da pessoa humana, isso porque, segundo os autores, a dignidade não estará devidamente protegida se, pela ausência de estabilidade do sistema, o cidadão não puder elaborar seus projetos de vida e manter relações com terceiros e com o próprio Estado¹⁸⁷.

¹⁸⁴ CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 314. Sobre a estabilidade, é importante mencionar a crítica feita por Frederick Schauer que lembra que este valor só é possível em concreto se abdicarmos, em certa medida, de nossa flexibilidade para avaliar o caso concreto e suas nuances: “*Without a universal answer to the question of whether stability is a good thing, we cannot decide whether decision according to precedent is a good thing. Stability may be unimpeachable in the abstract, but in reality stability comes only by giving up some of our flexibility to explore fully the deepest corners of the events now before us. Whether this price is worth paying will vary with the purposes to be served within a decisional domain, and we get no closer to knowing those purposes by understanding the relationship between stability and categorial size. Still, focusing on this relationship is valuable, because it enables us to see more clearly just how stability is achieved and just what kind of price we must pay to obtain it*”. SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, Stanford, vol. 39, n. 3, fev. 1987, p. 602.

¹⁸⁵ Por todas as situações divergentes, cita-se aqui, a partir da lição de Tereza Wambier, um exemplo: “Em 2005, o STF proferiu decisão no sentido de que a norma que autorizava a penhora de bem de família de fiador em contrato de locação seria inconstitucional. É natural, diante disso, que vários outros tribunais do País tenham adotado o mesmo entendimento, já que a referida decisão ganhou ampla repercussão, e vários recursos tenham sido interpostos contra as decisões manifestadas em sentido contrário àquela exarada pelo STF. Não bastasse, como a impenhorabilidade de bem de família é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida *ex officio* no curso do processo de execução, muito provavelmente várias penhoras, realizadas sobre o bem de família do fiador de aluguéis, acabaram sendo desconstituídas mesmo sem provocação do interessado. Mas eis que, no começo do ano de 2006, o STF reviu seu posicionamento, manifestando-se em sentido contrário. Naturalmente, *esta nova orientação agravará, ainda mais, a instabilidade jurídica até então existente*, a respeito da referida questão”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**. Vol. 172. São Paulo, 2009, p. 14. Vale a conferência do inteiro teor do RE352940/SP, julgado em 25 de abril de 2005, de relatoria do Ministro Carlos Velloso e RE407.688, julgado em 08 de fevereiro de 2006, de relatoria do Ministro Cezar Peluso.

¹⁸⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformização**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 150.

Importante ressaltar que a segurança jurídica não pode ser mais analisada, segundo seu conceito atual, como imutabilidade, visão que não se coaduna com a realidade do Estado contemporâneo. A continuidade deve ser vista como importante componente da segurança, uma vez que garante o meio-termo entre o completo estatismo e a total alterabilidade, opondo-se à petrificação e permitindo mudanças com consistência. Conforme Antônio do Passo Cabral, é nesse novo conceito de segurança jurídica que se permitem construções de “pontes” nos momentos de ruptura. Tem-se, pois, a partir dessa ótica, um equilíbrio entre alteração e permanência¹⁸⁸.

Num sistema de proliferação crescente de leis com multifacetadas interpretações, vê-se no precedente o condão de gerar a tão esperada previsibilidade para o jurisdicionado, evitando surpresas que violem suas legítimas expectativas e permitindo a confiança no exercício de seus direitos¹⁸⁹.

Como lembra Michele Taruffo, a previsibilidade das decisões tem, inclusive, uma função econômica, pois sendo a decisão previsível, deixar de recorrer, de ajuizar ações ou apresentar defesas, ciente de que o entendimento uniforme não é a ele favorável. Pode, ainda, orientar suas condutas, suas atividades negociais, com base em orientações estáveis¹⁹⁰⁻¹⁹¹. Para exemplificar

¹⁸⁷ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p.341.

¹⁸⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 313.

¹⁸⁹ No mesmo sentido, Jaldemiro Rodrigues: “Ora, é inegável que a adoção da doutrina do *stare decisis* em país de *civil law*, na medida em que proporciona a uniformização da jurisprudência, aumenta em muito a previsibilidade das decisões e, portanto, a segurança jurídica”. 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. 110. Assim também Leonardo Carneiro da Cunha conecta a segurança jurídica com a criação de uma confiança legítima no jurisdicionado: “Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a confiança legítima: os jurisdicionais passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto de novo código de processo civil brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Portugal, n. 9, p. 9302. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_09293_09327.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2016.

¹⁹⁰ TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, vol. XIV, Ano 8, jul-dez/2014, p. 438.

¹⁹¹ Gustavo Santana Nogueira demonstra a importância deste aspecto econômico também do ponto de vista do Estado, já que quando o litígio é encarado como verdadeira loteria, não havendo previsibilidade, há real estímulo à litigância, o que acarreta o aumento da carga processual. Nas palavras do autor: “No mesmo sentido, pode um cidadão comum, em que pese a existência de precedentes desfavoráveis à sua pretensão, tentar a sorte e litigar

esta função econômica de uma jurisprudência previsível e estável, basta lembrar dos diversos exemplos de posicionamentos mutantes encontrados em matérias de Direito Tributário. Certo é que a partir da Constituição Federal de 1988, que ampliou sobremaneira os direitos e garantias do contribuinte, aumentou também a litigiosidade fiscal buscando a fiel observância destes ditames pela Administração Pública. Por essa razão, grande parte das causas julgadas pelos Tribunais Superiores, principalmente aquelas de natureza repetitiva, é atinente à matéria tributária, o que levou Marcus Abraham a afirmar que existe uma espécie de *vocação* do Direito Tributário para a adoção de técnicas de precedentes¹⁹²

É também neste ramo em que essa vocação se evidencia, que os exemplos de impactos econômicos gerados por mudanças abruptas de posicionamentos são mais evidentes. Basta lembrar, como um único exemplo, da questão da importação de veículo automotor por pessoa física que, durante mais de dez anos¹⁹³, contou com a compreensão pacífica do STF de que não seria hipótese de incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados por não se configurar, nesses casos, atividade típica de mercancia. Contudo, no julgamento do RE 723.651, em 03 de fevereiro de 2016¹⁹⁴, a Corte passou a entender que, em nome da isonomia, para não haver tratamento discrepante entre o fabricante nacional e o fornecedor estrangeiro, seria necessária a incidência do imposto nas operações já mencionadas. A modificação do posicionamento evidentemente causa intenso prejuízo, já que equivale à criação de obrigação tributária nova¹⁹⁵. O exemplo será novamente avaliado ao longo deste trabalho, mas sua rápida menção deixa claro o impacto econômico da imprevisibilidade da jurisprudência.

mesmo assim, na esperança de que até o seu caso ser julgado o precedente tenha se alterado ou que ele seja solenemente ignorado pelo órgão julgador. Enfim, a cultura do desrespeito ao precedente pode estimular o litígio, o que aumenta o custo do processo”. NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2013, p. 80.

¹⁹² ABRAHAM, Marcus. *Common law* e os precedentes vinculantes na jurisprudência tributária. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, CE, v. 34. Jan/jul. 2014, p. 156.

¹⁹³ São exemplos de casos que corroboraram o referido posicionamento: STF, SEGUNDA TURMA, RE 255682 AgRg, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 29/11/2005; STF, PRIMEIRA TURMA, AgRg no RE 550170, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/06/2011; STF, SEGUNDA TURMA, AgRg no RE 255090, Rel. Min. Ayres Brito, j. 24/08/2010.

¹⁹⁴ STF, PLENO, RE 723651, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03/02/2016.

¹⁹⁵ Sobre o impacto econômico da mudança de posicionamento na jurisprudência tributária, conferir: BARROSO, Luis Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária – segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, Ano 1, n. 2. P.261-288. Abr/jun. 2006.

Assim também defende José Rogério Cruz e Tucci, ao lembrar que o cidadão baseia suas opções não apenas no texto legal vigente, mas também na tendência dos precedentes dos tribunais, que garantem o conhecimento de seus direitos. A observância de uma relativa harmonia das decisões judiciais “íntegra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfego jurídico-comercial”¹⁹⁶.

Vale aqui mencionar um interessante paradoxo analisado por Merryman: o mesmo valor (certeza, segurança), que sempre moveu os juristas de *civil law* a lutarem por estatutos cada vez mais completos, claros e coerentes, passou a ser adotado para justificar o fortalecimento dos precedentes judiciais nestes países¹⁹⁷. O que foi dito se evidencia no Brasil e o valor sempre serviu e ainda serve a justificar o crescente fortalecimento das decisões judiciais no país.

Indispensável mencionar, ainda, como pilares de uma cultura de precedentes, os princípios da duração razoável do processo e da efetividade da tutela jurisdicional, pois, uma vez firmado entendimento nas Cortes Supremas, não se justifica o fato de ter o jurisdicionado que superar todas as instâncias para ver reconhecido seu direito, simplesmente porque os juízes da origem se negam a cumprir a interpretação da lei conferida pelos Tribunais Superiores. Embora não seja, nem de longe, o desejável, tal situação tem sido comum na realidade brasileira. Pior ainda é a situação quando a divergência se encontra entre as próprias Cortes Superiores¹⁹⁸⁻¹⁹⁹.

Ainda sobre a efetividade, Frederick Schauer recorda que, ao diminuir a variação que aconteceria pela divergência de posicionamentos entre os julgadores, o sistema de precedentes

¹⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). *Precedentes*, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 448.

¹⁹⁷ MERRYMAN, John. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 3 ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

¹⁹⁸ No mesmo sentido, Tereza Wambier e Amílcar Carneiro Júnior. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, p. 121-174, jun. 2009; CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

¹⁹⁹ Assim também entende Ronaldo Cramer, ressaltando a importância de um sistema de precedentes para a efetividade e o aprimoramento da tutela jurisdicional como um todo: “Além disso, os processos que não comportam a incidência de precedentes, por terem teses únicas ou demandarem instrução probatória mais complexa, também passam, de certo modo, a ser julgados de maneira mais rápida, porque, com a diminuição do estoque de processos por força da aplicação dos precedentes, o Judiciário tem mais tempo para exercer a atividade jurisdicional como um todo”. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 62.

aumenta o poder da instituição decisória, já que a consistência interna fortalece a credibilidade externa e, assim, com maior aceitação e confiança, a instituição ganha força na sociedade²⁰⁰.

O respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores contribuiria, sem dúvidas, para a otimização do tempo do processo, tornando-o mais efetivo, já que, como há muito já se sabe, a tutela jurisdicional tardia, muitas vezes, aniquila a efetividade do direito. Além disso, a diminuição de recursos para ver garantida a posição dos Tribunais Superiores reduziria, por consequência, os custos do Poder Judiciário, ocasionando maior eficiência e, por consequência, favorecendo uma tutela jurisdicional mais célere²⁰¹.

Conclui-se que as famílias jurídicas de *civil law* e *common law*, tradicionalmente estremadas pelo respeito à lei e o apego ao precedente judicial, respectivamente, hoje não podem ser definidas de maneira tão estanque. A aproximação entre elas é evidente e é sentida há muito, inclusive, no Brasil, a partir de reformas legislativas sempre tendentes a valorizar as decisões judiciais em busca de ideais como estabilidade, segurança jurídica e isonomia. No atual estágio, o ideal de uniformização das decisões judiciais é uma realidade, promulgada como dever no CPC/15, o que deve suscitar em todos os envolvidos com a tutela jurisdicional o empenho por fazer valer os valores que fundamentaram o referido movimento, sem que outras garantias fundamentais sejam reduzidas.

²⁰⁰ SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Stanford Law Review, Stanford, vol. 39, n. 3, fev. 1987, p. 599. O autor prossegue, justificando a importância de encorajar esse valor: “*Why should we encourage this process? One possibility is that it might be thought important to create the aura of similarity among decisionmakers even where none may exist. Using a system of precedent to standardize decisions subordinates dissimilarity among decisionmakers, both in appearance and in practice*”.

²⁰¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2013, p. 80.

2 O CONTRADITÓRIO COMO FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DA PARTE NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

2.1 Evolução histórica do contraditório

A análise das feições do princípio do contraditório na História precisa começar da compreensão do procedimento medieval: o *ordo iudiciarius*. Naquele momento, segundo Nicola Picardi, o processo possuía natureza originária e extra estatal, na medida em que nem sequer o príncipe, ou mesmo as mais altas autoridades religiosas, poderiam dele prescindir, já que o *ordo iudiciarius*, pela sedimentação das praxes criadas pelos tribunais e pela doutrina, era responsável por garantir certa racionalidade prática e social²⁰².

Sobre a “extra estatalidade” do processo, Alessandro Giuliani lembra que isso se deve a uma verdadeira desconfiança na possibilidade de o juiz se imiscuir sozinho nos fatos e do poder do legislador de regular abstratamente as questões processuais, que são manifestação de uma razão prática, social. A crença existia apenas na atuação das partes como capazes de revelar a verdade dos fatos²⁰³.

O referido procedimento estava baseado em um conjunto de regras responsáveis por garantir a descoberta da verdade provável, através do diálogo entre as partes, assegurada sua igualdade de tratamento e manifestação. Tal conjunto, hoje entendido como contraditório, atuava também na produção e avaliação da prova, já que nada poderia ser tido como fundamento da

²⁰² PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.129. Importante lembrar também, neste ponto, a lição de Alessandro Giuliani, segundo a qual, o *ordo* serve à razão prática, à retórica, à prova argumentativa: “*L`idea dell`ordini è condizionata dalla soluzione data ala questione preliminare: l`autonomia dela retorica rispetto ala logica, dela ragione pratica rispetto ala ragione teórica, dela prova argomentativa rispetto ala prova demonstrativa*”. GIULIANI, Alessandro. *L`ordo iudiciarius* medioevale (*Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico*). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, v. 3, anno XLIII, ago./set. 1988, p. 599.

²⁰³ GIULIANI, Alessandro. *L`ordo iudiciarius* medioevale (*Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico*). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, v. 3, anno XLIII, ago./set. 1988, p. 603.

decisão sem antes ter passado pelo crivo das partes. Ao núcleo dessa garantia, os juristas medievais chamaram *audiatur et altera pars*²⁰⁴.

Dessa maneira, no processo comum europeu, em que se entendia que a única forma de solução das controvérsias seria por meio da probabilidade, o contraditório se apresentava como o principal instrumento e contava com amplo respeito e aplicação, muito embora, neste intervalo, ainda não dispusesse de qualquer previsão em regra escrita.

Como bem lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, dentro dessa lógica do provável, a descoberta da verdade não era resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, “revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos “pontos de vista” do outro e o caráter de sociabilidade do saber”²⁰⁵.

Tinha-se, nesse contexto histórico, a adoção de um modelo isonômico, em que o contraditório tinha posição de centralidade, garantindo a igualdade não apenas entre as partes, mas também entre estas e o juiz. Não por outra razão, o juízo era entendido como um ato entre três pessoas (“*iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*”)²⁰⁶.

No século XV, o brocardo acima mencionado havia se elevado a verdadeiro símbolo dos direitos naturais e a concepção passa a permear toda cultura processualista europeia. A regra jus naturalista, segundo Leonardo Greco, determinava que o juiz somente estaria apto a decidir o pedido do autor depois de cientificar o réu sobre seu conteúdo e dar a este a oportunidade de se manifestar²⁰⁷.

Uma segunda regra decorrente do contraditório também foi construída naquele momento, segundo a qual, caberia ao juiz compensar as desigualdades existentes no processo, levando em conta as circunstâncias de cada defensor, garantindo, com isso, a efetiva paridade de armas²⁰⁸.

²⁰⁴ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.129.

²⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro RJ, v. 346, 1999, p. 12.

²⁰⁶ Como não deixou de observar, igualmente, Daniel Mitidiero. MITIDIERO, Daniel Francisco. A Lógica da Prova no Ordo Iudiciarius Medieval e no Processo Assimétrico Moderno: uma Aproximação. Gênese. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, SP, v. 40, 2006, p. 496.

²⁰⁷ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541.

²⁰⁸ Nesse sentido, Nicola Picardi traz importante exemplo: “(...) visto que o acusador, pela natureza das coisas, goza de uma posição de superioridade, procedia-se na investigação por meio de formas de compensação a favor do

Até este interregno, o tratamento igualitário das partes, o respeito a seu direito de audiência e consideração no processo, não dependiam de qualquer previsão legal ou de interferência do príncipe, tratavam-se de reconhecimento social de defesa do homem medieval contra os arbítrios dos detentores de poder.

O *ordo*, porém, não era livre de defeitos e o principal deles se relacionava à demora do procedimento em decorrência ao respeito a um contraditório robusto, garantido minuciosamente em todas as fases do procedimento. A lógica argumentativa, da maneira como aplicada no processo medieval gerava, segundo Fazzalari, lides imortais, o que causava insatisfação e foi este o ponto de partida para uma modificação na maneira de ver o procedimento²⁰⁹.

Já naquele período, o legislador começou sutilmente a modificar a estrutura antes intocável do *ordo*, trazendo à tona a questão dos limites de aplicação do contraditório diante, por exemplo, da previsão na legislação canônica de um procedimento sumário, destinado a determinadas controvérsias que deveriam ser solucionadas de maneira mais célere. Tratava-se de marca do absolutismo monárquico, que trazia consigo a necessidade de centralização do poder pelo príncipe, inclusive no que dizia respeito aos processos judiciais²¹⁰.

A ideia era, nas palavras de Daniel Mitidiero, “domesticar” o direito, tornando-o certo como uma operação algébrica, fazendo-o perfeito, demonstrável, não passível de críticas, eliminando-se a possibilidade de contestação por meio do diálogo. Houve verdadeira apropriação das regras processuais pelo soberano, lançando por terra o caráter criativo da jurisdição exercida

acusado: referimo-nos a regras como *nemo tenetur se edere e in dubio pro reo*”. (PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.130). Para Alessandro Giuliani, trata-se de regra principal, destinada a sanar as desigualdades concretas: “*La prima regola del contraddittorio è la compensazione rispetto alle varie forme di ineguaglianza nel processo, tenendo conto di tutte le circostanze relative alla capacità dei difensori (...)*”. *Logica, della ragione pratica rispetto alla ragione teórica, della prova argomentativa rispetto alla prova dimostrativa*”. GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, v. 3, anno XLIII, ago./set. 1988, p. 611.

²⁰⁹ FAZZALARI, Elio. *Valori permanenti del processo*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, n. 44, 1989. p. 6.

²¹⁰ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.133. Ver também GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 542.

na época medieval. O direito deixou de ser um problema que precisava ser resolvido, para ser um objeto, que precisava ser conhecido²¹¹.

Nas palavras de Nicola Picardi, entre os séculos XVII e XVIII, com o desenvolvimento do processo moderno, houve uma passagem da ordem isonômica à ordem assimétrica, com substancial mudança da forma de concepção do *ordo*. O juiz daquele momento passou a ser visto como mero burocrata, cuja atividade se tornou previsível e controlável, cabendo a ele a direção do processo com autoridade e hierarquia, fundamentando-se, assim, a forma assimétrica²¹².

O magistrado, *homo burocraticus*, conforme Fazzalari, dirigia o processo segundo a disciplina dada, procedendo de acordo com a lógica formal, não mais prática, buscando a verdade mesmo sem qualquer contribuição das partes. Além disso, o juiz passou, neste momento, a responder ao soberano e não mais aos litigantes. O processo passou, então, a ser considerado mais como um método para atingir o convencimento, uma espécie de concorrência entre as partes, não mais como uma colaboração que busca a isonomia²¹³.

A mudança se deu, em grande medida, em razão da intervenção do príncipe no *ordo*, com o claro objetivo de estatizar o processo, decorrência do clima de desconfiança que se instaurou após a Revolução Francesa.

A garantia do contraditório sofre intenso declínio, marcado pela passagem do diálogo à razão, decadência que se deve à própria mudança na visão do processo. Conforme lembra Alessandro Giuliani, o processo moderno e o *ordo* medieval enfrentam esse perene conflito entre a retórica e a lógica, que refletem duas concepções opostas de processo e, segundo o autor, podem ser definidos como *ordo* isonômico e assimétrico²¹⁴.

²¹¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. A Lógica da Prova no Ordo Iudiciarius Medieval e no Processus Assimétrico Moderno: uma Aproximação. Gênese. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 40, p. 4, 2006. P. 505.

²¹² PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.137. No mesmo sentido, Alessandro Giuliani lembra que no *ordo* assimétrico prevalece a atividade solitária da mente do juiz: “*Dal punto de vista logico-scientifico senza ordine non è possibile una discussione razionale: vengono privilegiate le operazioni solitarie della mente del giudice, sulla base de um calcolo garantito dal ricorso al dogmatismo della evidenza*”. GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, v. 3, anno XLIII, ago./set. 1988, p. 600.

²¹³ FAZZALARI, Elio. *Valori permanenti del processo*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, n. 44, 1989, p. 7.

²¹⁴ GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, v. 3, anno XLIII, ago./set. 1988, p. 601.

Não se defendia mais a existência de uma verdade provável, alcançável por meio da contraposição de argumentos, mas se acreditava em uma verdade objetiva, absoluta, possível até mesmo na ausência de contraditório. Bastava, assim, uma contraposição mecânica de teses para que a garantia fosse tida por satisfeita.²¹⁵

O declínio do princípio se tornou ainda mais evidente no final do século XIX, quando, então, exauriu-se toda sua carga ética e axiológica. Contudo, o efetivo naufrágio ocorreu no início do século XX, com a concepção de processo enquanto procedimento, sucessão de atos destinados a alcançar a decisão final. A ideia defendida neste momento, sobretudo por Merkl, era subsumir a uma única categoria os procedimentos judicial, administrativo e legislativo, estendendo aos destinatários destes dois últimos, as garantias dos integrantes do primeiro²¹⁶.

Por óbvio, ao se estender as garantias do procedimento judicial ao procedimento administrativo, unindo-os na mesma categoria, haveria conseqüente desvalorização dos princípios que não pudessem ser comuns a ambos, como ocorreu com o contraditório, este que passou a ser concebido como “acidente” do procedimento, ocorrendo apenas quando existissem razões para contradizer e não maculando os procedimentos em que estas razões não se fizessem presentes.

A realidade começou a mudar a partir de meados do século XX, momento em que novos valores passaram a orientar os ordenamentos jurídicos, notadamente a ampliação do acesso à justiça e, a seu lado, a promoção da efetividade. Nesse contexto, o contraditório deixou de ser parâmetro meramente formal do processo e passou a ser indispensável em todas as suas fases, em busca do estabelecimento da justiça da decisão²¹⁷.

²¹⁵ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.136.

²¹⁶ MERKL, Allgemeines Verwaltungsrecht. Viena-Berlim, 1927 *apud* PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.138. Relacionando essa mudança de perspectiva em relação ao contraditório, com a ideologia liberal, conferir, na íntegra: “Claro está que essa concepção acanhada encontrou terreno fértil no chamado processo liberal, dominante no século XIX, em que a filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um papel puramente passivo, quase de mero árbitro do litígio, cuja principal função era apenas a de verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro RJ, v. 346, 1999, p. 13.

²¹⁷ Afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, neste momento, recupera-se o caráter dialógico do processo, como indispensável à formação da decisão. Como exemplo da mudança de perspectiva em relação à garantia, reflexo da valorização da efetividade, o autor cita o exemplo das tutelas antecipadas: “Ao mesmo tempo, nessa mesma linha de evolução, consentânea com a consciência do caráter público do processo, com a necessidade de uma solução mais eficiente e rápida do litígio, insere-se o valor da *efetividade*. O seu reflexo na extensão do contraditório é imediato e de largo espectro, porquanto encontra seu melhor instrumento técnico na possibilidade de concessão de medidas conservativas ou mesmo antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, antes do término normal do processo

O período pós Segunda Guerra gerou o repúdio aos governos autoritários e voltou o centro da proteção estatal para o cidadão, assegurando eficácia concreta aos direitos fundamentais. Assim, se a intenção era promover, também no processo judicial, a defesa de valores internacionalmente reconhecidos, o contraditório, com suas regras inerentes, voltou a ter relevo, isso porque se reconheceu que somente através desta garantia, o cidadão conseguiria dispor de todos os meios para chegar à tutela jurisdicional efetiva.

O temor anteriormente existente sobre a figura do juiz, que fez com que a este fosse relegada a função de mero burocrata, aos poucos deixou de existir e passou a ser substituído pela constatação de que o magistrado tem importante poder de colaboração com as partes em busca da decisão justa. A crença de que o juiz deveria ser mero espectador das atividades das partes, obrigava-o a decidir apenas a partir das versões parciais que ambas apresentavam, o que comprometia a tão cara busca pela verdade. Do mesmo modo como não se deseja a postura inerte do magistrado, também não se espera sua atuação solitária.

Diante dessa nova concepção, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira se contrapõe a dois importantes brocardos sedimentados na cultura processualista. *Da mihi factum, dabo tibi ius*, mostra-se como regra arbitrária, notadamente em sua primeira parte, já que a formação do material fático deixou de constituir tarefa exclusiva das partes, cabendo ao juiz a apreciação de fatos secundários, por exemplo aqueles notórios ou pertencentes à experiência comum. *Iura novit curia*, para o autor, também é aforismo superado ao dissociar a atividade do juiz na aplicação da regra jurídica do material fático trazido pelas partes, além do que não cabe mais apenas ao juiz o conhecimento do direito e sua investigação de ofício, compete também aos interessados oferecer sua cooperação quanto à matéria jurídica²¹⁸.

Para Montesano, por sua vez, a garantia do contraditório não elimina, nem atenua a regra *iura novit curia*, que impõe ao juiz a adequação da regra jurídica ao caso concreto, ao contrário; incide sobre o modo e o tempo de exercício dessa regra, impedindo que o magistrado aplique norma não colocada em debate no processo, cabendo à jurisprudência o reconhecimento de nulidade em casos como este, em que se desrespeita o diálogo²¹⁹.

e até liminarmente, mesmo antes de ser ouvida a parte demandada sobre a pretensão exercida em juízo". OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro RJ, v. 346, 1999, p. 15.

²¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro RJ, v. 346, 1999, p. 19.

Fazzalari reconhece, com precisão, uma necessidade de retomar a visão antiga de um contraditório fortemente respeitado, seja do ponto de vista de instrumento de defesa, seja como verdadeiro escopo do processo. Há uma tendência atual em revalorizar o diálogo e a retórica, retirando a hierarquia do magistrado e recolocando-o em um patamar de igualdade, garantindo sua independência para buscar a solução mais justa²²⁰.

É assim que, na segunda metade do século XX, instaurou-se, segundo Leonardo Greco, o chamado contraditório participativo, fruto do abandono da postura burocrática do juiz e da instauração de uma comunicação em dupla via, tanto em relação a questões fáticas, como questões meramente procedimentais e jurídicas, a partir da qual o juiz e as partes possam construir em conjunto a solução da causa. A garantia volta a ter sua base na estrutura dialética do processo²²¹.

Se antes o contraditório perdia espaço por não ser próprio dos procedimentos administrativos ou legislativos, a partir dessa mudança conceitual, a garantia passa a não ser mais exclusiva da lide judicial, ao contrário, espalha seus efeitos a todas atividades do poder público que possam levar à restrição da liberdade dos cidadãos²²².

Os processualistas brasileiros aderiram às propostas acima mencionadas propugnando a observância do contraditório em todos os procedimentos, enquanto limitação do poder estatal. Em qualquer âmbito que o Estado exerça poder, que lhe permita impor-se ao cidadão, lembra Cândido Dinamarco, deve este poder ser condicionado, e um importante limite dentro do processo é o contraditório. A Constituição brasileira de 1967, vigente enquanto se desenvolvia

²¹⁹ MONTESANO, Luigi, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, 2000. p. 931.

²²⁰ Nas palavras de Fazzalari: *"Tuttavia, nel nostro tempo, vengono ribaditi degli antichi valori: nell'area di civiltà cui apparteniamo, si tende ad assicurare il contraddittorio nella sua versione forte, sia dal punto di vista degli strumenti di difesa sia da quello degli scopi; si tende a degerarchizzare il giudice, garantendone l'indipendenza; si riaffermano, come frutto del migliore rapporto giudice-litiganti, il ruolo della retorica, il circuito dei discorsi e dei ragionamenti"*. FAZZALARI, Elio. *Valori permanenti del processo*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, n. 44, 1989, p. 8.

²²¹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 543. Sobre essa nova visão do contraditório, conferir, na íntegra, a definição de Fazzalari: *"Il contraddittorio fra coloro che hanno interessi contrastante in ordine al provvedimento in fieri, destinato a coinvolgerli; la simmetrica parità fra i contraddittori; la indispensabilità dei loro apporti: tutto ciò fa del processo una struttura fondamentale per la convivenza"*. FAZZALARI, Elio. *Valori permanenti del processo*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1989. p. 3.

²²² FAZZALARI, Elio. *Valori permanenti del processo*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, n. 44, 1989, p. 9.

esta nova visão, falava apenas em “instrução criminal contraditória”, contudo, já se propunha na doutrina a extensão dessa previsão, consagrando, assim, a garantia da instrução contraditória em qualquer processo²²³.

O conteúdo atual do contraditório, segundo Leonardo Greco, emana do primado da dignidade da pessoa humana, impondo, assim, que decisão seja sempre fruto de um diálogo humanizado entre o juiz e os demais sujeitos do processo²²⁴.

Luigi Montesano, avaliando a previsão do contraditório no artigo 111 da Constituição Italiana, reconhece que a garantia vai muito além da possibilidade de contraposição de teses pelas partes, abrangendo uma postura ativa durante todo procedimento, com vistas a contribuir para a formação da decisão final, o que deve ser respeitado naquele sistema, sob pena de invalidade do processo²²⁵.

Como se verá no decorrer do presente trabalho o princípio do contraditório será defendido de modo a agregar toda a contribuição trazida pela doutrina do processo justo a outras projeções, indispensáveis a garantir a efetiva participação e influência da parte na formação da decisão, vedando, assim, a prolação de decisões surpresas.

2.2 O contraditório na dimensão do processo justo

Conforme já mencionado anteriormente, os horrores decorrentes da Segunda Guerra Mundial trouxeram, no âmbito do direito, uma série de reflexos buscando a humanização do

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 92-93. A título de contextualização, conferir a previsão do artigo 150, § 16, da Constituição Federal de 1967: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em 28 jun. 2016.

²²⁴ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 544.

²²⁵ MONTESANO, Luigi, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, 2000, p. 930. Tradução livre de excerto do artigo 111 da Carta Italiana: cada processo desenvolve-se no contraditório entre as partes, em condições de igualdade perante o juiz terceiro e imparcial.

tratamento dispensado à pessoa humana, o que acarretou também uma mudança na perspectiva de análise do processo, que deixou de ser um instrumento manejado por um burocrata, com participação meramente formal das partes, para se tornar um centro de respeito às garantias fundamentais.

O movimento teve suas origens mais remotas na primeira menção à cláusula do devido processo legal com a Carta Magna de 1215, fruto de um momento de total insatisfação dos ingleses com a tirania real. O diploma, na seção 39, menciona: “*No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land*”²²⁶. O termo *law of the land*, inserido em reforma feita em 1354 é considerado o antecedente histórico do devido processo legal²²⁷.

Segundo Comoglio, existem algumas premissas legais para interpretação da cláusula prevista no *common law*, que podem ser aplicadas ainda hoje. A primeira delas determina que o devido processo legal não tem conteúdo pré-fixado, rígido, definido em abstrato, já que, inclusive, seria impossível à lei definir todas as exigências de um processo devido. Ao contrário, segundo a premissa seguinte, o conteúdo da referida regra pode ser definido no caso concreto, a partir da análise da correção de cada procedimento. Em terceiro lugar, o devido processo traz consigo a exigência de que as partes possam, de maneira efetiva, participar, fazendo valer suas razões. Por último, mas ainda mais relevante, é a constatação de que o processo não é “devido” porque segue regras formais de procedimento, mas porque é informado por um princípio superior de justiça, segundo os cânones fundamentais da *common law*²²⁸.

A importância de compreender a evolução do *due process of law* reside no fato de que os princípios que orientaram essa cláusula são os mesmos que acompanham a ideia de um modelo de processo justo, ou équo, como prefere Comoglio²²⁹.

²²⁶ Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.html>>. Acesso em 20, jun. 2016.

²²⁷ OTEIZA, Eduardo. *El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, ano 34, jul. 2009, p. 183.

²²⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, Itália, segunda serie, anno LVII, n. 3, 2002, p. 720-721.

²²⁹ O autor especifica quais seriam esses princípios: “*Il modello tipico di un processo équo (e giusto), nell’indicare prospettiva internazionale, è pertanto – sul piano tecnico – quel modello a struttura dibattitante pubblica, ispirato ai ricordati principi dell’oralità, della concentrazione e dell’immediatezza, sul quale si fonda il due process of law, nelle sue origini e nella sua evoluzione storica*”. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il “giusto processo”*

Os diplomas internacionais exerceram especial relevância sobre esta fase, valendo destacar, dentre eles, na Europa, como berço da noção de devido processo a Declaração Universal dos Direitos do Homem²³⁰ e a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais²³¹. Na América, a Convenção dos Direitos Humanos também fez menção ao devido processo, através da previsão de suas garantias ínsitas²³².

Em maior ou menor grau, as constituições ao redor do mundo vêm adotando garantias processuais fundamentais. Como bem lembra Taruffo, existe apenas alguma diferença na positivação das normas, podendo-se lembrar, por exemplo, da obrigação de fundamentar a decisão judicial, prevista expressamente nas Cartas do Brasil, Itália, Espanha e Portugal, mas não consagrada na Alemanha ou nos Estados Unidos da América. Assim também a garantia de recorrer à Corte Suprema, consagrada no artigo 111 da Constituição italiana e a inadmissibilidade das provas ilícitas, aceita pacificamente pela doutrina e jurisprudência da quase totalidade dos Estados e consignada literalmente na Constituição brasileira²³³.

civile nella dimensione comparatistica. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, Itália, seconda serie, anno LVII, n. 3, 2002, p. 725.

²³⁰ Vale destacar os artigos 8º e 10º da Declaração Universal: “Artigo 8º: Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei. Artigo 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em 20 jun. 2016.

²³¹ Sobre a Convenção Europeia, importante mencionar os artigos 6º e 13º: “Artigo 6 (Direito a um processo equitativo) 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. Artigo 13.º(Direito a um recurso efectivo). Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em 20 jun. 2016.

²³² Destaca-se, quanto à Convenção de Direitos Humanos de 1969, o artigo 8º: “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 carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 20 jun. 2016.

O fenômeno, chamado por Taruffo de “constitucionalização das garantias processuais”, teve como principais expoentes as constituições alemã e italiana, ambas que entraram em vigor em 1948, e refletiu claramente na Constituição Federal de 1988, que se insere naquela que o autor considera como “fase madura” do fenômeno²³⁴.

A realidade brasileira seguiu a tendência internacional, à qual Barbosa Moreira chama de “garantismo”. Nunca antes da Constituição de 1988 tanta atenção fora despendida às partes, a não ser no âmbito do processo penal. Têm-se, agora, consagradas em termos precisos, no artigo 5º, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, o princípio do juiz natural, o devido processo legal, as garantias do contraditório e da ampla defesa, a inadmissibilidade das provas ilícitas, a publicidade dos atos processuais e a assistência aos necessitados²³⁵.

Diante do reflexo da constitucionalização das garantias processuais no Brasil, Leonardo Greco realiza uma análise minuciosa, em busca da efetividade da tutela jurisdicional e da concretização do processo justo, dividindo as garantias em individuais e estruturais do processo civil, conforme se refiram à proteção dos direitos e interesses subjetivos das partes ou às condições prévias de que deve revestir-se a organização judiciária²³⁶.

No primeiro grupo, que interessa mais de perto ao presente trabalho, é alocado o acesso amplo à justiça por todos, que não se esgota apenas no direito de provocar a tutela jurisdicional, mas abrange também a possibilidade de se defender, influenciando diretamente na atividade do juiz. Em segundo lugar, tem-se a imparcialidade do julgador, que traz consigo a necessidade de um magistrado que examine a causa no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tem razão. Tem-se também a ampla defesa, que compreende a defesa técnica e autodefesa e consubstancia-se, basicamente, na possibilidade de apresentar todas as alegações e produzir todas as provas que militem a favor do interessado. Lembra igualmente o autor a proteção dos direitos do

²³³ TARUFFO, Michele. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, in **Páginas sobre Justicia Civil**. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, España, 2009, p. 65.

²³⁴ TARUFFO, Michele. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, in **Páginas sobre Justicia Civil**. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, España, 2009, p. 63.

²³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: **Temas de direito processual**, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 49.

²³⁶ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, 225-286.

hipossuficiente econômico, buscando a igualdade de condições em relação aos demais litigantes, para agir e se defender em juízo²³⁷.

Ainda no primeiro grupo, Greco aloca a garantia do juiz natural, enquanto direito ao julgamento da causa por um juiz abstratamente instituído pela lei como competente, antes da ocorrência dos fatos, evitando-se, assim, inclinações indevidas. O princípio da inércia determina que a jurisdição apenas deve interferir na esfera privada dos cidadãos quando por eles é provocada. Quanto à oralidade, trata-se do direito a um diálogo humano e público com o magistrado competente. A coisa julgada, por sua vez, é a garantia de segurança e de efetividade da tutela, garantindo à parte vencedora o direito de não mais ser molestada pelo adversário. Tem-se, por fim, neste primeiro grupo, o direito de renúncia à tutela jurisdicional, seja por meio do compromisso arbitral ou através da desistência ou renúncia da ação ou de um recurso²³⁸.

Por sua relevância para o presente trabalho, o conteúdo da garantia do contraditório, enquanto garantia individual, será analisado adiante.

No segundo grupo, o das garantias estruturais, encontram-se a impessoalidade e a permanência da jurisdição, a independência dos juízes, a motivação das decisões, a igualdade concreta, a inexistência de obstáculos ilegítimos, a efetividade qualitativa, a proteção de um procedimento legal, flexível e previsível, publicidade, a razoável duração, o duplo grau de jurisdição e, por fim, o respeito à dignidade da pessoa humana²³⁹.

Não obstante, é preciso compreender que, muito embora haja essa diferenciação nos textos constitucionais, existe um núcleo essencial de princípios irrenunciáveis que se aplicam à administração da justiça civil nos ordenamentos contemporâneos, que, segundo Taruffo, consistem em “*principios que corresponde aplicar al juez quien debe ser independiente e imparcial, a las partes a quienes se debe assegurar el acceso a la tutela jurisdiccional y el derecho de defenderse, y al procedimiento que debe ser rápido, simple, accesible y eficiente*”²⁴⁰.

²³⁷ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, 225-286.

²³⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, 225-286.

²³⁹ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, 225-286.

²⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, in **Páginas sobre Justicia Civil**. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, España, 2009, p. 66.

Diante de todo exposto, importante perceber que se tem evoluído de uma mera menção à existência do devido processo, à específica previsão de requisitos básicos a serem cumpridos pelo Estado para satisfazer a obrigação de garantir um procedimento justo²⁴¹.

A consagração desse núcleo está diretamente ligada a dois fundamentos. O primeiro deles é de caráter político, já que a proteção das garantias processuais surge em um momento de rejeição a governos autoritários, como importante instrumento de democratização do Estado e valorização do indivíduo. Em segundo lugar, percebe-se também um fenômeno econômico, já que um sistema processual eficiente é condição para o bom funcionamento da economia, através da mais rápida circulação de riquezas, da efetiva proteção da propriedade, do crédito, dos negócios, dentre diversos outros aspectos²⁴².

Como bem lembra Nicolò Trocker, a constitucionalização não foi apenas formal, mas fruto de uma opção cultural com vistas a consagrar, de maneira estável, determinados princípios do processo destinados a garantir a credibilidade e a aceitação da tutela jurisdicional. Com isso, tem-se a superação da antiga crença em um processo neutro, em termos técnicos, que não poderia ser tido como justo ou injusto, pois esta qualificação apenas caberia à decisão final e não ao procedimento²⁴³.

É esse o contexto de desenvolvimento da doutrina do processo justo: um momento de superação de governos totalitários, em que se evidenciava total marginalização do cidadão e de utilização do processo como meio de valorização da dignidade humana, com a adoção de um *iter* cercado por garantias constitucionais, legítimo, porque justo. Lembrando Dinamarco, “todos esses conceitos, pelo menos teoricamente, assentam bem na ideia de Estado Democrático como macrocosmos em face de sua projeção minúscula, que é o processo”²⁴⁴.

O princípio do processo justo é, assim, um princípio de caráter processual que reúne em si as garantias processuais fundamentais, tidas singularmente ou mesmo nas relações entre elas,

²⁴¹ OTEIZA, Eduardo. *El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, ano 34, jul. 2009, p. 197.

²⁴² A dupla análise é feita por Taruffo: TARUFFO, Michele. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, in **Páginas sobre Justicia Civil**. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madrid, España, 2009, p. 67.

²⁴³ TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, 2001, p. 383.

²⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 93.

trazendo consigo, em última análise, a noção de justiça substancial. Por justo processo deve-se entender o processo regulado de modo a favorecer, em respeito às garantias processuais, a perseguição a uma decisão justa²⁴⁵.

Para a definição das garantias inerentes ao processo justo, relevante papel exercem os Tribunais Internacionais. Apenas a título de exemplo, importa lembrar o posicionamento da Corte de Justiça da Comunidade Europeia, segundo a qual integram um justo processo: (a) o direito ao acesso efetivo à jurisdição; (b) o direito a uma efetiva defesa em juízo; (c) o contraditório, que garante às partes bases paritárias; (d) o direito à prova e à contraprova, de maneira dialética; (e) a publicidade; (f) a independência e a imparcialidade do juízo e (g) a duração razoável do processo²⁴⁶.

A título de síntese, nas palavras de Nicolò Trocker, justo não é qualquer processo que se limita à regulação no plano formal, justo é o processo que se envolve no respeito aos parâmetros fixados pela norma constitucional e aos valores compartilhados pela coletividade. Ainda segundo o autor, justo é o processo que se desenvolve frente a um juízo imparcial, em contraditório, em tempo razoável²⁴⁷.

2.3 O conteúdo moderno do contraditório: os direitos de participação, de influência na decisão judicial e não-surpresa

²⁴⁵ BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione: Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*. 2008. 165f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, *Università di Bologna*, Bolonha, 2008, p. 13. No mesmo sentido, Taruffo considera o respeito a um modelo mínimo de justo processo como condição inafastável para a justiça da decisão: “*Pur con varie incertezze e difficoltà, dunque, è possibile immaginare che si possa far riferimento ad un modello minimo di giusto processo al di sotto del quale si può avere un processo qualsivoglia, ma non un processo corretto idoneo a produrre decisioni giuste*”. TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, 1997, p. 327.

²⁴⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, Itália, segunda serie, anno LVII, n. 3, 2002, p. 729-730.

²⁴⁷ Tradução livre a partir da conceituação de Nicolò Trocker acerca do justo processo: “*Giusto non è qualunque processo che si limitati ad essere regolare sul piano formale. Giusto è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori consvisi dalla collettività. E tale è il processo che si svolge davanti ad um giudice imparziale nel contraddittorio di tutti gli interessati in um tempo ragionevole, como appunto stabilisce l’art. 111 cost*”. TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, 2001, p. 386.

2.3.1 Breve delineamento do contraditório enquanto garantia de um processo justo

Parte-se, assim, para análise de ponto mais relevante para este trabalho: o justo processo precisa desenvolver-se em contraditório entre as partes, em condição de igualdade, o que se transformou em um dever do juiz de ser observador, não mais do desenrolar do processo como sujeito passivo, inerte, mas observador do cumprimento da referida garantia, de maneira ativa, provocando de ofício o prévio debate das partes sobre questões de fato e de direito indispensáveis ao julgamento da causa²⁴⁸.

Para Nicolò Trocker, o contraditório é o elemento qualificador do processo, para que este seja tido como justo. O desenvolvimento da garantia no decorrer do processo não é algo constante ou que se possa definir previamente de maneira qualitativa ou quantitativamente uniforme, isso porque o exercício deste direito deve observar sempre o escopo, a função do processo, enquanto mecanismo de justiça, devendo atender às circunstâncias do caso, sempre a partir do fio condutor da necessidade de debate anterior sobre qualquer questão que possa influenciar a decisão²⁴⁹.

Dentro do terreno fértil da constitucionalização das garantias processuais, com o desenvolvimento da doutrina do processo justo, ganha relevo o chamado contraditório participativo, que não se resume na possibilidade de falar em juízo, quando a parte é instada a se manifestar, mas traz consigo o direito de efetivamente ser ouvido pelo órgão jurisdicional, influenciando na formação da decisão²⁵⁰.

²⁴⁸TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Italia, 2001, p. 394.

²⁴⁹TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Italia, 2001, p. 396.

²⁵⁰Sobre o contraditório enquanto participação, lembra Dinamarco: “Participar, eu já disse, é viver o processo. Participar significa, para quem participa, aumentar as possibilidades de vitória no processo; mas significa, para o Estado e para o juiz, uma colaboração para a melhoria da prestação jurisdicional”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 94. Ainda sobre o tema, de maneira muito elucidativa, Márcio Carvalho Faria, apresenta bom exemplo da diferença entre poder falar no processo e efetivamente ser ouvido: “Para se ter uma melhor ideia do que aqui se firma, basta-se pensar em alguns exemplos do cotidiano: quantas e quantas vezes um professor *falou* horas e horas para seus alunos, sem ser

Leonardo Greco sintetiza, de maneira didática, as prerrogativas inerentes à garantia, enquanto princípio de participação democrática: (a) audiência bilateral, com a adequada e tempestiva notificação de todos os atos processuais; (b) direito de apresentar alegações, propor provas e participar de sua produção; (c) congruidade de prazos, estes que devem ser suficientes, de acordo com o caso concreto; (d) exercício sempre prévio a qualquer decisão, devendo a postergação ser apenas excepcional e (e) ampla prerrogativa de todos os interessados de intervir no processo e discutir os efeitos da decisão que os afete²⁵¹.

Outro ponto que merece destaque é a importância da prova na noção de contraditório participativo que engloba, dentro de seu conceito, a possibilidade de defender-se provando. A reestruturação da isonomia pode ser necessária em vários momentos da produção probatória, como, por exemplo, no momento da distribuição do ônus da prova para a parte que tenha melhores condições de exercê-lo e a necessidade de dilatação de prazos quando a complexidade da prova o exija. Tudo isso decorre da constatação de que o juiz não é mais solitário destinatário da prova; também o são as partes, uma vez que a produção probatória integra seu direito de defesa²⁵².

Conforme bem lembra Leonardo Schenk, com a revalorização do contraditório, dentro da perspectiva do processo justo, a lógica volta a ser a do provável, do razoável, segundo a qual o juiz, apenas com auxílio das partes, pode avaliar os múltiplos caminhos percorráveis, afastando aqueles que sejam claramente errôneos²⁵³.

A dialética volta a ter relevo dentro da visão constitucionalizada do processo, isso porque se tornou claro que “o monólogo limita necessariamente a perspectiva do falante, enquanto o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à

efetivamente *ouvido*? Do mesmo modo: quantas e quantas vezes os pais *falaram* a seus filhos, aconselhando-os, sem que fossem, de fato, *ouvidos*? Por fim, e no mesmo caminho: quantas e quantas vezes uma parte *falou* nos autos, sem que o julgador tivesse o mínimo de atenção para aquilo que é ali colocado, sem que, em síntese, ele lhe desse *ouvidos*?”. FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. 2015. 415f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 182.

²⁵¹ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 237.

²⁵² GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 238.

²⁵³ SCHENK, Leonardo. **Cognição sumária – limites impostos pelo contraditório no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto”, apenas por meio do diálogo é possível reconstruir os fatos, da maneira mais próxima da realidade, alcançando uma tutela adequada²⁵⁴.

Para Paulo Henrique dos Santos Lucon, além de garantir a ampla participação dos interessados, o contraditório exerceria, ainda, em nosso ordenamento, três importantes funções. A primeira delas, a função “definitória”, seria a capacidade ostentada pela garantia de definir “sobreprincípios” que lhes são axiologicamente superiores, o que ocorre, por exemplo, com o princípio democrático, razão pela qual uma decisão que não respeita o contraditório é tida por antidemocrática. A segunda função seria interpretativa, já que o princípio estudado é utilizado para interpretar normas, ampliando ou reduzindo seu conteúdo, como ocorria com a autorização ao revel que comparecesse antes de encerrada a instrução, para produzir provas relevantes a seus interesses, o que ora encontra-se positivado no artigo 349 do CPC/15. Por fim, a função bloqueadora consiste na capacidade de afastar elementos incompatíveis com o estado ideal proposto pelo contraditório, o que permite considerar não motivada uma decisão produzida sem amplo respeito à garantia²⁵⁵.

Ocorre que um novo conteúdo se impõe. A partir da perspectiva constitucionalizada do processo, que se enquadra na realidade do constitucionalismo democrático brasileiro, a proteção ao contraditório por meio da participação precisa avançar e trazer consigo uma garantia de efetiva influência na formação da decisão judicial racional, conferindo à parte o direito a que o juiz leve em consideração suas alegações no momento da formação da convicção, com a consequente redução da possibilidade de surpresa da parte diante do desenvolvimento do processo.

A aplicação da ideia de comparticipação entre juiz e partes no processo conduz a uma nova forma de percepção da cognição em juízo, construída a partir do debate prévio e igualitário, que leva a decisões com maior aceitação e reduz, com isso, o tempo processual²⁵⁶.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório, in **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 71, 1993, p. 38.

²⁵⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório do novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, v. 17, n. 1, jan-jun. 2016, p. 169-170.

²⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua atuação, in **Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas**, Pouso Alegre, MG, v. 28, jan/jun 2009, 178.

Desse modo, como bem apontam Humberto Theodoro Junior e Dierle Nunes, essa concepção torna o juiz um verdadeiro garante do respeito ao contraditório e incorpora, dentro do feixe de direitos decorrentes, a garantia de uma decisão fundamentada que solucione a demanda com base nas questões e defesas tempestivamente propostas pelas partes, com a prévia submissão de todos os aspectos relevantes para a demanda à apreciação das partes. Tem-se, com essa visão, a implementação de um debate participativo no processo, legitimador da decisão²⁵⁷.

A necessidade de participação é tão intensa que se estende mesmo para as matérias sobre as quais deva o juiz decidir de ofício, mostrando-se, inclusive, de especial relevo nestes casos, pois a oitiva das partes pode levar o magistrado, que não tem conhecimento completo e inabalável, a perceber questão determinante, para a qual não havia se atentado²⁵⁸. Entender de maneira diversa seria permitir a prolação de decisões inesperadas, decisões-surpresa, ou, como denominadas no direito italiano, *decisioni della terza via*²⁵⁹.

Neste ponto, como lembra Márcio Carvalho Faria, é indispensável a diferenciação entre o conhecimento de questões de ofício (importante para o desenvolvimento regular do processo, decorrente da impulsão oficial) do julgamento de ofício de questões não submetidas à apreciação das partes. O contraditório, como vetor de condução do procedimento, impede que o magistrado decida sobre qualquer questão, ainda que sobre ela possa conhecer de ofício, sem submetê-la ao debate prévio e efetivo das partes²⁶⁰.

²⁵⁷ 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, SP, v. 168, fev. 2009, p. 126.

²⁵⁸ No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório, in **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v.71, 1993, p. 39.

²⁵⁹ TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, 2001, p. 395.

²⁶⁰ Com a didática que lhe é comum, Márcio Carvalho Faria continua sobre a questão: “Não se tolera, quiçá deve se permitir, a ocorrência de *decisões-surpresa* (*decisione della terza via*, no direito italiano, ou *Überraschungentscheidungen*, no direito alemão), assim consideradas aquelas que se firmam em fundamentos de fato e/ou de direito que não foram alvo de debate prévio e efetivo das partes. O juiz não pode, como um mágico, extrair da sua *ca(chol)rtola*, fundamentos sobre os quais as partes não manifestaram previamente, ainda que se trate de matérias *cognoscíveis* (e não resolúveis, frise-se!) *ex officio*”. FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. 2015. 395 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 186.

A decisão-surpresa é aquela em que o juiz toma como fundamento entendimento jurídico não colocado previamente à apreciação das partes, mesmo que se trate de aplicação de jurisprudência dominante ou de matéria cognoscível de ofício.

Quando totalmente indispensável à efetividade, a concessão de um provimento independente de contraditório deve sempre ser balizada pelo exame minucioso dos seus pressupostos de concessão, que precisa ser feito de maneira mais acurada, quanto maior for a intervenção na esfera jurídica do destinatário. Apenas quando atendidos todos os requisitos de ordem formal e substancial, estes que dizem respeito principalmente à debilidade do direito em jogo, é que pode ser diferido o contraditório, permitindo-se um provimento sem oitiva do interessado²⁶¹.

Conclui-se, diante de todo exposto, pela existência de um dever de consulta do juiz às partes com relação a todos os pontos que servirão a formar o cerne da decisão, criando um debate preventivo, permitindo a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela decisão, a contribuição de forma construtiva para sua consecução²⁶².

Merece ser desenvolvido com maior destaque em razão dos escopos do presente trabalho, este componente do conteúdo atual do contraditório que impede a prolação de decisões que surpreendam a parte. Trata-se da visão do contraditório enquanto direito de influência na construção da cognição judicial, que será analisada a seguir.

2.3.2 Desenvolvendo parte do conceito: o contraditório como direito de influência e proteção contra decisões-surpresas

²⁶¹ Encontra-se exemplo desta situação nas lições de Carlos Alberto Alvaro: “Pense-se, por exemplo, na hipótese de não ser concedida ordem liminar pela possibilidade de causar um dano irreversível na situação fática de interesse do demandado e a sua vez o requerente da providência corresse o risco de padecer um dano de natureza irreversível. Aí o conflito axiológico imporia uma minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro RJ, v. 346, 1999, p. 19.

²⁶² 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, SP, v. 168, fev. 2009, p. 2009.

No contexto de constitucionalização já expresso, o princípio democrático deixou de habitar apenas a Constituição Federal para pairar por todos os ramos do direito, tendo relevante influência no direito processual, o que se evidencia, por exemplo, a partir da possibilidade de participação de terceiros detentores de conhecimento específico, o *amicus curiae*, nas ações diretas de inconstitucionalidade, como forma de oxigenar o debate na Corte Suprema²⁶³.

A democratização, no processo civil, se apresenta também dentro do próprio procedimento, através da atuação das partes, por meio do devido exercício da garantia do contraditório, que exige, em sua feição atual, o prévio debate sobre qualquer questão, fática ou jurídica, que possa ser determinante para a decisão, evitando-se, com isso, que a prestação jurisdicional seja criação pura e simples do Estado²⁶⁴.

Certo é que a decisão judicial, como manifestação do poder estatal, tem capacidade de vincular as partes e interessados, mas os atos de outros sujeitos processuais são incluídos, assim, em um espectro mais amplo, qual seja, a capacidade de influenciar a formação do juízo²⁶⁵.

O contraditório se apresenta, assim, como importante instrumento de participação política por meio do processo, sendo expressão da democracia participativa. Segundo Antônio do Passo Cabral, a sociedade pode influenciar os atos decisórios estatais com a discussão argumentativa, através do diálogo dos interessados na decisão. O juiz, por sua vez, pode não concordar com as alegações trazidas, mas em razão da existência de um direito de influência que emana do contraditório, deve levá-las em consideração, o que ficará claro quando da fundamentação de sua cognição²⁶⁶.

O reconhecimento da influência enquanto direito das partes e de um correlato dever do magistrado de levar em consideração os argumentos recebidos surgiu na Alemanha, por meio de releitura, pela Corte Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), do artigo 103 da Lei

²⁶³ Sobre o tema, ver: BUENO, Cássio Scarpinella. Ação direta de inconstitucionalidade – Intervenção de *amicus curiae* (ADI 3.695/DF, STF), in **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 138, ago. 2006, p. 165- 184.

²⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Org.). **Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 52.

²⁶⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate*. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, Lima, Peru, v. XIV, 2010, p. 269.

²⁶⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate*. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, Lima, Peru, v. XIV, 2010, p. 270.

Fundamental daquele Estado, que tratava da pretensão de audiência jurídica das partes. Percebeu-se, na jurisprudência tedesca, que o magistrado teria o dever de provocar um debate preventivo das partes sobre todas as questões relevantes para o julgamento²⁶⁷.

No Brasil, embora de maneira ainda tímida, existem algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhecem este componente do contraditório. O principal acórdão trata-se do MS 24.268/MG, em cuja fundamentação a Corte aborda expressamente a doutrina alemã para interpretar a garantia e identificar o seguinte conteúdo: (a) direito de informação, que obriga o órgão julgador a informar a parte sobre os atos do processo; (b) direito de manifestação, oralmente ou por escrito; (c) direito de ver seus argumentos considerados, que exige que o julgador contemple as razões apresentadas²⁶⁸.

Em acórdão mais recente, o Ministro Luiz Fux, em seu voto, também reconhece que a hodierna concepção do contraditório refere-se não apenas ao direito de participação, mas, igualmente, ao direito de influência nos rumos do processo. Ao magistrado, ainda nas palavras do Ministro, cabe incitar o debate prévio sobre questões fáticas e jurídicas relevantes para a controvérsia, de modo a garantir o substrato de sua decisão, contendo-se, com isso, o arbítrio estatal, incompatível com o constitucionalismo²⁶⁹.

A mencionada conceituação tem relação direta com o momento histórico no qual se insere o estudo do Direito. Calmon de Passos, reconhecendo a mudança de perspectiva sobre o direito, enquanto uma das formas de emprestar sentido ao agir humano, assume que para compreendê-lo perfeitamente é preciso partir da comunicação humana. A visão do processo enquanto instrumento para enunciação da regra jurídica, esta que já deveria ser previamente conhecida pelos homens, defendida durante o estado moderno, não mais se justifica. Em razão da dimensão intersubjetiva e linguística de criação da norma é hora de institucionalizar um direito fundamental

²⁶⁷ WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, Itália, n. 3, jul-set 2001, p.734.

²⁶⁸ STF, Pleno, MS 24.268/MG, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 05 fev. 2004, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>> Acesso em 22 jun. 2016. Sobre o acórdão, vale citar, *in verbis*, o seguinte excerto: “Sobre o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berucksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwagungspflicht*)”.

²⁶⁹ STF, Pleno, MS 26.849 AgR/DF, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 10 abr. 2014, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5914335>>. Acesso em 22 jun. 2016.

de participação nos procedimentos que objetivam a criação de normas jurídicas, abstratas ou concretas, o que o autor denomina de *status activus processualis*²⁷⁰.

O direito de influência é abordado por alguns autores, como Humberto Theodoro Júnior e Marcelo Veiga Franco, como a dimensão dinâmica do contraditório, já que a garantia deixa de ser vista apenas em um sentido negativo de oposição/resistência, para ser vista em uma conotação positiva, de direito de intervir ativamente no procedimento e de atuar na construção do provimento final²⁷¹.

O processo, enquanto cenário de construção da norma jurídica concreta vinculante entre as partes, precisa ser permeado pelo debate, não havendo dúvidas de que a mera aplicação da norma ao caso, sem qualquer possibilidade de discussão e atuação da parte na formação do convencimento seria atitude arbitrária, não suportada no Estado Democrático.

Por óbvio, essa visão de comparticipação, que exige a atuação de todos os interessados na formação da cognição, exige também que haja uma postura ética, por parte dos que precisam intervir no procedimento. Cabe a todos promover a defesa reta de seus interesses, mas atendendo aos deveres de lealdade e de verdade, para que façam jus à prerrogativa democrática que possuem. Neste ponto, importante lembrar, seguindo as lições de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que existe um referencial que serve de norte para a atuação de todos os personagens do processo: trata-se da solidariedade, que impulsiona todos a agir segundo o objetivo comum de construir a decisão mais justa²⁷².

²⁷⁰ PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSOS.pdf, acesso em 22 jun. 2016, p. 4. No mesmo sentido, manifesta-se Guilherme Luis Quaresma dos Santos: “o processo é fruto da vida humana em sociedade e, como criação social, não pode se encastelar em seu conhecimento e em sua técnica, mas deve estar aberto às influências da sociedade que o originou”. SANTOS, Guilherme Luís Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil, in **Revista de Processo**, v. 194. São Paulo: RT, 2011, p. 73.

²⁷¹ FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC, in **Revista de Processo**, v. 247. São Paulo: RT, 2011, p. 105-136 e THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua atuação, in **Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas**, v. 28. Pouso Alegre: RFDSM, jan/jun 2009, p. 177-206.

²⁷² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. **Revista Forense**, São Paulo, v.358, 2001, p. 351. Sobre a comparticipação, Marcelo Veiga Franco: “De maneira distinta, o modelo processual cooperativo visa a estabelecer um procedimento dialógico e leal cujo escopo é a busca por um resultado substancialmente justo. O regime de colaboração processual coloca o juiz em um nível de interlocução processual paralelo com as partes”. FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e

O agir ético dos interessados é extremamente relevante para que o contraditório não se converta, nas palavras de Marcelo Veiga Franco, em verdadeiro “cheque em branco”, permitindo a alegação de um número infindável de teses apenas para procrastinar o andamento do processo e confundir a cognição do magistrado²⁷³.

Importa lembrar, ademais, que o contraditório traz consigo também deveres, já que não se trata apenas de forma de proteção da parte no processo, mas é importante contributo para o exercício da jurisdição, uma vez que apenas por meio do diálogo é possível alcançar decisão justa, aceitável e compreensível por seus destinatários; portanto *“el Estado tiene el derecho de exigir la rectitud de las partes en el proceso – instrumento público – a las que es atribuído el deber del obrar ético, de la contribución a la decisión final”*²⁷⁴.

A correlação entre o contraditório e a fundamentação da decisão judicial é a última decorrência dessa visão dinâmica da garantia, já que esta é o momento em que as partes podem fiscalizar se seus argumentos foram efetivamente tomados em conta, em última análise, se foram, de fato “ouvidas” pelo magistrado.

Obviamente, ao permitir e, inclusive, instar a manifestação da parte durante todo o processo, o magistrado garante que sua decisão não surpreenderá às partes. Repita-se uma vez mais: não se admitem surpresas na perspectiva de um processo justo. O dever de fundamentar a decisão judicial constrói-se sobre os argumentos conferidos pelos interessados durante todo *iter* processual, seja acolhendo-os ou rejeitando-os, dever que, como se disse, incide inclusive sobre a decisão das questões sobre as quais caiba conhecimento de ofício²⁷⁵.

conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC, in **Revista de Processo**, v. 247. São Paulo: RT, 2011, p. 108).

²⁷³ FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC, in **Revista de Processo**, v. 247. São Paulo: RT, 2011, p. 114.

²⁷⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate*. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, v. XIV, 2010, p. 274. Guilherme Luis Quaresma dos Santos vê no contraditório não apenas um dever, mas também uma garantia para o juiz: “Trata-se, portanto, de verdadeira garantia tanto para o juiz como para as partes. Para o juiz, pois, desta forma, ele torna público às partes e à sociedade as razões que fundamentam suas decisões, bem como o raciocínio lógico utilizado para alcançá-las; para as partes, o contraditório torna-se garantia por ser instrumento hábil a permitir, sempre em respeito às regras processuais e à boa-fé e em equidade com a parte adversa, que se possa levar ao julgador todos os argumentos, fatos e provas necessários para a formação do convencimento judicial em favor de seus pleitos”. (SANTOS, Guilherme Luís Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil, in **Revista de Processo**, v. 194. São Paulo: RT, 2011, p. 77).

²⁷⁵ Em brilhante conclusão, Humberto Theodoro Júnior: “De modo algum se tolera decisão de surpresa, decisão fora do contraditório, de sorte que o julgado sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima

Mesmo em se tratando de matérias de ordem pública, matérias exclusivamente de direito ou relativas apenas ao procedimento, seja com relação às nulidades ou, por exemplo, à incompetência, deve o juiz provocar a manifestação dos litigantes a seu respeito, dever este que, inclusive, já se encontra positivado em alguns ordenamentos, como é o caso do artigo 16 do *Code de procédure civile* francês²⁷⁶.

No direito italiano, a questão das decisões de *terza via* nem sempre foi pacífica. Durante muito tempo a doutrina defendeu que as decisões surpreendentes seriam nulas, por violação ao contraditório, mas não sem oposição, isso porque, havia aqueles que pensavam que uma sanção tão extrema só poderia derivar de imposição legal, o que não existia. Na jurisprudência, a Corte de Cassação pareceu se orientar no sentido de declarar nulas tais decisões, mas a situação apenas tornou-se mais uniforme quando da inserção, em 2009, do artigo 101, § 2º no Código de Processo Civil, que impõe a nulidade dos provimentos judiciais que contemplem questões não submetidas à discussão das partes, ainda que se trate de questões das quais possa o juiz conhecer de ofício²⁷⁷.

No direito processual brasileiro, o problema da decisão-surpresa foi sentido, em primeiro lugar, no âmbito do processo penal, em razão da relevância dos interesses em jogo. Foi por essa razão que, de maneira pioneira, o legislador pátrio estabeleceu, no artigo 384 do Código de Processo Penal, a necessidade de oitiva e debate prévio entre as partes no caso em que, depois da prova produzida em audiência, fique evidenciada nova definição jurídica do fato²⁷⁸. A mesma preocupação motivou, também no âmbito processual penal, a formulação da súmula 712 do

dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las, seja para rejeitá-las. É desse sistema dialético que nasce o dever de fundamentar as decisões imposto ao juiz pelo art. 93, inc. IX de nossa Constituição”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. (Org.). **Processo e Constituição**: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 52.

²⁷⁶ Referência feita por Estêvão Mallet: MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 233, 2014, p. 48. Conferir a disposição do ordenamento processual civil francês, na íntegra: “*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction... Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>. Acesso em 28 jun. 2016.

²⁷⁷ BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. **Rivista di diritto processuale**. Padova, Italia, Anno LXV (Seconda Serie), N. 2. Marzo- Aprile 2010.

²⁷⁸ MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão-surpresa”. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 233, 2014, p. 49.

Supremo Tribunal Federal²⁷⁹, que determina a nulidade da decisão sobre desaforamento, proferida sem oitiva da defesa.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a decisão-surpresa já é repelida com veemência, em respeito ao devido processo legal. Interessante exemplo se extrai do julgamento do HC 108739/SC, em que entendeu a Corte que deve haver intimação do interessado para a sessão de julgamento destinada apenas à correção de eventual erro ou inexatidão contida na ata, se dessa alteração resultar modificação substancial da situação jurídica do réu²⁸⁰.

Assim também com relação ao processo civil; o Tribunal de Justiça de Minas Gerais defendeu o entendimento de que aplicar a inversão do ônus da prova, prevista do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, apenas no momento da sentença, sem submeter a questão anteriormente ao confronto das partes, viola o contraditório por introduzir na relação processual “odioso elemento de surpresa”, já que o réu, até o momento, se orientava pela regra geral de distribuição do ônus²⁸¹.

Importante lembrar que a proibição expressa de decisões surpreendentes sequer precisaria ganhar previsão legal expressa, já que é decorrência lógica, como já demonstrado, da garantia do contraditório. Contudo, tão relevante é a preocupação com o tema, que o Código de Processo Civil ora em vigor incorporou disposição expressa destinada a impedir a formação destas decisões de terceira via, como denominadas pela doutrina italiana. Esta, porém, é matéria para o tópico seguinte²⁸².

Em conclusão, ao lado do conteúdo já desenvolvido linhas acima sobre o contraditório participativo, tem-se agora, também como componente da garantia, o direito de manifestar-se ativamente no decorrer do processo, de modo a influenciar na formação do convencimento, podendo exigir que os argumentos apresentados sejam tomados em conta pelo juiz. A este último, o contraditório cria também um dever, como braço do Estado no exercício da tutela jurisdicional;

²⁷⁹ Súmula 712/STF: É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do Júri sem audiência da defesa.

²⁸⁰ STF, Primeira Turma, Relatora Min. Rosa Weber, HC 108739/SC, j. 14 ago. 2012, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2812885>, Acesso em 22 jun. 2016.

²⁸¹ TJ-MG - AC: 10312110019147001 MG, Relator: Eduardo Mariné da Cunha, 17ª CÂMARA CÍVEL, j. 16 mar. 2016, disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 22 jun. 2016.

²⁸² MONTESANO, Luigi, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, 2000, p. 929-947.

deve cobrar dos interessados no provimento, sua atuação constante de modo a contribuir para sua construção. Apenas desse modo, partindo-se da premissa de comportamentos éticos, será possível chegar à verdade (ainda que provável) e construir decisão justa²⁸³.

2.4 A feição do contraditório no CPC/15

De todo o exposto, espera-se ter ficado claro que, na sociedade contemporânea, que se coloca em busca de um justo processo, não se pode conceber um procedimento unilateral, em que apenas uma das partes disponha de mecanismos para influenciar a decisão judicial, assim também não é possível compreender um processo com um único centro, com um destinatário principal. O juiz não é mais protagonista solitário da tutela jurisdicional.

O CPC/15, influenciado pela realidade do constitucionalismo moderno, nasce sob a aspiração de garantir a concretização dos princípios expressos na Constituição. Mais que a inclusão de um novo Código que discipline a realidade processual, a nova legislação surge como instrumento em favor das garantias fundamentais processuais.

Conforme já mencionado linhas acima, para Paulo Henrique dos Santos Lucon, o contraditório exerce uma função chamada “definitória”, isso porque cumpriria o papel de definir, delimitar o comando de um princípio que lhe é axiologicamente superior, o que ocorre, por exemplo, com o princípio democrático. Cabe ao contraditório ser expressão da soberania popular no processo judicial, ao garantir que o jurisdicionado participe e construa ativamente o exercício jurisdicional. Desse modo, por ser decorrência lógica de “sobreprincípio” fundamental do Estado Democrático, não haveria sequer necessidade de sua previsão expressa em lei para que fosse amplamente aplicado²⁸⁴.

²⁸³ Novamente, importa lembrar a consideração de Leonardo Schenk, segundo o qual, a partir da perspectiva do juiz a lógica volta a ser a do provável e razoável, pois cabe ao magistrado, à luz do contraditório renovado, identificar com o auxílio das partes os múltiplos caminhos percorriáveis para afastar os que lhe parecem errôneos. SCHENK, Leonardo. **Cognição sumária – limites impostos pelo contraditório no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

²⁸⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório do novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, v. 17, n. 1, jan-jun. 2016, p. 169.

Contudo, em razão da relevância da tutela do princípio em análise, o legislador de 2015 andou bem ao contemplar previsões que ampliem a eficácia da garantia no processo civil. Em contato mais direto com o presente trabalho está a previsão do artigo 10 do CPC/15 que, prevendo 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 se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” contempla o contraditório enquanto direito de efetiva influência na tutela jurisdicional, vedando a prolação de decisões surpresas.

A menção expressa a esse conceito, que se refere a uma das grandes inovações da Lei 13.105/15, impede que o magistrado adote na decisão fundamento, jurídico ou fático, não debatido durante o processo. Caso fosse possível tal postura, como poderiam as partes prever minimamente o resultado da controvérsia? Não haveria um resquício de segurança que estimulasse as partes a confiar no Judiciário. Como já debatido neste estudo, previsões como esta importam em duplo benefício: para a parte, que atua na construção do provimento; para o magistrado, que dispõe de auxílio para alcançar a justiça da decisão.

A previsão não é pioneira. Apenas para citar dois exemplos, o ordenamento francês, através do artigo 16²⁸⁵ já referenciado albergou a feição do contraditório enquanto direito de influência e vedação a decisões surpresas. Assim também o Código de Processo Civil de Portugal contemplou o mesmo conteúdo, vedando expressamente a produção de provimentos baseados em questões de não submetidas ao contraditório, deixando claro que isso se aplica, inclusive, às questões de conhecimento oficioso, o que se encontra hoje incorporado também no CPC/15²⁸⁶.

Certamente a adoção da referida previsão não foi influenciada apenas pelas disposições de ordenamentos estrangeiros, mas também pela importante contribuição da jurisdição internacional na reconstrução do conceito do contraditório. Lembra Leonardo Schenk que “para a reiterada

²⁸⁵ Conferir a disposição do ordenamento processual civil francês, na íntegra: “*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction...Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*”. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em 28 jun. 2016.

²⁸⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório do novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, v. 17, n. 1, jan-jun. 2016, p. 172. Conferir a dicção do artigo 3º-3 do CPC Português/2013: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12>. Acesso em 23 jun. 2016.

jurisprudência da Corte Europeia de direitos humanos a oportunidade real de conhecer e de se manifestar constitui parte do conteúdo mínimo do contraditório”²⁸⁷.

O caso *Vermeulen v. Belgique* tornou-se importante precedente, pois, ao decidi-lo, a Corte Europeia de Direitos Humanos interpretou o contraditório como garantia que não se restringe à mera manifestação da parte no processo, mas exige, sobretudo, a possibilidade de influenciar na decisão judicial. Na instância de origem houve manifestação das partes e, posteriormente, do Procurador Geral, seguindo o processo para pronunciamento do magistrado que, ao proferir sua decisão, acolheu os argumentos do *parquet*, sem que estes fossem antes submetidos ao debate dos interessados²⁸⁸.

A regra da proibição da decisão surpresa encontra-se positivada no artigo 10 do CPC/15 e espalha seus efeitos por todo diploma. Basta pensa na previsão do artigo 772, II, que prevê para o juiz o dever de advertir o executado, em qualquer fase da execução, de que sua conduta constitui ato atentatório à dignidade da justiça, antes de aplicar qualquer punição. Assim também o artigo 77, §1º, que impõe o mesmo dever de advertência antes da aplicação da multa por ato atentatório. Há, ainda, a disposição do artigo 493, parágrafo único, que permite ao magistrado conhecer de ofício fato novo, mas repudia a possibilidade de ser este levado em consideração antes de ser submetido à observância das partes²⁸⁹.

²⁸⁷ SCHENK, Leonardo. **Cognição sumária – limites impostos pelo contraditório no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

²⁸⁸ Importante transcrever excerto da decisão da Corte para melhor compreensão do posicionamento: “*The applicant had therefore had a definite interest in being able to reply before the hearing came to an end, particularly as much was at stake in the appeal, namely the right to practise as a doctor. Admittedly, the procureur général's department had not in the instant case taken part in the disciplinary proceedings on the merits before the authorities of the Ordre des médecins. Nevertheless, the procureur du Roi could at any time ask a provincial council of the Ordre to commence proceedings against any member of the Ordre. The procureur général's department was therefore to be regarded as every doctor's potential opponent. In conclusion, Mr Van Orshoven's defence rights had been infringed*”. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/>>. Acesso em 23 jun. 2016.

²⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 80. Vale transcrever as disposições mencionadas: Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo: II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça. Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

O antecedente legal do artigo 10 era norma extremamente controversa, que permitia o arbítrio judicial diante da confusão gerada sobre sua interpretação. O artigo 128 do CPC/73 dispunha que caberia ao juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Sobre o termo “questões” pairava intensa controvérsia doutrinária, havendo certa predominância da posição segundo a qual o magistrado não poderia avaliar fatos não apresentados pelas partes, mas cabia a ele livremente exercer a adequação da fundamentação jurídica, requalificando a demanda²⁹⁰.

Para Humberto Dalla, o legislador quis estabelecer um consenso, um meio-termo, entre duas posições totalmente contrapostas: a possibilidade de o juiz alterar, a seu bel prazer, os fundamentos jurídicos do pedido, “ainda que sob o disfarce de modificar a norma aplicável” e a exigência de total adstrição aos fundamentos invocados pela parte. Segundo o autor, pode o juiz invocar fundamento jurídico não alegado, desde que submeta a questão à manifestação das partes²⁹¹.

Há aqueles que se preocupem, como Odilon Romano Neto, com os reflexos da referida norma sobre a garantia da duração razoável do processo; isso porque pode ser que o conhecimento de uma questão percebida de ofício pelo magistrado cause os mais diversificados debates, havendo, inclusive, a possibilidade de tornar-se necessária a reabertura da instrução processual. Para o autor, a solução passa por um perfeito aproveitamento da fase do saneamento, cabendo ao juiz, neste momento, esforçar-se para identificar eventuais questões relevantes que tenham passado despercebidas pelas partes, a fim de que a atividade probatória possa, se necessário, abrangê-las²⁹².

A preocupação é legítima e a ponderação é de extrema relevância; a fase preparatória pode contribuir, e muito, para evitar a dilatação indevida do procedimento. Contudo, pode ser que os benefícios decorrentes da norma superem os temores quanto ao prolongamento da lide,

²⁹⁰ Como expositor dessa interpretação, cite-se, como exemplo, José Rogério Cruz e Tucci. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²⁹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10, *in* **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, ano 4, vol. VI, jul-dez/2010, p. 79.

²⁹² ROMANO NETO, Odilon. A vedação às decisões-surpresa no projeto do novo código de processo civil. In: ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). **O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica**. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v, p. 156.

porque, notadamente quanto às questões de direito, a provocação das partes, como bem lembra Nicolò Trocker, pode fazer com que o magistrado se atente para questões até então não percebidas²⁹³.

Prosseguindo na análise das repercussões do contraditório no ordenamento processual vigente, conforme já mencionado, o princípio traz consigo direitos e deveres, tanto para as partes como para o magistrado. O dever do juiz de zelar pela observância efetiva da garantia no processo foi expressamente imposto pelo legislador no artigo 7º, que assim dispõe: “é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Sobre a norma, vale lembrar que, obviamente, ela não permite que o juiz interfira no conteúdo das postulações, controlando a vontade das partes no processo, mas apenas determina que aja de modo a reequilibrar a igualdade²⁹⁴.

Como regra, assim, para que decida, cabe ao juiz ouvir as partes o que por ora também se encontra positivado no artigo 9º, ao impor a necessidade de oitiva daquele contra quem será proferida a decisão, engrossando o repertório de normas protetoras da efetiva participação e influência. Obviamente que, para resguardar a efetividade da jurisdição, pode ser que o magistrado deva proferir decisão *inaudita altera parte*. Sobre essa questão, novamente com apoio em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, vale lembrar que “minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável”²⁹⁵.

Nas tutelas de urgência, a justificativa para postergação do contraditório está na colisão entre os princípios do contraditório, de um lado, impondo a ciência prévia e efetiva manifestação,

²⁹³ TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, 2001, p. 395.

²⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 84.

²⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro RJ, v. 346, 1999, p. 19. Neste ponto, vale a lembrança feita por Humberto Dalla Bernardina de Pinho sobre a dicção proposta para o artigo 7º na versão original do Projeto de Lei 166: “Na versão original, antes do Substitutivo apresentado pelo Senador Valter Pereira, em 24 de novembro de 2010, constava, ainda, a seguinte expressão “ (...) competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório, em casos de hipossuficiência técnica”. Esta expressão, durante os debates e as audiências públicas sobre a versão original, suscitou inflamados debates, e acabou por ser extirpada do texto”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10, in **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, ano 4, vol. VI, jul-dez/2010, p. 73.

e na efetividade da tutela jurisdicional, de outro, determinando que o magistrado impeça o perecimento dos bens jurídicos discutidos na lide²⁹⁶.

Outra hipótese, também excepcional, em que se evidencia o contraditório diferido, encontra-se na improcedência liminar do pedido, prevista no artigo 332 do CPC/15, que permite ao juiz, independentemente de citação do réu, proferir sentença de total improcedência, em verdadeiro “julgamento antecipadíssimo da lide”²⁹⁷. Tais hipóteses se restringem a casos em que os fatos controvertidos sejam exclusivamente ligados a questões jurídicas, sendo desnecessária a produção de outras provas, além das documentalmente trazidas pelo autor. Nestas situações, terá o demandante a oportunidade de discutir os fundamentos da decisão em embargos de declaração ou em apelação da sentença. A dispensa da manifestação do demandado, segundo lembra Lucon, deve-se ao fato de não ter o ato judicial o potencial de influir em sua esfera jurídica²⁹⁸.

Para além de evitar a prolação de decisões de terceira via, o contraditório assume também no CPC/15 a função de identificar as decisões judiciais imotivadas. Isso porque, para que seja tida como suficiente e adequada, a fundamentação deve tomar conta todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia alegados pelos litigantes; não se toleram omissões sobre aquilo que poderia modificar o julgamento, apenas se permitindo ao magistrado não abordar os pontos colaterais, irrelevantes para a solução, de modo que todos os demais devem ser considerados por expressa imposição do artigo 489, §1º, inciso IV²⁹⁹.

Se o litigante é sujeito ativo na construção da tutela, deve o juiz tomar em conta todas as alegações que influam na solução da causa, para que, lembrando Márcio Carvalho Faria, a

²⁹⁶ No mesmo sentido, Odilon Romano Neto. ROMANO NETO, Odilon. A vedação às decisões-surpresa no projeto do novo código de processo civil. In: ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). **O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica**. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v, p. 152.

²⁹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo CPC. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Brasília, DF, v. 1, 2015, p. 30.

²⁹⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório do novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, v. 17, n. 1, jan-jun. 2016, p. 169.

²⁹⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório do novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, v. 17, n. 1, jan-jun. 2016, p. 186. No mesmo sentido, FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC, **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 247, set. 2015, p. 135. Ver, na íntegra, a disposição do artigo: Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

parte não tome o papel daquele pai que fala por horas, aconselhando e orientando, sem, porém, ser efetivamente *ouvido* pelo filho³⁰⁰.

A proteção do contraditório no CPC/15, apenas para citar mais alguns exemplos, alcançou, inclusive, a sistemática das provas e dos recursos. Sobre o tema das provas, mitigando a regra da distribuição estática do ônus e adotando a teoria da carga dinâmica da prova, o novo Código permite a inversão, atribuindo o ônus da prova à parte que estiver em melhor condição de fazê-lo. Para que a providência seja adotada, é preciso que se evidenciem uma das três situações: a) que as peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, indiquem que uma das partes tem melhores condições de produzir a prova; b) que uma das partes tem, claramente, maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário; c) que haja convenção prévia das partes³⁰¹.

O mais importante é perceber que, diante de uma destas situações, o magistrado apenas poderá realizar a inversão do ônus da prova se o fizer por decisão fundamentada e der à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, conforme dispõe o artigo 373, §1º, do CPC/15. Este dever de diálogo impõe que o julgador sopesse os argumentos dos sujeitos parciais acerca da inversão. Trata-se de mais uma previsão que concretiza a proteção da dimensão dinâmica do contraditório, que impede a prolação de decisões surpreendentes, respeitando a regra geral presente no artigo 10³⁰².

Dentro da sistemática dos recursos, existe também uma disposição relevante. O artigo 1024 do CPC/15 (que tem como antecedente o artigo 537 do CPC/73), trata do prazo de julgamento dos embargos de declaração e do modo de processamento deste recurso nos

³⁰⁰ FÁRIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. 2015. 415f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 182.

³⁰¹ Breves Reflexões sobre o ônus da prova no CPC/2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie.; JOBIM, Marco; FERREIRA, William Santos.. (Org.). **Coleção Grandes Temas do NOVO CPC - Direito Probatório**. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 288.

³⁰² No mesmo sentido, vale citar a lição de Ravi Peixoto e Lucas Buriel: “Caso seja realizada a dinamização de ofício pelo magistrado, é imprescindível a aplicação do princípio da cooperação, especificamente sob a óptica do dever de consulta, tal como previsto no art. 10 no NCPC. Ocorre que, embora imposta a inversão no despacho saneador, mesmo assim, teria ele violado o dever de diálogo, tendo em vista a necessidade de sopesar as alegações de ambas as partes para proceder à modificação da distribuição dos ônus da prova. É corolário do contraditório revisto que toda decisão deve ter em conta manifestação anterior dos sujeitos parciais. Com efeito, conhecer de ofício não equivale a decidir sem prévia manifestação das partes”. MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi . A teoria da dinamização do ônus da prova, o Novo CPC e as adaptações necessárias para a sua utilização no procedimento dos Juizados Especiais. **Revista Forense (Impresso)**, Rio de Janeiro, RJ, v. 420, jan. 2014, p. 222.

tribunais. Ocorre que foi inserido neste dispositivo um parágrafo que não tem qualquer antecedente no Código anterior, sendo disposição inédita que contempla uma hipótese já admitida, desde muito tempo, pelo Supremo Tribunal Federal³⁰³. Trata-se do §3º, que permite a conversão de embargos de declaração em agravo interno se o órgão julgador entender que este último é o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais e impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada³⁰⁴.

Tem-se do reconhecimento do princípio da fungibilidade recursal para os dois meios de impugnação acima, que deve ser utilizado sempre que os embargos de declaração objetivarem a reforma da decisão do relator, com caráter infringente. Em outras palavras, evidencia-se uma situação em que a parte interpôs recurso contra decisão monocrática de relator sob o rótulo de embargos de declaração, mas, na verdade, o que desejava era a reforma ou invalidação da decisão monocrática³⁰⁵. A grande questão é que o CPC/15, além de abarcar o reclamo da Corte Suprema, prevendo a fungibilidade, valorizou novamente a garantia do contraditório neste tema, condicionando a conversão à intimação prévia do recorrente para se manifestar e complementar as razões recursais, de modo a garantir que a parte interessada possa influenciar na decisão do agravo que será posteriormente julgado.

Dentro da temática dos precedentes, a proteção do contraditório também foi ampliada. Já era um reclamo da doutrina que, na formação de precedentes, não houvesse uma análise seletiva de argumentos, mas um enfrentamento da totalidade de teses apresentadas, sob pena de comprometer os padrões decisórios formados e sua aplicação futura em acsos idênticos. O que se pretendia era a superação do sistema de reprodução mecânica de ementas e enunciados de súmulas, que trazia consigo inevitável fechamento argumentativo³⁰⁶.

³⁰³ Com exemplos, conferir: STF, Tribunal Pleno, RCL 11.022, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 07/04/2011; STF, 1ª Turma, AI 547.827-ED, rel. Min. Dias Toffoli, j. de 9/3/2011; RE 546.525-ED, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. de 5/4/2011.

³⁰⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 920.

³⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed, São Paulo: Atlas, 2016, p. 1037.

³⁰⁶ Segundo Dierle Nunes e Alexandre Bahia: “Não é incomum a dificuldade dos Tribunais de segundo grau em aplicar os padrões formados pelos Tribunais Superiores, por eles não terem promovido uma abordagem mais

Nesse sentido, a conjugação da previsão do artigo 10 do CPC/15, que consagra expressamente a feição do contraditório enquanto garantia de influência e não surpresa, com os dispositivos que impõem fundamentação racional e legítima (notadamente o artigo 489, em seu § 1º) serve de grande incremento ao tema da formação de precedentes³⁰⁷. Da conjugação destas previsões, resultaria a necessidade de o julgador enfrentar todos os argumentos trazidos ao processo capazes de infirmar sua conclusão, exigência que se impõe tanto na formação, quanto na aplicação de precedentes³⁰⁸.

Especificamente no momento da aplicação do precedente, salta aos olhos a consagração no CPC/15 da técnica de distinção, que se conecta diretamente com a ampliação da proteção do contraditório em tema de precedentes. Sobre esta técnica, são relevantes os incisos V e VI do artigo 489, § 1º, que impõem a necessidade de que a aplicação do precedente seja realizada com a demonstração de que o entendimento nele consubstanciado se ajusta ao caso concreto e, de outro lado, a necessidade de fundamentação da não aplicação de um precedente por ocasião de distinção relevante com o caso concreto. O ônus argumentativo neste relevante momento não é apenas do magistrado, mas também das partes, já que, pela feição do contraditório no CPC/15, a fundamentação da aplicação ou não do precedente deve levar em conta todos os argumentos

panorâmica do caso e dos argumentos”. Os mesmos autores se referem à necessidade de reconhecer ao contraditório a feição de direito de influência: “Precisamos sondar e aprimorar o uso do contraditório como garantia de influência e do processo constitucional na formação dos precedentes, para além do argumento “ufanista” e acrítico de seu uso no Brasil”. NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, v. 79, 2013, p. 123.

³⁰⁷ Sobre o tema da proteção do contraditório como direito de influência e sua relação com a fundamentação na construção e aplicação de precedentes, dispõe Lucas Buril: “De fato, o NCPC trata com muito cuidado do tema, escamoteado pelos tribunais, que é um dos mais importantes do direito processual contemporâneo, porquanto é essencial para os precedentes judiciais, ao constituir o próprio desaguar do contraditório, e, além disso, é onde se dá a concretização dos princípios e, assim, constitui tema imprescindível para o controle racional da decisão. Perceba-se que o dever de fundamentação em sua perspectiva forte, adotada como consequência do contraditório como influência, faz necessário que o juiz leve em conta os argumentos da parte ao decidir, sob pena de nulidade. Com efeito, a decisão precisa levar em conta todos os argumentos autônomos levantados pelo sujeito parcial: de nada adianta prever um contraditório forte e, ao final, possibilitar que o julgador simplesmente desconsidere tudo o que foi aduzido. Ao se inserir o contraditório como manifestação democrática de influência no ato de poder judicial, impõe-se a necessidade de observar a regularidade da fundamentação em correspondência direta aos argumentos utilizados pelos litigantes. Além disso, todos os fundamentos para a decisão devem ter sido oferecidos ao debate das partes”. MACEDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil, *in* **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 237, nov. 2014, p. 382.

³⁰⁸ NUNES, Dierle José Coelho; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes: primeiras linhas. In: FUX, Luiz; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Fredie; CAMARGO, Luiz Volpe; DANTAS, Bruno e FREIRE, Alexandre. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC - v.2. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 348-349.

desenvolvidos pelas partes ao longo do processo. Desrespeitado o comando, poderão as partes alegar a nulidade da decisão, por carência de fundamentação idônea³⁰⁹.

Não se pode esquecer que a comparticipação deve ser uma atitude dos sujeitos processuais sob pena de manter-se a conhecida forma de julgamento baseada apenas numa postura unipessoal do magistrado, não comprometido com um diálogo substancial. As bases foram lançadas pela nova legislação processual; cabe, agora, à doutrina, aos advogados, às partes e até mesmo aos magistrados, assumir uma postura crítica, comprometida com a concretização dos ideais legais.

A proteção do contraditório na superação de precedente, por ser o tema central da pesquisa, será desenvolvida no último capítulo, mas vale noticiar que também neste momento de transição de posicionamentos, a tutela legal do contraditório foi aprimorada e precisa ser respeitada na prática judicial, para que não se repita a conhecida realidade de repetição mecânica de ementários e enunciados sumulares, em um círculo vicioso de repetição dos mesmos fundamentos, sem que sejam efetivamente *ouvidos* os sujeitos processuais³¹⁰.

De todo exposto, fica evidente que o CPC/15, em consonância com o momento processual vigente e movido pelos ares da constitucionalização, tentou conferir maior efetividade à tutela do contraditório ao prever vedação expressa à prolação de decisões-surpresa. Em um momento em que a lógica volta a ser a do provável, o diálogo dá a tônica do procedimento e permite ao juiz se aproximar ao máximo da realidade dos fatos, a partir da colaboração das partes, que se tornam sujeitos ativos da construção da tutela jurisdicional³¹¹.

³⁰⁹ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/15: uma breve introdução In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 329.

³¹⁰ NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/15: uma breve introdução In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 306.

³¹¹ SCHENK, Leonardo. **Cognição sumária – limites impostos pelo contraditório no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

3 SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL: UMA ANÁLISE DAS NORMAS DO CPC/15 NA DIMENSÃO DO CONTRADITÓRIO

3.1 A proposta do CPC/15: precedentes vinculantes no direito processual civil brasileiro?

Após mais de quatro anos de tramitação entre as duas casas legislativas, a Lei 13.105 de 16 de maio de 2015, com intuito de atender a uma série de descontentamentos com a justiça brasileira, surge como a primeira lei a inserir de maneira expressa um rol de precedentes com eficácia obrigatória no Código de Processo Civil³¹². E é justamente este posicionamento que se defende, respondendo, assim, desde o início, a pergunta que inaugura este tópico do trabalho: sim, o CPC/15 traz consigo uma série de precedentes judiciais vinculantes, tema que será analisado a seguir.

Para que se possa chegar à disciplina final do CPC/15, prudente avaliar comparativamente o tratamento dos precedentes judiciais nos projetos que antecederam à promulgação do código. O Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, apresentado em Brasília, no ano de 2010, após a formação da comissão de juristas instituída pelo ato nº 379, de 2009, do Senado Federal, tratava do tema em seu Livro IV, no Título I, intitulado “dos processos nos Tribunais”, estabelecendo, no então artigo 847, um dever de uniformização e estabilização da jurisprudência, que seria cumprido, sempre que possível, através: a) da edição de súmulas da jurisprudência dominante; b) da obediência, pelos órgãos fracionários, aos posicionamentos dos órgãos superiores a eles; c) do seguimento da jurisprudência pacificada de um tribunal por todos os órgãos a ele vinculados; d) da obediência pelos posicionamentos do STF e dos Tribunais Superiores por todos os juízos inferiores do país; e) da possibilidade de modulação de efeitos em caso de alteração da jurisprudência³¹³.

³¹² MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 459.

³¹³ O Anteprojeto encontra-se disponível, em inteiro teor, em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 26 set. 2016.

Ainda sobre a superação de precedentes, tema central desta pesquisa, o Anteprojeto previa a necessidade de fundamentação adequada e específica e trazia disposição de extrema relevância, ao afirmar que os Regimentos Internos deveriam prever formas de revisão de jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se, inclusive, a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria. Em momento oportuno será possível perceber a relevância dessa norma retirada da versão final do código³¹⁴.

As disposições gerais do Anteprojeto eram bastante tímidas, não havia qualquer menção ao termo “precedentes”, focando-se apenas nas figuras da jurisprudência e da súmula. Contudo, ainda assim, conforme ressalta Lucas Buri, o único dispositivo já seria um “incremento substancial de segurança jurídica na jurisdição em relação ao sistema posto”³¹⁵.

O Anteprojeto teve basicamente uma mudança singela neste tema antes que o PLS 166/2010 saísse do Senado: no *caput* do anterior artigo 847, que na versão final tornou-se artigo 882, foi inserida a expressão “em princípio” (os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência), que tinha o condão de autorizar o não seguimento da jurisprudência em algumas situações excepcionais que, vale destacar, não eram arroladas pelo Projeto³¹⁶.

A versão da Câmara dos Deputados foi, a nosso ver, a mais decisiva na disciplina dos precedentes. Desde a escolha da estrutura do tratamento do tema, o PL 8.046/2010 (substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei 8.046-A, o PLS 166 de 2010, do Senado), demonstrava a atenção que pretendia dar ao assunto, tendo-o deslocado de norma introdutória ao título “dos processos nos Tribunais” para um capítulo próprio dentro do tratamento processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, logo após a disciplina da decisão judicial. A primeira inovação situa-se no próprio título do Capítulo XV: “do precedente judicial”³¹⁷.

³¹⁴ Segue a disciplina do dispositivo: Art. 847, § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

³¹⁵ MACÊDO, Lucas Buri. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 469.

³¹⁶ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 26 set. 2016.

³¹⁷ Para Zaneti, esta era a opção mais adequada para o tratamento do tema: “Os precedentes na redação aprovada pela Câmara estavam, portanto, dentro da lógica de uma teoria da decisão judicial, e não da mera uniformização da jurisprudência. Lá era o local mais adequado para sua colocação topográfica no CPC, já que os precedentes não

Já no primeiro artigo do Capítulo, o Projeto inovava ao inserir, ao lado dos deveres de uniformização e estabilidade, os de integridade e coerência. O artigo 520 manteve a edição de súmula como forma de resguardar estes deveres, mas tentou minimizar os prejuízos decorrentes de um verbete vinculante abstrato, impondo a necessidade de que o enunciado estivesse adstrito às circunstâncias fáticas do precedente que ensejou sua criação³¹⁸.

O rol de precedentes vinculantes encontrava-se disposto no artigo 521, que impunha como obrigatórios os precedentes do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os precedentes proferidos em julgamentos de casos repetitivos, sendo ainda obrigatórios os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional (vinculantes ou não) e do STJ em matéria infraconstitucional. Por fim, dispunha o Projeto sobre os casos que não se enquadravam nas disposições anteriores, impondo a todos os juízes e tribunais seguir os precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional³¹⁹⁻³²⁰.

dizem respeito aos processos nos tribunais, mas a todas as decisões judiciais”. ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 419. Ronaldo Cramer também concorda que esta era a disciplina mais adequada, pois se referia expressamente ao precedente judicial, criava um capítulo próprio para o assunto e previa também uma lista de precedentes vinculantes expressamente considerados. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 179.

³¹⁸ Pela relevância da disposição, segue a transcrição literal: “Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=Tramitacao->>. Acesso em 26 set. 2016.

³¹⁹ Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

³²⁰ Jaldemiro Rodrigues e Ravi Peixoto, em artigo escrito à época da tramitação do CPC na Câmara, tiveram a oportunidade de afirmar categoricamente que havia ali o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes: “O NCPC almeja a construção de um sistema de precedentes vinculantes. O legislador optou por inserir um capítulo específico para o tratamento do precedente judicial, iniciado pelo art. 520, que estabelece, no *caput*, a necessidade de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...] Para complementar o texto

Além de dispor sobre quais seriam os precedentes vinculantes, o Projeto ainda dispunha, nos parágrafos seguintes do mesmo artigo 521, sobre a superação e a consequente necessidade de fundamentação adequada e específica, bem como sobre a possibilidade de modulação; a não obrigatoriedade dos *obiter dicta* e a determinação de realização de procedimentos de distinção antes de aplicar o precedente vinculante³²¹.

Especificamente sobre a superação, algumas disposições merecem destaque, já que tal procedimento ganhou grande atenção do Projeto, o que não aconteceu na versão final da Lei 13.105/15. Vale mencionar o disposto no § 6º, que estabelecia a possibilidade de procedimento autônomo e incidental de revisão, bem como os parágrafos seguintes, que dispunham sobre os motivos que poderiam fundamentar a superação de um precedente obrigatório, bem como sobre o órgão preferencialmente competente para o processamento³²². O tema, porém, será melhor tratado em momento oportuno.

Durante a tramitação legislativa que culminou com a promulgação da Lei 13.105/2015, diversas alterações foram feitas na disciplina dos precedentes, as quais foram consideradas péssimas modificações, segundo Lucas Buril³²³. Inicialmente, o tema foi reinserido nas disposições “do processo nos tribunais”, sendo retirado das normas do processo de conhecimento, restabelecendo a proposta feita pelo Senado. A mais grave alteração, porém, foi a retirada das

normativo e o estabelecimento da vinculação dos precedentes, o art. 521 cria um rol hierárquico de precedentes obrigatórios como forma de efetivar os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia”. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *antecipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 236, ano 39, out. 2014, p. 283.

³²¹ MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 471.

³²² § 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput. (...) § 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 9º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

³²³ MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 472.

referências ao termo “precedente”, buscando esconder do que realmente o Código tratava. Apenas duas menções ao termo escaparam dessa “limpeza”: aquela que impõe aos tribunais a atenção às circunstâncias fáticas dos precedentes que determinaram a criação de uma súmula (artigo 926, § 2º) e a que prevê que os tribunais deem publicidade a seus precedentes (artigo 927, §5º).

Sem as inovações que o Projeto da Câmara trazia, a disposição de implementar o *stare decisis* brasileiro não é mais explícita, mas, mesmo que se necessite de algum esforço interpretativo, o dever de seguir precedentes judiciais está presente no CPC/15. O primeiro dispositivo que encaminha para a conclusão de que a nova legislação instituiu um sistema de precedentes obrigatórios é o artigo 926, que criou os deveres de estabilização, uniformidade, integridade e coerência da jurisprudência³²⁴.

Brevemente, o dever de uniformizar determina que o tribunal não seja omissivo diante da divergência interna entre seus órgãos, cabendo a ele a solução da controvérsia. O dever de manter a jurisprudência estável milita em favor da manutenção de um *status quo*, atribuindo intensa carga argumentativa à atividade de superação de precedentes. O dever de coerência, em sua dimensão interna, exige fundamentação idônea na criação do precedente e em sua dimensão externa cria um dever de autorreferência, de diálogo e respeito aos precedentes anteriores. O dever de integridade impede a arbitrariedade, já que exige respeito ao ordenamento como um todo no momento da tomada da decisão³²⁵. Ainda seguindo Lucas Buril, com a institucionalização destes deveres, “torna-se pouco crível o funcionamento do sistema jurídico sem o *stare decisis*”³²⁶.

³²⁴ Didier lembra que estes deveres já seriam decorrentes de princípios constitucionalmente consagrados, mas isto não retira a relevância de sua previsão expressa: “Todos eles são decorrência de um conjunto de normas constitucionais: dever de motivação, princípio do contraditório, princípio da igualdade e segurança jurídica. Mas isso não elimina a relevância de sua previsão no plano infraconstitucional. A consagração legislativa explicita diretamente o comportamento exigido dos tribunais na atividade de elaboração e desenvolvimento de um direito judicial”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, in DIDIER JUNIOR, Fredie. *et al.* (coord.), **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 384.

³²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, in DIDIER JUNIOR, Fredie. *et al.* (coord.), **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 384-394.

³²⁶ MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 476.

Determinante, ainda, para a compreensão dos precedentes vinculantes no CPC/15, é a disposição do artigo 927, que surge logo depois do artigo 926 com o intuito de estabelecer a forma de cumprimento dos deveres acima explicados. O dispositivo traz consigo um rol de precedentes obrigatórios, a saber: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Traz, ainda, a obrigatoriedade das súmulas que, como já se disse exaustivamente³²⁷, não são precedentes, mas buscam, nesse contexto, garantir o dever de uniformização, especificamente os enunciados de súmula vinculante e os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional³²⁸.

Certamente o sistema de precedentes foi enfraquecido com a retirada da obrigatoriedade das decisões do Plenário do STF em matéria constitucional e da Corte Especial do STJ em matéria infraconstitucional³²⁹, o que leva muitos dos novos autores a defender que o rol ali estabelecido seja compreendido como meramente exemplificativo, atendendo às exigências de integridade, estabilidade e coerência para que não haja o desrespeito injustificado de decisões proferidas por Cortes Supremas, cuja função é exatamente a definição do direito. Do contrário, toda valorização dada pelo CPC/15 ao STF e STJ enquanto Cortes de precedentes seria esvaziada³³⁰.

³²⁷ Conferir Capítulo 1, página 32.

³²⁸ Importante fazer breve ressalva sobre a concepção defendida por Luiz Guilherme Marinoni sobre a teoria dos precedentes. Para o autor, a criação dos precedentes estaria diretamente ligada à função de orientar a sociedade e definir o direito vigente, ínsita às Cortes Supremas. Por esta razão, segundo o autor, apenas as Cortes Supremas produziriam precedentes e, por isso, no julgamento de um incidente de resolução de demanda repetitiva, por exemplo, não seria possível a um Tribunal de segundo grau criar precedente sobre determinada matéria repetitiva. Reconhece, porém, o autor, que o referido julgamento, assim como todos os demais previstos no rol do artigo 927 do CPC/15, é obrigatório e por isso capaz de vincular no julgamento de casos futuros. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 320.

³²⁹ Neste ponto, vale mencionar que Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça, com apoio em Lucas Buriel, defendem a necessidade de respeitar os posicionamentos de maneira vinculante, para que se concretizem os deveres institucionais do artigo 926, do CPC/15, muito embora tenham sido eles retirados na versão final aprovada pelo Senado. MACÊDO, Lucas Buriel. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 481; CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 348.

³³⁰ A discussão é extremamente relevante e fundamentada, mas considerando que este tópico se destina apenas a responder se o CPC/15 contemplou ou não precedentes vinculantes, não se pode estender nesta controvérsia. Para a

A grande questão é que, mesmo com esse regresso na tramitação legislativa, o artigo 927 ainda tem relevância expressiva na construção de um sistema brasileiro de precedentes. Muito se discute sobre o termo “observarão” presente no *caput* da mencionada norma, mas, unido aos deveres do dispositivo antecedentes, não há dúvidas de que a lei determina a obrigatoriedade de juízes e tribunais aplicarem as próprias decisões e as decisões superiores, previstas naquele dispositivo³³¹.

Hermes Zaneti vai além e diz que negar força vinculante aos precedentes do artigo 927 do CPC/15 é continuar no antigo paradigma do CPC/73 do direito jurisprudencial e da jurisprudência persuasiva e “fosse para manter esta tradição, não haveria de se escrever uma nova lei, esta já era a tradição brasileira da jurisprudência persuasiva, atávica em nossa cultura, herdada de Portugal” e que não rendeu qualquer fruto bom para o Direito brasileiro, já que, com base nesta mesma doutrina de que a jurisprudência teria apenas força persuasiva, seu uso totalmente inadequado e contraditório quedou, por muitos anos, sem qualquer forma de controle³³². Concordamos, neste ponto, com o pensamento do autor: fosse para o sistema brasileiro continuar escondido atrás do manto da jurisprudência meramente persuasiva, com diversas contradições dentro mesmo dos Tribunais Superiores, não haveria motivo para a preocupação do artigo 927.

Calcada nas principais bandeiras do *civil law*, já analisadas neste trabalho, há parte da doutrina que se manifesta contra o dispositivo em comento, defendendo sua inconstitucionalidade, já que a única vinculatividade admitida seria a da súmula vinculante e do controle concentrado de constitucionalidade, hipóteses que constam expressamente na Constituição Federal³³³. Segundo os defensores desta tese, nos demais casos, o juiz estaria

perfeita análise do tema, conferir: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 167ss.

³³¹ Para Hermes Zaneti, é evidente que o artigo 927 do CPC trata de precedentes efetivamente vinculantes: “A lei não contém palavras inúteis e, quando para além dos deveres de estabilidade, coerência e integridade, o dispositivo fala em juízes e tribunais *observarão*, trata-se de uma vinculação de caráter jurídico ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 409.

³³² ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 418.

³³³ Como exemplo desta doutrina “defensiva”, vale transcrever o pensamento de José Rogério Cruz e Tucci sobre o artigo 927: “Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – “os tribunais observarão”-, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados

legislando, o que não se admitiria. Contudo, o que há é interpretação e a concretização de textos no caso concreto e, quando esta interpretação ocorrer em um dos julgamentos previstos no artigo 927 do CPC/15, haverá sim a formação de precedentes vinculantes, já que a interpretação tomada deverá ser aplicada pelos juízes e tribunais inferiores, bem como deverá ser levada em conta dentro mesmo do tribunal que a proferiu³³⁴.

Neste tema, corroboramos, ainda, a posição de Odilon Romano Neto, segundo a qual há a necessidade de que o fundamento da vinculação se encontre na Constituição, o que já ficou demonstrado quando da exposição das razões para valorização do precedente judicial, mas não é necessária a introdução de dispositivo constitucional expresso impondo as hipóteses de vinculação³³⁵.

Vale lembrar que antes mesmo da promulgação do CPC/15 ou de qualquer discussão sobre se haveria ou não um rol de precedentes vinculantes estabelecido na lei processual, o Supremo Tribunal Federal já conferia caráter vinculante a outras decisões além daquelas proferidas no controle concentrado de constitucionalidade. Basta recordar que a Corte já afirmou diversas vezes, na vigência do CPC/73, que as decisões proferidas pelo Plenário do STF quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculavam os demais órgãos

tivessem a mesma força vinculante vertical. Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgamentos originados de controle direto de constitucionalidade". TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR. Fredie *et al.* (Org.). Precedentes, Salvador: Juspodivm, 2015. P. 454.

³³⁴ Hermes Zaneti e Carlos Frederico Bastos, em artigo destinado a contrapor o argumento de que o Judiciário estaria legislando no novo CPC, chamam esta interpretação de operativa, com apoio em Ferrajoli: "Os juízes e juristas se depararão, na atividade jurisdicional, com textos vagos e com normas ambíguas cuja aplicação reclamará decisões interpretativas que tratem do significado da norma legal e a ela acrescentam um conteúdo reconstruído. Nos momentos em que há dúvida sobre o significado do texto normativo, o intérprete deverá decidir qual significado atribuirá ao texto. Esta decisão que dirime a dúvida interpretativa é chamada de interpretação operativa, conceito sugerido inicialmente por Luigi Ferrajoli e desenvolvido por Józef Wroblewski para traduzir as hipóteses em que há reconstrução da norma pelo intérprete na atividade jurisdicional e a devolução ao ordenamento jurídico de conteúdo normativo reconstruído. Todas as vezes que houver interpretação operativa, abrir-se-á a possibilidade para a formação de um precedente (do ponto de vista material). Essa decisão, desde que se enquadre nas hipóteses qualificadas como vinculantes pelo art. 927 do CPC/2015, será considerada um precedente normativo formalmente vinculante (do ponto de vista formal). Em sentido contrário, quando a norma for simplesmente aplicada, sem qualquer reconstrução do seu conteúdo, é a lei ou o precedente anterior que será aplicado". ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 257, jul. 2016, p. 374.

³³⁵ ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 191.

do Poder Judiciário na solução de idêntica controvérsia³³⁶. Não havia, como ainda não há (diante da retirada desta disposição da versão final) determinação que imponha a vinculação a decisões tomadas em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, mas, desde há muito, o STF já as reconhece como vinculante³³⁷. Por que agora haveria tanta relutância com a regulamentação legal dos precedentes obrigatórios?³³⁸

Além de estabelecer normas imprescindíveis a um sistema de precedentes, como o dever de uniformização da jurisprudência e a definição de um rol de precedentes vinculantes, o CPC/15 trouxe ainda outras disposições que buscam a formação de um precedente adequado. A noção de *ratio decidendi* está presente no artigo 489, § 1º, que fala expressamente em “fundamentos determinantes da decisão” aludindo a significado próprio da teoria dos precedentes. O inciso VI, do mesmo artigo, por sua vez, traz em seu bojo o próprio conceito de distinção, noção indispensável ao manejo de precedentes, já que se trata do primeiro passo em sua aplicação³³⁹. No mais, o CPC/15 também veiculou algumas normas preocupadas com a superação dos

³³⁶ Importante, neste momento, lembrar de Fredie Didier Júnior, que afirma categoricamente que o CPC/15 inseriu o precedente judicial no processo civil brasileiro e que isso não configura um retrocesso, mas verdadeiro aperfeiçoamento da cultura jurídica, tendência que há muito já se evidencia no sistema: “O CPC/15 inseriu explícita e inequivocamente o precedente judicial na dogmática jurídica processual contemporânea. O que se pretendeu demonstrar com este ensaio é que o recrudescimento da importância do precedente judicial no Direito brasileiro não é um desvirtuamento, senão um aperfeiçoamento, da tradição jurídica com a qual sempre esteve associada o Direito brasileiro. O atual sistema brasileiro de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se estabeleceu por acaso, nem fora de uma linha evolutiva cujo início remonta ao final do período colonial brasileiro. Ele é, ao contrário, fruto de uma tradição brasileira que se desenvolveu na prática jurídica e, mais recentemente, no pensamento jurídico brasileiro”. DIDIER JUNIOR, Fredie. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, SP, ano 1. vol. 2, p. 99-120, jul.-dez. 2015, p. 119.

³³⁷ Sobre esta situação, discorre Odilon Romano Neto: “Tal hipótese de vinculação não conta com suporte em disposição constitucional expressa e, não obstante, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição e, em especial, da missão por esta conferida ao STF, este passou a compreender que as decisões proferidas nessa seara também se revestem de efeitos vinculantes”. ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 192.

³³⁸ Como exemplos, buscar: STF, Tribunal Pleno, RCL 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011; STF, Tribunal Pleno, RCL 12600, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17/11/2011; STF, Tribunal Pleno, RCL12692, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2014.

³³⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: 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; 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.

precedentes que, por constituírem o objeto central deste trabalho, serão analisadas em momento oportuno³⁴⁰.

Não bastasse tudo que já foi dito, o CPC/15 também trouxe importante instrumento de impugnação autônoma das decisões em desconformidade com alguns posicionamentos vinculantes, trata-se da reclamação, prevista no artigo 988, antes apenas admitida em caso de descumprimento de súmula vinculante e agora estendida para preservar a competência do tribunal; garantir a autoridade das decisões do tribunal; garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. Importante, porém, destacar, que, para a posição que se defende neste trabalho, o cabimento da reclamação é irrelevante para denominação do precedente como vinculante ou não³⁴¹, servindo apenas para classificação da força do precedente, já que, segundo Zaneti, o precedente que conta com meio de impugnação autônoma no tribunal competente para resguardar sua eficácia ganha o título de precedente formalmente vinculante forte³⁴².

Apenas uma ressalva ainda precisa ser feita: o CPC/15, de acordo com o que prevê o artigo 927, trata dos precedentes apenas em sentido formal, como se todos os julgamentos decorrentes de casos repetitivos ou todas as orientações de plenário, só por esta razão, fossem vinculantes. Contudo, novamente ressaltando o conceito de precedentes que aqui se defende, é preciso que no julgamento haja acréscimos relevantes aos textos legais, em outras palavras, um entendimento decisivo para a orientação do direito. Se o julgamento, mesmo inserido no rol do artigo 927, se tratar de mera repetição de um entendimento anterior daquele tribunal, por exemplo, certamente não será precedente. Nem todos os provimentos ali arrolados, muito embora sejam vinculantes, se enquadram no conceito de precedentes. Já se fez neste tópico a ressalva da súmula, que não constitui precedente, embora a ela tenha sido dado caráter vinculante e agora se

³⁴⁰ Conferir Capítulo 3, página 136 -177.

³⁴¹ No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 164.

³⁴² Segundo Zaneti: “Os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (*de iure*) possibilitam a impugnação por via recursal (vias ordinárias) e por via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum* (via extraordinária), quando as decisões desrespeitam a autoridade do precedente, negando sua aplicação, aplicando-o de forma equivocada ou parcial”. ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 345.

faz a ressalva de provimentos que não contenham inovações significativas, aptos a serem qualificados como precedentes³⁴³.

Além de todos os autores já apresentados ao longo desta explicação, concordam, ainda, com essa corrente de pensamento, segundo a qual existe um rol de precedentes vinculantes no artigo 927 do CPC/15, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria ao dizerem expressamente que a *ratio decidendi* contida nos julgamentos elencados naquele dispositivo tem o condão de vincular os casos semelhantes. Os autores concordam também que o rol não é exaustivo e que, por exemplo, como manda o dever de uniformização do artigo 926, as súmulas de cada um dos tribunais seriam obrigatórias em relação àquele tribunal e aos juízes vinculados³⁴⁴. No mesmo sentido, defendendo a vinculatividade e a não exaustividade do rol, apresenta-se Ronaldo Cramer, em recente trabalho sobre o tema³⁴⁵. A mesma posição acerca da vinculação é defendida por Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flavio Quinaud Pedron³⁴⁶.

Apenas a título de sistematização, será utilizada a síntese das correntes feita por Ronaldo Cramer³⁴⁷ que, além da visão defendida neste trabalho, enumera outras cinco correntes na doutrina atual brasileira sobre a obrigatoriedade dos precedentes do artigo 927 do CPC/15. Uma

³⁴³ No mesmo sentido, tem-se a ressalva feita por Daniel Mitidiero: “O novo Código imagina, porém, que os precedentes são oriundos apenas de súmulas (art. 927, II e IV), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III) e orientações de plenário ou órgão especial (art. 927, I e IV). Os precedentes, porém, não são exclusivamente formais e quantitativos – inclusive por muitas vezes sequer são quantitativos. São também materiais e qualitativos. Por essa razão, por exemplo, acaso um julgamento de recursos repetitivos não contenha razões determinantes e suficientes claramente identificáveis, não formará precedente, nada obstante oriundo da forma indicada pelo novo Código. O mesmo vale para as súmulas e para os julgamentos mediante assunção de competência”. MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 245, jul. 2015, p. 341.

³⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 461.

³⁴⁵ Sobre a não exaustividade, lembra o autor que o próprio CPC/15 traz exemplo de decisão vinculante que não se encontra no rol do artigo 927: “Acrescente-se que esse rol não é exaustivo, porque não há nenhum impedimento normativo para que outra norma federal possa prever eficácia vinculante para outro tipo de precedente. Aliás, no próprio Novo CPC, tem uma hipótese: a decisão do Supremo sobre inexistência de repercussão geral tem força vinculante para todos os recursos extraordinários com a mesma matéria, conforme § 8º do artigo 1035 do NCPC, mas não se encontra inserida na redação do art. 927”. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 192.

³⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

³⁴⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 184-187.

segunda corrente, capitaneada por Teresa Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello³⁴⁸, entende que dentre os precedentes do artigo 927, só seriam vinculantes aqueles que, se descumpridos, autorizam o manejo de reclamação, nos termos do artigo 988.

A terceira corrente, de Alexandre Freitas Câmara, defende que o artigo 927 não confere força vinculante, apenas exige que juízes e tribunais levem em conta aqueles precedentes no julgamento de outros casos³⁴⁹. A quarta corrente, defendida principalmente por Rogério Cruz e Tucci, já foi apresentada linhas acima e compreende que a interpretação dos precedentes do artigo 927 como vinculantes leva à inconstitucionalidade da norma³⁵⁰. Por fim, a quinta corrente, de autoria de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero³⁵¹, também outrora mencionada, compreende que apenas os Tribunais Superiores têm a missão de emitir precedentes e por isso apenas seus precedentes, previstos ou não no artigo 927, seriam vinculantes³⁵².

³⁴⁸ WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015 *apud* CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 186.

³⁴⁹ CÂMARA, Alexandre. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015 *apud* CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 187.

³⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: RT, 2015, p. 873.

³⁵² Este posicionamento conta com estudo aprofundado de Daniel Mitidiero em sua obra “Cortes Superiores e cortes supremas”, em que defende, em apertadíssima síntese, que os Tribunais Superiores constituiriam cortes de precedentes, com a função de formar precedentes por meio da decisão no caso concreto. Assim, na atualidade, em que a força dos precedentes é uma realidade necessária, o processualista entende que cabe aos Tribunais Superiores agir como cortes supremas do sistema jurisdicional. Os tribunais de segunda instância, por sua vez, seriam as chamadas cortes de justiça, responsáveis por dar a solução mais justa para a causa. MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 30-32. Neste ponto, porém, concordamos com Ronaldo Cramer, valendo citar a opinião do autor: “Concordo, em certa medida, com Mitidiero, uma vez que, dado que o sistema de precedentes constitui uma necessidade do sistema processual brasileiro, põe em risco a segurança desse sistema o fato de que os tribunais superiores não têm o papel de produzir precedentes para conformar a atuação de todos os órgãos jurisdicionais. No entanto, discordo de Mitidiero, quando afirma que somente os tribunais superiores podem criar precedentes [...]. No meu entender, os tribunais superiores devem ter a finalidade preponderante de forjar precedentes, mas isso não deve excluir os tribunais de segunda instância de fazer o mesmo, sobretudo porque há matérias que dizem respeito exclusivamente à lei estadual ou municipal”. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 115.

Diante de todo exposto, endossando a primeira corrente sobre a qual se discorreu neste tópico, o presente trabalho defende o estabelecimento pelo CPC/15 de um rol de precedentes efetivamente vinculantes, que devem ser respeitados como forma de concretização dos deveres autônomos de uniformização, estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência. Contudo, não é possível pensar na perfeita concretização deste sistema, sem que se dê a devida atenção à superação de precedentes, que garante a evolução do direito e, desde que bem regulamentada, protege o cidadão de alterações bruscas, que frustrem sua confiança e causem surpresa ilegítima.

3.2 Por que esta preocupação com a superação de precedentes?

Para bem analisar a questão proposta, é preciso estabelecer a premissa de que, para este trabalho, um sistema de precedentes, se utilizado da maneira correta, não afeta o postulado da legalidade, isso porque o Judiciário continua vinculado à lei, o que se busca é a definição de meios de controle sobre a racionalidade de suas decisões, de modo a viabilizar a uniformidade de entendimentos e a continuidade do direito para os casos semelhantes e futuros³⁵³.

Com a propagação do Estado Constitucional e a defesa de direitos e garantias voltados para o cidadão e sua proteção, a função das Cortes Supremas mudou de uma atividade de controle, baseada na preocupação com a correta aplicação da lei, para uma função de interpretação, com uma preocupação precípua com a uniformidade do direito. Isso ocorre porque todo texto depende de interpretação, sendo a norma jurídica o próprio produto da análise do seu texto. A teoria dos precedentes surge, assim, como forma de nortear a atividade interpretativa dos tribunais sem que, com isso, fira-se o princípio da legalidade³⁵⁴.

Thomas Bustamante afirma categoricamente que “é inconcebível um sistema jurídico em que um precedente judicial possa ser tido como irrelevante para a fundamentação de uma decisão

³⁵³ A premissa defendida neste trabalho segue o estudo desenvolvido por Hermes Zaneti Jr. em obra especificamente destinada ao estudo dos precedentes. ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 312.

³⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

judicial”, porque mesmo na ausência de normas positivas impondo sua observância, haverá sempre a necessidade de, ao menos, tomar o precedente como argumento para a solução de um problema jurídico submetido ao Judiciário³⁵⁵. A razão de ser dessa relevância diz respeito à racionalidade que o precedente confere ao sistema, sendo, em verdade, um elemento de racionalidade humana a utilização de situações passadas para solução de questões futuras³⁵⁶.

Não há dúvidas, como já se afirmou neste trabalho, que o precedente judicial é relevante tanto para os sistemas de *common law*, que enunciam abertamente ter o precedente como fonte do direito, como para os sistemas de *civil law*, que temem essa afirmação pelo medo do “juiz criador da lei”. Ocorre que, pelo temor exposto, o que se vê é a sedimentação, na prática jurídica, de um mal ainda pior: sob o argumento de que o precedente judicial tem efeito meramente persuasivo, nossos tribunais não se preocupam em estabelecer critérios rigorosos para sua aplicação ou parâmetros claros para definição da *ratio decidendi*³⁵⁷. O que se vê é uma aplicação desregrada e uma superação ainda mais desmedida, que comprometem os anseios do jurisdicionado³⁵⁸.

³⁵⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER, Fredie (Org.) *et al.* **Precedentes**. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 275. Marinoni vai além e afirma que “o respeito ao passado é inerente a qualquer tipo de sistema e natural a qualquer espécie de poder. Mesmo um diretor de empresa privada, ao se deparar com decisão que gera legítima confiança aos parceiros da empresa ou aos seus empregados, encontra-se a ela sujeito, estando obrigado a respeitá-la ou, no mínimo, a apresentar boas e convincentes justificativas para deixá-la de lado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁵⁶ MacCormick, Neil; Summers, Robert. “Introduction”. In: MacCormick, N. e Summers, R. (orgs), **Interpreting Precedents**. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 4.

³⁵⁷ Sobre a realidade brasileira em relação aos precedentes, até o CPC/15, Dierle Nunes e Alexandre Bahia: “Infelizmente, até ao menos a entrada em vigor do CPC-2105, duas posturas são costumeiras no Brasil ao se usar os julgados dos tribunais como fundamento para as decisões: (a) a de se repetir mecanicamente ementas e enunciados de súmulas (descontextualizados dos fundamentos determinantes e dos fatos que os formaram), como bases primordiais para as decisões, seguindo uma racionalidade própria da aplicação das leis, encarando esses trechos dos julgados como “comandos” gerais e abstratos – é dizer, ripristinando uma escola da exegese apenas que substituída a lei pelos (pseudo) “precedentes” ou (b) de se julgar desprezando as decisões anteriormente proferidas, como se fosse possível analisar novos casos a partir de um marco zero interpretativo; num e noutro caso o juiz discricionariamente despreza os julgados, a doutrina e o próprio caso que está julgando. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil**. DIDIER JUNIOR, Fredie; FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (org.). **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 912.

³⁵⁸ Segue Thomas Bustamante de maneira elucidativa: “Embora tenhamos uma prática de seguir precedentes, não há uma teorização sobre eles. Interpretamos esses precedentes de maneira acontextual, como se fossem regras gerais idênticas às normas promulgadas pelo legislador, procurando evitar justamente o processo necessário e imprescindível de comparar os casos e suas circunstâncias particulares, bem como a incidência dos princípios fundamentais do direito sobre eles”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.) *et al.* **Precedentes**. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 293.

Conforme já analisado, a globalização e a conseqüente inter-relação entre os Estados fez com que as culturas jurídicas também se aproximassem³⁵⁹ e, como resultado dessa convergência, notadamente a partir da década de 90, começou-se a desenvolver um caminho rumo à valorização do precedente judicial no Brasil. A criação da súmula vinculante, da súmula impeditiva de recurso, o caráter vinculante e a eficácia contra todos do julgamento concentrado de constitucionalidade, a ampliação dos poderes do relator, a modificação da forma de julgamento dos recursos especial e extraordinário demonstram que, muito antes da promulgação do CPC/15, já havia uma preocupação efetiva do legislador brasileiro com a atribuição de força vinculante ao precedente.

Não é possível esquecer, contudo, que as alterações legislativas são apenas um passo, é preciso que os operadores do direito estejam aptos a trabalhar efetivamente com precedentes, em outras palavras, segundo Ravi Peixoto, é preciso que haja uma “aculturação do operador do direito brasileiro”³⁶⁰. As reformas legislativas não trouxeram consigo a técnica precisa para aplicação e superação do precedente, que passa pelo método de definir as circunstâncias relevantes e efetivamente vinculantes do precedente, ouvir as partes no momento de sua construção e compreender como e quando é hora de revogar ou alterar o posicionamento.

Entende-se o temor que a valorização de precedentes gera no Brasil, mas esse medo, antes de mais nada, é derivado da ausência de uma cultura e uma teoria que embasem sua aplicação. Conforme lembra Thomas Bustamante, sem essa cultura argumentativa, o efeito vinculante do

³⁵⁹ Sobre o processo de transformação do *civil law*, com a conseqüente mudança no papel do juiz, dispõe Marinoni: “*No hay duda de que el civil law pasó por un proceso de transformación del concepto de derecho y jurisdicción. Como el derecho pasó a depender de que la ley se acomodara a la Constitución, la judicatura pasó a tener la función de controlar la validez de la ley a partir de los derechos fundamentales, además de buscar la interpretación conforme a la Constitución, mediante una actividad dirigida a preservar la ley que excluyera las interpretaciones inconstitucionales. En Brasil, donde existe un control difuso de constitucionalidad, el juez del caso concreto pasó a tener potestad para atribuir un significado a los derechos fundamentales. Huelga decir que esta tarea interpretativa está muy lejos del razonamiento judicial modelado por los esquemas del positivismo clásico (interpretación cognitivista de una norma preexistente dada por el legislador), pues manifiesta la necesidad de considerar factores que deben ser observados y comprendidos desde otras perspectivas, como la moral y la económica.* MARINONI, Luiz Guilherme. *El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law: la contribución de Taruffo*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (org.). **Debatiendo con Taruffo**. 1.ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, v. 1. P. 138-139.

³⁶⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 151.

precedente judicial pode se confundir, na prática, com um pretexto para a produção discricionária de normas abstratas pelos tribunais³⁶¹.

Neste ponto, importante realizar breve apresentação da pesquisa contratada pelo Conselho Nacional de Justiça e realizada pela Universidade Federal de Minas Gerais, basicamente, com os seguintes objetivos específicos: compreender as razões pelas quais os juízes se apartam de um precedente judicial; o processo argumentativo seguido para a aplicação de precedentes judiciais; a forma como são utilizados os mecanismos para sua eficácia; os eventuais óbices ou incentivos que os precedentes têm representado para a individualização do Direito e para a racionalidade e coerência do sistema jurídico; a contribuição que as técnicas propostas no projeto de Novo Código de Processo Civil, já aprovado pelo Congresso Nacional, pode oferecer para o aprimoramento do sistema processual atual³⁶².

A metodologia adotada pela pesquisa se valeu, dentre outros meios, da análise minuciosa de súmulas do STJ e STF citadas pelos juízes de primeiro grau e tribunais de segunda instância quando da aplicação do artigo 518, § 1º, CPC/73 (vigente à época), que determina a negativa de seguimento a recursos de apelação. Foram analisadas 70 (setenta) súmulas desde sua gênese, bem como os julgados que afirmavam as teses nelas consagradas³⁶³.

A pesquisa evidenciou, por exemplo, que quatro súmulas vinculantes do STF foram produzidas em desrespeito ao requisito constitucional que impõe a existência de reiteradas discussões. Além disso, outras sete súmulas do STF, também vinculantes, se valem de conceitos vagos, indeterminados, que exigem o recurso ao *leading case* que lhes deu origem, para compreensão do tema, problema que se agrava diante da constatação de que tanto o STF quanto o STJ não dão publicidade aos debates sobre a instituição desses enunciados. Outro resultado

³⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER, Fredie (Org.) *et al.* **Precedentes**. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 296.

³⁶² BUSTAMANTE, Thomas *et al.* **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em 07 out. 2016.

³⁶³ BUSTAMANTE, Thomas *et al.* **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 43. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em 07 out. 2016.

preocupante foi o grande número de súmulas, principalmente do STJ, que não têm o texto fiel ao precedente que lhes deu origem, ao contrário, apresentam texto mais amplo, discutindo teses e considerações que vão além da regra judicial sedimentada na jurisprudência³⁶⁴.

No que diz respeito especificamente à aplicação do artigo 518 do CPC/73, acima mencionado, a pesquisa concluiu que a esmagadora maioria dos julgamentos analisados apenas cita o número da súmula que fundamentou a inadmissão da apelação, sem se preocupar em assemelhar ou distanciar o caso em análise do enunciado sumular³⁶⁵. Com essa constatação, concluiu-se também que a grande maioria dos juízes ignora os argumentos das partes, deixando de realizar a diferenciação ou comparação entre as súmulas abstratamente consideradas e o caso específico a ser decidido³⁶⁶.

Como resultado da total ignorância aos argumentos das partes, os números demonstraram também que existe um elevado grau de provimento dos agravos de instrumento interpostos contra a negativa de seguimento da apelação. Dos 89 (oitenta e nove) casos analisados em que houve inadmissão da apelação, em 58 (cinquenta e oito) o agravo de instrumento foi provido e reverteu a situação³⁶⁷.

³⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas *et al.* **A força normativa do direito judicial:** uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 51. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em 07 out. 2016.

³⁶⁵ Dierle Nunes, Rafaela Lacerda e Newton Miranda concluíram que a aplicação da súmula, no Brasil, se dá de maneira totalmente abstrata, em qualquer caso que seja pertinente: “É dizer: aplica-se simplesmente o enunciado geral e abstrato, resumido em poucas palavras como regra jurídica de aplicação para qualquer caso que se afigure pertinente. Conforme visto, as súmulas possuem conteúdo específico traduzido em enunciações gerais, de modo que se descolam dos acórdãos paradigma que as originam, pois, seu breve texto é incapaz de traduzir os fatos e fundamentos discutidos na decisão precursora, de modo que a aplicação dessa regra universalizada não se funda na analogia dos fatos, mas sobre uma regra geral”. NUNES, Dierle. LACERDA, Rafaela. MIRANDA, Newton Rodrigues. O Uso Do Precedente Judicial Na Prática Judiciária Brasileira: Uma Perspectiva Crítica. **Rev. Fac. Direito UFMG** - Belo Horizonte, MG, n. 62, jan./jun. 2013, p. 197.

³⁶⁶ Para melhor compreensão do avassalador número de magistrados que ignora os argumentos das partes, vale frisar que a pesquisa levou em conta 89 casos distribuídos da seguinte maneira: TJPB: 4 casos; TRF5: 15 casos; TJDF: 4 casos; TJMG: 19 casos; TRF1: 12 casos; TJRS: 22 casos; TRF4: 13 casos. Destes, em 58 casos os argumentos dos apelantes foram simplesmente ignorados. BUSTAMANTE, Thomas *et al.* **A força normativa do direito judicial:** uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 57. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em 07 out. 2016.

³⁶⁷ BUSTAMANTE, Thomas *et al.* **A força normativa do direito judicial:** uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 59. Disponível em:

Leonardo Greco já apontava para as inconsistências ocorridas no Brasil na tentativa de uniformização da jurisprudência quando, há mais de dez anos, analisando as súmulas 622, 625 e 626 do STF, todas sobre a disciplina do Mandado de Segurança, constatou que os referidos enunciados não guardam correspondência com os acórdãos que lhes deram origem e, muitas das vezes citam acórdãos proferidos por composição totalmente ultrapassada do próprio tribunal, fazendo com que se tornem verdadeiras normas genéricas e abstratas, muito semelhantes às emanadas do Legislativo³⁶⁸.

A pesquisa deixa evidente a total inconsistência dos tribunais no manejo de precedentes e demais enunciados vinculantes. A mesma conclusão pode ser obtida a partir da avaliação prática de mudanças de posicionamento de Tribunais Superiores, de maneira abrupta, de modo a surpreender os cidadãos que antes se pautavam pelo posicionamento mantido. Apenas como um exemplo, pode-se falar da questão da incidência de IPI (imposto sobre produtos industrializados) nas operações de importação de veículo automotor por pessoa física.

Inicialmente, vale esclarecer que a Receita Federal permite ao contribuinte, pessoa física ou jurídica, importar veículo automotor fabricado no exterior. No caso da pessoa física, contudo, é vedada a habitualidade que faça sugerir a prática de comércio³⁶⁹.

Em razão dessa diferenciação quanto à finalidade do bem, é que surge a questão da incidência ou não do imposto sobre a importação de veículo automotor por pessoa física para uso pessoal. O grande problema gira em torno do fato de saber se tal situação se enquadra em uma das hipóteses de incidência do tributo e se haveria ou não violação a suas características básicas, notadamente a não cumulatividade, já que a pessoa física não realiza operações posteriores e não poderia abater do montante pago. Para que houvesse respeito ao princípio, deveria haver a possibilidade de desconto do imposto pago quando da realização de operações no mercado interno envolvendo o bem, o que não ocorre quando se trata de uso pessoal³⁷⁰.

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em 07 out. 2016.

³⁶⁸ GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o Mandado de Segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, SP, 2004, n. 10, p. 44-54.

³⁶⁹ Informações constantes da cartilha disponibilizada pela Receita Federal para esclarecimento dos contribuintes. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/Aduana/foolder/ImportacaodeVeiculo.doc>>. Acesso em 28 mar. 2016.

³⁷⁰ Assim entendem Márcio Clemente Lima de Barros Silva Filho e Hélio Sílvio Ourém Campos, segundo os quais a não cumulatividade, muito mais do que uma característica, é considerada um princípio constitucional tributário

A ausência de mercancia e a impossibilidade de incidência do princípio da não cumulatividade fizeram os Tribunais Superiores oscilarem quando o assunto é aplicação de IPI à importação de veículos automotores por pessoas físicas para uso pessoal. A tese da não incidência do imposto na importação por pessoa física para uso próprio manteve-se consistente nas duas Turmas STF, desde 2006, sob o argumento do respeito à não-cumulatividade³⁷¹.

Dada a relevância do tema, desde abril de 2013, o plenário virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, no RE 723.651, da incidência de IPI sobre importação de veículo destinado a uso próprio. No julgamento do recurso, em 03 de fevereiro de 2016, entendeu a Corte que a cobrança do IPI não afronta o princípio da não cumulatividade nem implica bitributação. Sua cobrança, porém, promoveria a isonomia, uma vez que proveria igualdade de condições tributárias entre o fabricante nacional, sujeito ao imposto no território nacional e o fornecedor estrangeiro³⁷².

Por ser o recurso representativo da controvérsia e por haver multiplicidade de recursos com a mesma tese, com a decisão, puderam ter seu curso retomado e serem julgados ao menos 358 processos que estavam sobrestados em outras instâncias do Judiciário esperando a fixação da tese pelo Supremo Tribunal Federal³⁷³.

atrelado ao imposto sobre produtos industrializados. SILVA FILHO, Márcio Clemente Lima de Barros; CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. A incidência do IPI na importação de veículo automotor por pessoa física para uso próprio. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, DF, Ano XIX, n. 65, jan/abr 2015, p. 102.

³⁷¹ Ver: STF, AgRg no RE nº 255682/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 10/02/2006. Além disso, importante conferir também: AgRg no RE 550170, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 07/06/2011 e AgRg no RE 255090, Rel. Min. Ayres Brito, j. 24/08/2010.

³⁷² Tem-se parte da decisão: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 643 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Dias Toffoli. Em seguida, por maioria, o Tribunal fixou a seguinte tese: “Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio”, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin e Dias Toffoli. Quanto à modulação, o julgamento foi suspenso, após os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Teori Zavascki, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que não modulavam os efeitos da decisão; os votos dos Ministros Roberto Barroso, Edson Fachin, Dias Toffoli e Celso de Mello, que modulavam a decisão para que tenha efeitos a partir deste momento, não podendo a Fazenda acionar o devedor retroativamente, mas admitindo a possibilidade de uma eventual restituição de indébito; e os votos dos Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski (Presidente), que modulavam os efeitos da decisão em menor extensão, no sentido de não se aplicar a tese adotada aos casos em que a cobrança já esteja sendo questionada na Justiça. Plenário, 03.02.2016”. Extraído da página de acompanhamento do processual do RE 723651, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento 03/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=723651&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 29/03/2016.

³⁷³ Informação noticiada pelo Supremo Tribunal Federal, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309265>>. Acesso em 29/03/2016.

Diante da flagrante violação à expectativa dos cidadãos, a modulação havia sido proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso em voto-vista proferido na sessão plenária. Na continuidade do julgamento, o ministro Luiz Fux e o então presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, reajustaram seu voto para aderir à posição contrária à modulação, que passou a contar com sete votos, configurando-se maioria do Plenário e afastando a aplicação daquela técnica de limitação temporal dos efeitos da decisão³⁷⁴.

Apenas para citar mais uma situação que demonstra a dificuldade das cortes brasileiras de lidar com precedentes, principalmente quando se trata do tema da superação, podemos lembrar da questão da incidência da COFINS sobre as atividades desempenhadas por sociedades civis que prestam serviços profissionais. Em um primeiro momento, o STJ firmou o entendimento de que não haveria incidência da COFINS nas atividades em comento, tendo, inclusive, elaborado o enunciado sumular nº 276 para solucionar a questão. O STF, por sua vez, quando provocado sobre o tema, afirmou ser matéria de índole infraconstitucional, fazendo crer que deveria ser seguido o posicionamento do STJ. Em um momento posterior, porém, o STF reviu seu posicionamento, enfrentou o mérito da matéria e reverteu totalmente o entendimento sedimentado pelo STJ, impondo a cobrança da COFINS àquelas atividades³⁷⁵.

Outros muitos exemplos poderiam ser analisados no processo civil brasileiro, mas estes já são suficientes para o que se pretende demonstrar. Ora, os exemplos acima apresentados corroboram os resultados da pesquisa encomendada pelo CNJ e fazem comprovar que não há no Brasil uma cultura de respeito à uniformização e à estabilização do precedente. Dito de outro modo, ainda não se instaurou no país uma verdadeira cultura de respeito aos precedentes como um todo. No presente trabalho defende-se que, por ser esta uma realidade, melhor que criticar ou fugir dessa cultura, é batalhar para desenvolver pilares teóricos para sustentá-la e, assim, concretizar os ideais do legislador ao acolhê-la³⁷⁶.

³⁷⁴ Informação noticiada pelo Supremo Tribunal Federal, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309334>>. Acesso em 29/03/2016.

³⁷⁵ ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 363.

³⁷⁶ Teresa Wambier apresenta o que, para ela, seriam razões para este grau de instabilidade e falta de uniformidade: “Além das causas “normais”, antes referidas, existe talvez no espírito de muitos juízes brasileiros o convencimento no sentido de que seriam “menos” juízes se não decidissem de acordo com sua própria convicção, mesmo, sendo o caso, se tivessem que desrespeitar entendimento já pacificado em tribunal superior”. E prossegue a autora

Conforme recorda Jaldemiro Rodrigues “a exacerbada divergência jurisprudencial, que revela incoerência do sistema e trai as expectativas normativas dos jurisdicionados, acarreta forte insegurança jurídica, desigualdade e instabilidade”³⁷⁷. Assim, com fundamento nos valores oportunamente analisados e diante das constatações aqui expostas, acredita-se que o modo de superar o descrédito derivado de tantas controvérsias e inconsistências jurisprudenciais é o desenvolvimento e o estudo dos precedentes, já que eles já adentraram em nossa legislação. Melhor que correr, é ficar e enfrentar!

Zaneti, de maneira enfática, defende que não é mais o momento de se apegar a um modelo apenas de “jurisprudência”, que não revela o indispensável compromisso com a institucionalização, com a coerência ou com a igualdade, permitindo a inflação de decisões contraditórias fomentando, segundo ele, dois dos piores danos enfrentados na atualidade: “o decisionismo judicial (ativismo judicial negativo) e a aplicação de princípios sem critérios de racionalidade (panprincípioalização)”³⁷⁸.

Os exemplos acima deixam mais que evidente que o Brasil carece de um estudo mais aprofundado que defina as bases de uma teoria que dê suporte à aplicação dos precedentes. O temor e a descrença só farão atrasar esse trabalho que, no atual momento, notadamente com a vigência do CPC/15, é indispensável. A nova legislação já exerceu, durante o ainda curto lapso de sua vigência, uma importante função: instigou uma intensa produção acadêmica sobre o tema, que sempre foi relegado à segundo plano em nosso ordenamento.

Não se pretenderá neste trabalho defender a aplicação indiscriminada de precedentes como forma de reduzir a carga avassaladora de processos que se amontoam nos tribunais ou enaltecer a cultura do *stare decisis* dos países de *common law*. A única pretensão que orienta este

justificando o equívoco judicial com a teoria do abuso do direito: “Neste sentido é que me parece poder-se dizer que o juiz não pode *abusar* de seu direito de mudar de opinião, de seu direito de se afastar de jurisprudência pacificada dos tribunais superiores. Este abuso arranha o direito, que têm os indivíduos e a sociedade, à tranquilidade”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

³⁷⁷ 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. 138.

³⁷⁸ ZANETI, 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**, São Paulo, SP, v. 235, set. 2014, p. 294.

estudo é aceitar que os precedentes já são uma realidade no processo civil brasileiro³⁷⁹ e empreender um esforço para contribuir com a construção de uma teoria que embase sua aplicação. Pode ser que nada disso funcione e que, na prática, continue a existir a aplicação indiscriminada de súmulas, precedentes e posicionamentos dominantes ou a modificação irrefletida de decisões sedimentadas, mas, ainda assim, é preciso tentar.

Com o estudo e o adequado desenvolvimento dos institutos que buscam viabilizar a uniformização e a estabilidade dos posicionamentos judiciais, será possível construir no Brasil uma teoria dos precedentes à brasileira³⁸⁰, que jamais será cópia daquela existente em países derivados diretamente do *common law*, mas será adaptada à nossa realidade. No futuro, espera-se, haverá maior esperança e menor temor sobre a adoção de precedentes.

Por essa razão, com a certeza de que o tratamento dos precedentes no processo civil brasileiro é tema incipiente, passa-se neste capítulo a avaliar o tratamento de sua superação no CPC/15, com os olhos voltados para a proteção do contraditório neste tema, de modo a contribuir, ainda que de maneira singela, com a construção de uma teoria brasileira sobre precedentes judiciais.

3.3 Premissa: possibilidade de alteração de entendimentos consolidados e a segurança jurídica enquanto continuidade

Antes de proceder à tão necessária análise das normas do CPC/15 sobre superação, bem como à sua releitura à luz do contraditório, indispensável estabelecer, ainda que brevemente, uma importante premissa: a segurança jurídica não pode mais ser compreendida apenas como imutabilidade, mas deve ser vista em sua feição mais contemporânea de continuidade, admitindo, pois, mudanças. A grande questão é compreender que a garantia não diz respeito apenas a

³⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, SP, ano 1. vol. 2, jul.-dez. 2015, p. 119.

³⁸⁰ O termo “precedentes à brasileira” é usado por Igor Raatz. RAATZ, Igor. Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, vol. XI, julho/2013, disponível em <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/58-v2-n5-maio-de-2012/192-precedentes-obrigatorios-ou-precedentes-a-brasileira>>. Acesso em: 28 out. 2016.

elementos pretéritos, protegendo a estabilidade das relações jurídicas; há que se ver nela também uma preocupação com acontecimentos futuros. A segurança jurídica admite alterações de posicionamentos estáveis, desde que não seja quebrada a continuidade necessária à proteção da confiança³⁸¹.

Neste ponto, o trabalho se vale da premissa defendida por Antônio Cabral de que há estabilidade sem imutabilidade, não sendo esta um componente indispensável daquela. A inalterabilidade não é característica essencial dos atos estatais, valendo lembrar de um simples exemplo para esta afirmação: as leis são revogáveis e nem por isso se acredita que sejam menos valorosas ou que sejam elas inseguras, ao contrário, em um sistema de *civil law* são elas mesmas que conferem grande grau de certeza e segurança ao ordenamento³⁸².

A mudança do conceito de segurança jurídica decorre da mudança da própria noção de Estado de Direito na contemporaneidade. Diante do ritmo das mudanças sociais e das alterações nas próprias relações do Estado com os indivíduos, não cabe mais pensar em um Estado sancionador, que dita condutas e impõe punições, é preciso acrescentar uma função indutora, estimuladora de condutas, passando a haver maior ingerência na vida do cidadão. Essa crescente influência na vida do indivíduo certamente exige uma grande preocupação com os atos passados e com as expectativas criadas com base neles, mas se o que marca a sociedade atual é sua crescente mudança, não pode o Estado se preocupar em petrificar posições jurídicas, modelos estanques de segurança jurídica não são mais satisfatórios para atender às características atuais³⁸³.

Nas palavras de Antônio Cabral, diante deste quadro social de mutabilidade constante e necessária “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” e para que a segurança jurídica possa atender a essa mutabilidade das

³⁸¹ A análise da segurança jurídica enquanto continuidade será feita tendo como base os estudos de Antônio do Passo Cabral. CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

³⁸² Cabral lembra que nem mesmo entre os atos do processo a imutabilidade seria uma qualidade comum “porque há vários atos processuais revogáveis e alteráveis, inclusive decisões de mérito, como as interlocutórias de antecipação de tutela”. CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 268.

³⁸³ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 311-312.

relações um novo enfoque deve ser dado a seu conceito, um enfoque de continuidade e não de imutabilidade³⁸⁴⁻³⁸⁵.

Já é possível, assim, sintetizar esta importante premissa: continuidade permite mudanças com consistência e é com base nesta visão de segurança jurídica que se torna possível defender mudanças, superações de entendimentos, quando estas se mostrem necessárias, mas desde que haja a construção de “pontes” nos momentos de ruptura, de modo que alteração e constância possam conviver juntos. Esta é a premissa defendida por Antônio Cabral para justificar sua nova teoria das estabilidades e que se encaixa perfeitamente ao tema da superação, já que permite que se defenda a possibilidade de superação de decisões vinculantes estáveis, sem que isso torne o sistema inconstante³⁸⁶.

Importante também extremar os conceitos de continuidade e proteção da confiança de uma maneira bem simplificada. A segurança jurídica tem uma dimensão objetiva, que exige um patamar mínimo de continuidade do Direito, além de uma dimensão subjetiva, que exige a proteção da confiança do cidadão. A maior repercussão prática desta diferenciação diz respeito ao momento das mudanças, já que ambas as garantias impõem a proteção de um *status quo*, mas enquanto a proteção da confiança se traduz em um direito contra o Estado, de assegurar a

³⁸⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 313.

³⁸⁵ Judith Martins-Costa, muito embora reconheça que esta visão de imutabilidade permeia o Supremo Tribunal Federal, defende não ser ela consentânea com a mutabilidade da sociedade: “Se examinarmos com atenção esses onze focos de significações, veremos que uma linha os une, indissolavelmente: para o Supremo Tribunal Federal, o princípio da segurança é como se fosse uma tradução jurídica do fenômeno físico da imobilidade, marcando o que, nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados, deve permanecer estático, imóvel como estátua, permanente no tempo. Não que as situações de vida sejam, em si mesmas, imóveis, previsíveis, estáveis e permanentes: Heráclito já clamara o constante dinamismo e mutação das coisas: pânta rei, tudo flui. Mas Parmênides, quando só reconhecia validade ao eterno, não estava destituído de razão, e a história do Direito o comprova: o ordenamento jurídico é perpassado por uma secular relação de tensão entre permanência e ruptura, estabilidade e mudança, entre o que tende a ser eterno e o que tende à perpétua mudança”. MARTINS-COSTA, Judith. A ressignificação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 27, out./dez. 2004, p. 113.

³⁸⁶ Continua o autor sobre a importância de compreender a segurança jurídica como continuidade: “Portanto, a continuidade revela uma maneira de não bloquear totalmente as mudanças e, ao mesmo tempo, preservar a segurança. A continuidade torna a posição jurídica tendencialmente estável, sem, contudo, apelar para a sua imutabilidade. Seu fundamento gira em torno do equilíbrio entre alteração e permanência de posições jurídicas consolidadas, permitindo uma segurança temporalmente balanceada entre as conquistas pretéritas, as exigências do presente e as expectativas e prognoses futuras”. CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 313-314.

permanência de posições jurídicas, a continuidade admite mudanças, fomentando transições que minimizem os efeitos sobre a estabilidade do sistema³⁸⁷.

Esta ressalva é sempre relevante: a alteração é possível, já que a segurança não reflete mais a ideia de imutabilidade, mas é preciso que não haja quebra da continuidade, as modificações devem ser atenuadas ao máximo, de modo a não alterarem abruptamente a situação jurídica dos cidadãos anteriormente vigente. Sobre o tema, Humberto Ávila aborda também os aspectos objetivo e subjetivo da segurança jurídica, complementando que a dimensão objetiva exige estabilidade e credibilidade do ordenamento e, para ser quebrada, impõe um grande ônus argumentativo a quem assim deseje, já que a simples modificação de uma regra, ato ou decisão pode abalar a credibilidade do Direito como instituição³⁸⁸.

Como já analisado neste trabalho, Humberto Ávila identifica três elementos que compõem a segurança jurídica: a cognoscibilidade, a calculabilidade e a confiabilidade. Segundo o autor, a garantia deve ser promovida pelos três poderes, mas, especificamente quanto ao Judiciário, ressalta que este tem causado problemas quanto aos três componentes: problemas de cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação adequada e da divergência entre as decisões; de confiabilidade, em razão da modificação de entendimentos consolidados, muitas vezes com eficácia retroativa, e de calculabilidade, principalmente pela falta de suavização no momento das alterações de posicionamentos. É relevante, neste ponto do trabalho, recorrer à conclusão do autor de que inúmeros deveres são dirigidos ao Judiciário para proteção da segurança jurídica, tais como o dever de fundamentação adequada, a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas violadoras da confiança e a obrigação de utilizar mecanismos de

³⁸⁷ Ingo Sarlet realiza a diferenciação entre as garantias e prossegue situando a continuidade dentro do conceito de segurança jurídica: “De todo exposto, recolhe-se, ainda, na esteira da lição de Hartmut Maurer (muito embora este não tenha explorado com maior ênfase a questão da proibição de retrocesso no sentido aqui proposto), que segurança jurídica acaba por significar igualmente uma certa garantia de continuidade da ordem jurídica, que evidentemente não e assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas”. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, BA, n. 21. Mar-abr-mai/2010, p. 36.

³⁸⁸ O autor exemplifica de maneira muito pertinente a este trabalho: “É o caso, por exemplo, de uma decisão judicial que, modificando uma orientação jurisprudencial consolidada anterior, atinja um sem-número de cidadãos que confiaram na orientação abandonada, causando uma desconfiança geral e abstrata da comunidade jurídica no Poder Judiciário e no Direito como instituições sociais”. ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 145.

moderação na alteração de precedentes. Não pode haver quebra da estabilidade, esta que deve sempre permear o ordenamento jurídico³⁸⁹.

É plenamente possível conceber a existência de alterações diante deste conceito de segurança inerente à sociedade atual, contudo, para que se mantenha a continuidade pretendida, como lembra Luiz Guilherme Marinoni, não pode haver “frenética alteração das decisões judiciais”, já que as decisões são atos de poder e estes geram responsabilidade para a autoridade instituidora. Não se poderia conviver com o ordenamento estanque, imutável, mas também não se pretende a total alterabilidade e é na síntese destes dois conceitos que se funda a continuidade³⁹⁰.

Em síntese, sobre o papel da segurança jurídica, Antônio Cabral ensina que há uma mudança decisiva: não se trata mais de impedir a mudança, mas de atuar para permitir que a modificação seja operada com segurança. É possível a alteração de posições estáveis, desde que haja controle e, sempre que possível, com a adoção de regras de transição, de modo a impedir mudanças abruptas³⁹¹.

Adequando a proposta acima, de revisão da noção de segurança jurídica, ao tema da superação de decisões vinculantes, é importante lembrar, como já mencionado no primeiro capítulo, que existem algumas condicionantes para a superação. Neste sentido, Ravi Peixoto sintetiza os principais requisitos materiais apresentados pela doutrina estrangeira, reunindo-os em duas séries de requisitos alternativos. A primeira diz respeito a existência ou não de erro na decisão: se houver erro, é preciso que o julgador que supera a decisão anterior o demonstre; se, porém, ambas as possibilidades puderem ser extraídas do texto normativo, é preciso que o julgador demonstre que o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência do sistema.³⁹²

³⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166.

³⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **A Força dos Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 218.

³⁹¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 337.

³⁹² PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação dos precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 563. A sistematização segue, principalmente, os requisitos apresentados por Melvin Eisenberg na obra: *The nature of the Common Law*. EISENBERG, Melvin A. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press. 1991.

A segunda série de requisitos alternativos, que devem ser somados aos primeiros, diz respeito à existência ou não de superação abrupta: se este for o caso, o julgador deve ponderar a necessidade de mudança com as razões de segurança e isonomia; se, porém, o caso for de superação paulatina, deve o julgador demonstrar que a isonomia e a segurança mais fundamentam a superação do que a preservação do precedente³⁹³.

Estes requisitos se destinam ao controle da racionalidade da superação, para que não haja quebra da tão desejada continuidade e, neste ponto do trabalho, pretende-se inserir também outro importante requisito: o exercício de um contraditório pleno, compreendido como direito de influenciar a construção da decisão e, mais, de não ser surpreendido por uma mudança abrupta de posicionamento. Apenas assim será possível acreditar em um ordenamento não imutável, mas estável, contínuo, coerente. Adequando a proposta de Antônio Cabral às exigências deste trabalho, em casos de ruptura abrupta, “pontes” deverão ser construídas, com a adoção de lapsos temporais, como prevê o CPC/15 com a possibilidade de modulação acostada no artigo 927, § 3º.

Como já explicitado no primeiro capítulo, certamente o legislador poderia ter se valido de outras formas de estabelecer transições em momentos de ruptura, como, por exemplo, a sinalização de que a decisão vinculante seria revogada em um futuro próximo ou o alerta aos cidadãos de que aquele entendimento não gozava mais de força dentro do tribunal e poderia ser revogado, conclamando a sociedade a discuti-lo. Não se valeu o legislador destes métodos, mas adotou a modulação como forma de não surpreender o jurisdicionado e garantir o aprimoramento da cognição sobre a matéria.

Apenas assim será possível conceber efetiva continuidade: a mudança precisa ser segura, precisa ter pressupostos racionais que a justifiquem, para que possa ser aceita por seus destinatários, mas além disso, precisa também ser construída em contraditório, admitindo a participação efetiva dos destinatários influenciando o momento de transição, evitando que esta seja feita abruptamente de modo a quebrar suas expectativas legítimas. Em verdade, este tópico pretende a junção de duas premissas em uma: a segurança vista como continuidade serve a justificar a possibilidade de superação com parâmetros e o contraditório serve a impedir que o jurisdicionado seja surpreendido pela mudança, ao prever seu papel ativo neste momento crítico de transição.

³⁹³ PEIXOTO, Ravi **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 563.

3.4 A superação no CPC/15: uma releitura à luz do contraditório

A partir deste momento, inicia-se a análise das normas e até mesmo da ausência de normas sobre superação de precedentes no CPC/15, realizando verdadeira releitura da disciplina existente sob a égide do contraditório e avaliando as possíveis omissões do legislador sobre este tema, de modo a contribuir, ainda que modestamente, para a teoria do precedente judicial que se acredita estar em fase de nascimento na doutrina brasileira.

As poucas normas existentes sobre superação do precedente judicial integram o Capítulo I (Das disposições gerais) do Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais) do Livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais) do CPC/15. Serão analisados, principalmente, o artigo 926, que impõe deveres institucionais aos tribunais, dentre eles o dever de uniformização da jurisprudência, que será abordado neste trabalho como proteção do cidadão contra posicionamentos instáveis; o artigo 927, § 2º, que trata da participação na superação; o §3º do artigo 927, que versa sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da modificação de entendimento e o artigo 489, incisos, inciso VI, que considera não fundamentada a decisão que deixa de seguir precedente invocado pela parte, desconsiderando-o sem explicação.

Ao lado das normas existentes, também será avaliada a lacuna normativa sobre o procedimento para superação do precedente judicial, momento em que o legislador poderia ter informado o órgão competente, o quórum necessário, a forma do julgamento e, principalmente, o papel da parte durante o procedimento de superação. Essa lacuna será vista como uma importante chance, desperdiçada pelo legislador, de normatizar com detalhes a estrutura da superação no ordenamento processual brasileiro.

Toda releitura terá como lente indispensável o contraditório, pois o que se busca é a ampliação da participação nos procedimentos em que se evidencie a possibilidade de superação, por haver clara convicção de que este é um elemento de democratização deste importante momento de transição de posicionamentos estáveis, bem como de proteção da confiança dos jurisdicionados, que não se sentirão “traídos” pelo Judiciário.

Vale ressaltar que a ampliação do contraditório no momento de modificação da jurisprudência não é uma necessidade apenas no direito brasileiro, já tendo sido proposta, com veemência, no direito francês. Em importante relatório constituído pela Corte de Cassação daquele Estado, uma das proposições foi justamente a ampliação do diálogo processual com as partes e com toda a sociedade a respeito dos fundamentos e dos efeitos da modificação jurisprudencial, já que o interesse na superação não se restringe ao processo, mas atinge todos os cidadãos³⁹⁴.

Proposta semelhante também foi feita em Portugal, já que, no CPC/PT daquele país, na disciplina dos recursos de revista para o Supremo Tribunal de Justiça, houve a previsão expressa de oitiva das partes, além da possibilidade de audiências, em casos de alteração de jurisprudência uniformizada. A ampliação do contraditório foi prevista, também, através da intervenção obrigatória do Ministério Público nos procedimentos em que se evidencie superação de entendimento uniformizado, ante o reconhecimento de que o interesse envolvido supera as partes e justifica a participação do órgão na busca da evolução do direito e do respeito às expectativas da sociedade³⁹⁵.

Dito isso, pode-se iniciar a análise do tema no CPC/15.

3.4.1 Carência de normas sobre procedimento: um entrave à participação

Iniciemos, pois, a presente análise de normas sobre superação, por aquelas que deveriam ter sido veiculadas pelo legislador e não foram. Ao analisar a disciplina da superação de precedente, alguns dos questionamentos basilares que deram origem a este trabalho foram: como será feita a superação? Qual será o órgão competente para a modificação do entendimento? Será

³⁹⁴ ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 454.

³⁹⁵ ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 455.

possível a superação incidental ou esta carecerá de procedimento autônomo? E, principalmente, quando o jurisdicionado poderá influenciar na tomada desta decisão?³⁹⁶

Algumas destas questões são facilmente resolvidas diante da análise das bases de um sistema de precedentes. É o caso da competência para a superação, isso porque, embora não haja dispositivos destinados a tratar deste tema, é fácil compreender que só pode superar um precedente o órgão responsável por sua criação ou aquele que se encontre em posição superior hierarquicamente ao prolator da decisão. Trata-se de premissa basilar de uma teoria dos precedentes, que demonstra a relevância da estrutura judiciária³⁹⁷.

Além disso, é imprescindível concordar com Odilon Romano Neto que impõe como requisito formal ligado à competência, que a alteração de precedentes ou de jurisprudência dominante seja feita por um colegiado amplo do tribunal, não se admitindo que órgãos fracionários de menor expressão possam fazê-lo. O mesmo autor, adotando solução prevista no direito processual civil português, condiciona também a modificação à exigência de um quórum qualificado de deliberação³⁹⁸.

Outras questões, porém, não têm solução tão direta e, ao menos em partes, como já foi abordado brevemente neste trabalho, eram respondidas por uma das versões do Projeto de Novo Código de Processo Civil, durante sua tramitação legislativa. Na parte em que dispunha da modificação do precedente o artigo 521, do PL/8046 era salutar e tratava expressamente sobre os

³⁹⁶ Alguns desses questionamentos são feitos também por Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Ferverza Cantoario: “Quanto ao tema, cabe indagar se a matéria não deveria já vir disciplinada no próprio corpo do novo Código, por se tratar de tema tipicamente processual, e não meramente de organização judiciária. Vale dizer, o rito pelo qual os Tribunais promoverão a análise da possível alteração de seus precedentes está circunscrito à competência extraída do artigo 96 da Constituição? A quem caberá a legitimidade para dar início a tal procedimento? Poderão os Tribunais definir cada qual o seu próprio rito? Ou, de outro modo, tratar-se-ia de matéria sujeita à reserva legal federal, dada a necessidade de um tratamento uniforme com amplitude nacional? Apenas a título de comparação, a disciplina de revisão das súmulas vinculantes editadas pelo STF foi levada a cabo pela Lei 11.417/06, que conferiu ao Regimento Interno daquele Tribunal apenas um papel subsidiário. Por que já não se aproveitar o embalo e introduzir no organismo do novo Código tal mecânica? BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Org.). *O novo Código de Processo Civil Brasileiro. Direito em expectativa* (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 487-488.

³⁹⁷ MACEDO, Lucas Buri de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). *Precedentes*, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 487.

³⁹⁸ ROMANO NETO, Odilon. *Modificações na jurisprudência e proteção da confiança*. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 383.

procedimentos de superação³⁹⁹⁻⁴⁰⁰. Não há mais essa menção expressa na Lei 13.105/15 e parece claro que aos tribunais caberá reformular seus regimentos para prever formas seguras de revisão de precedentes. Se assim não for, se a alteração for possível sem qualquer regulamentação, continuarão existindo decisões em todos os sentidos, que aplicam e reformulam entendimentos sem qualquer controle e os ideais de segurança e previsibilidade cairão por terra.

Como uma primeira forma de superação da tese jurídica, o dispositivo, ora retirado do CPC/15, aludia à possibilidade de adoção do procedimento previsto na Lei 11.417/06⁴⁰¹, ou seja, do procedimento da alteração da súmula vinculante, para modificação do entendimento sedimentado pelos tribunais por meio de súmula. Trata-se da necessidade de reunir decisão de 2/3 dos membros para modificação, em sessão plenária. A disposição não foi mantida pelo CPC aprovado e talvez representasse um bom parâmetro para o respeito à segurança do jurisdicionado e para manutenção da coerência do sistema, não apenas quando da modificação de súmula vinculante, mas de outros enunciados com esta característica.

³⁹⁹ "Art. 521 (...) § 1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se: I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante; II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante; III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a VI do caput deste artigo”.

⁴⁰⁰ Em texto escrito à época em que o Projeto de Lei 8046 tramitava pela Câmara, Alexandre Bahia e Paulo Iotti enalteciam a relevância das disposições do artigo 521 sobre a superação de precedentes: “Para se alterar as Súmulas e demais precedentes, vale chamar a atenção para os §§ 2º e 9º do art. 521. O primeiro faz referência ao “*overruling*” (superação), o segundo ao “*distinguishing*” (distinção), é dizer, diante de um novo caso a julgar, o Tribunal que criou a Súmula ou o precedente poderá, por via incidental, não aplicá-los, seja porque entende que houve mudança (na norma em que se baseou para criá-los ou na situação “econômica, política ou social” respectiva, ou ainda se entender que há “questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa” – relativamente ao *overruling*), seja porque o caso possui particularidades que não se adequem àqueles (relativamente ao *distinguishing*). No primeiro caso a Súmula/precedentes serão “superados”, no segundo, permanecerão válidos, apenas que não aplicáveis ao caso. Tais precisões são essenciais se o Brasil quer se apoiar em precedentes: as técnicas da distinção e da superação pertencem, há muito, à praxe forense de países de *common law*, nos quais juízes e advogados⁴⁸ os utilizam para flexibilizar o enrijecimento que poderia advir do “*stare decisis*””. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O Dever de Fundamentação, Contraditório Substantivo e Superação de Precedentes Vinculantes (*overruling*) no novo CPC - ou do repúdio a uma nova Escola da Exegese. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 42.

⁴⁰¹ Veja-se a redação do artigo 2 da Lei 11.417/06: “Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá 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 prevista nesta Lei (...) § 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária”.

A segunda forma de alteração da tese jurídica sedimentada, proposta pelo artigo 521, se daria através de observância do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante.

Como exemplo, será analisado apenas o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça para avaliar suas previsões sobre a forma de superação do enunciado sumular. A partir dessa análise se depreende que se houver proposta de revisão dos enunciados de súmula do STJ, a proposta deverá ser remetida à Corte Especial ou Seção, que deverá se reunir com, no mínimo 2/3 de seus membros, apenas podendo decidir sobre o cancelamento ou revisão da súmula por maioria absoluta de seus membros, exigindo requisito ainda mais rígido do que se exige para alteração no STF⁴⁰². O mesmo quórum se exige no STJ caso haja instauração de incidente de uniformização da jurisprudência sendo que, de seu julgamento, uma vez uniformizado o entendimento, pode ser editada súmula do tribunal⁴⁰³.

No mais, permitia o artigo 521 a alteração de outros entendimentos sedimentados, de maneira incidental, no julgamento de recursos, remessa necessária ou causas de competência originária do tribunal.

Retirando a disposição prevista no artigo 521 do Projeto, o CPC/15 apenas prevê, em seu artigo 926, §2^a, que a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, sendo que pode haver, nestes casos, modulação dos efeitos da decisão. Deve, ainda, haver fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

⁴⁰² Conforme artigo 125, §3º do Regimento Interno: “Art. 125, § 3º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em 12 set. 2016.

⁴⁰³ De acordo com os artigos 119 e 122 do Regimento Interno: “Art. 119. No julgamento de uniformização de jurisprudência, a Corte Especial e as Seções se reunirão com o quórum mínimo de dois terços de seus membros. Art. 122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça. § 1º Será objeto da súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência. Também poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes”. Disponível em : <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em 12 set. 2016.

Não há na nova lei menção ao procedimento a ser seguido pelos tribunais nesse caso, sujeitando à possibilidade de alteração incidental, modificando-se totalmente o entendimento anteriormente definido, sem que se exija quórum elevado ou remessa da questão ao órgão plenário do tribunal. Para melhor esclarecer a questão, só resta buscar junto aos Regimentos Internos de alguns tribunais (embora não se possa fazer uma pesquisa extensa neste ponto, por escassez de tempo e de objeto) em busca de normas que esclareçam como será feita a superação de precedentes, agora que estes encontram-se fortalecidos, com o CPC/15.

O problema é de extrema gravidade e será tomado como exemplo, neste ponto, o recurso especial repetitivo, totalmente reforçado pelo novo diploma processual. Na atual disciplina a afetação de um recurso repetitivo determina o sobrestamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão discutida e tramitem no território nacional, conforme se extrai do artigo 1037⁴⁰⁴. Perceba-se, com isso, que a suspensão não passa mais a abranger os demais recursos especiais ou extraordinários que tragam a mesma tese que está sendo julgada por amostragem pelo STJ ou STF, mas abrange agora todos os processos em andamento no território nacional que levantem a mesma questão.

Os efeitos do julgamento dos recursos repetitivos assim também se encontram fortalecidos. Isso porque, anteriormente, realizado o julgamento pelos Tribunais Superiores, a tese deveria ser aplicada nos juízos de segundo grau, onde estivessem sobrestados os recursos. Agora, porém com a suspensão de todos os processos que versem sobre questão idêntica, também os juízes de primeiro grau, diante de processos em curso que levantem a controvérsia objeto de decisão em recurso repetitivo, serão chamados a aplicar a tese jurídica fixada àqueles casos em curso. É o que dispõe o artigo 1040⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ “Art. 1.037. Seleccionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia”.

⁴⁰⁵ “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será

No âmbito do STJ, o julgamento dos recursos especiais repetitivos foi disciplinado pela Resolução número 8, de 7 de agosto de 2008⁴⁰⁶, que impunha o julgamento desses recursos pela Seção ou Corte Especial do STJ e previa cautelas a serem adotadas antes da decisão, como a possibilidade de solicitação de informações aos tribunais estaduais ou federais e a preferência para julgamento em relação aos demais processos, salvo aqueles de réu preso e os pedidos de *habeas corpus*⁴⁰⁷. Pela averiguação feita é possível afirmar que havia disposição expressa acerca da competência para julgamento dos recursos especiais repetitivos, mas nada dispunha o regimento ou a resolução sobre o procedimento ou competência para revisão da tese sedimentada.

A referida resolução foi revogada pela Emenda Regimental número 24, de 28 de setembro de 2016⁴⁰⁸ que altera, inclui e revoga dispositivos do Regimento Interno do STJ para adequá-lo ao CPC/15. A emenda traz inovação de extrema relevância, pois dedica expressamente uma seção do Regimento (Seção V, do Capítulo II-A) ao tratamento da revisão de entendimento firmado em tema repetitivo. O artigo 256-S⁴⁰⁹ informa que a legitimidade

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”.

⁴⁰⁶ Disponível em:

<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17559/Res_8_2008_PRE.pdf;jsessionid=DED20BB96250EFC07A91C91F4F5EED69?sequence=4>. Acesso em 12 set. 2016.

⁴⁰⁷ “Art. 2º Recebendo recurso especial admitido com base no artigo 1º, caput, desta Resolução, o Relator submeterá o seu julgamento à Seção ou à Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção. § 1º A critério do Relator, poderão ser submetidos ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, na forma deste artigo, recursos especiais já distribuídos que forem representativos de questão jurídica objeto de recursos repetitivos. § 2º A decisão do Relator será comunicada aos demais Ministros e ao Presidente dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, conforme o caso, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia. Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator: I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias. II – Dará vista dos autos ao Ministério Público por quinze dias. Art. 4º Na Seção ou na Corte Especial, o recurso especial será julgado com preferência sobre os demais, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>>. Acesso em 12 set. 2016.

⁴⁰⁸ Disponível em < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105283/Emr_24_2016_PRE.pdf>. Acesso em 13 nov. 2016.

⁴⁰⁹ Art. 256-S. É cabível a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo, por proposta de Ministro integrante do respectivo órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal que officie perante o Superior Tribunal de Justiça. § 1º A revisão ocorrerá nos próprios autos do processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado. § 2º A revisão de entendimento terá como relator o Ministro integrante do órgão julgador que a propôs ou o seu Presidente nos casos de proposta formulada pelo representante do Ministério Público Federal.

para requerer a instauração do procedimento de revisão é de um dos Ministros do STJ ou de um representante do Ministério Público Federal que officie perante aquele tribunal. Segundo o mesmo dispositivo, a revisão ocorrerá nos mesmos autos do processo julgado sob o rito de recurso repetitivo, caso em tramitação ou será objeto de questão de ordem.

Segundo o artigo 256-U⁴¹⁰, o Ministério Público Federal, mesmo não tendo dado início ao procedimento, será chamado a se manifestar, em quinze dias, sobre a revisão da proposta, mas com ou sem o parecer, o processo será conclusivo para julgamento. Vale notar que esta é a única forma de manifestação no procedimento de revisão admitida pelo Regimento Interno, já que não há disposição sobre a participação de pessoas, órgãos ou entidades interessadas, como existe no artigo 256-J para o julgamento do recurso especial repetitivo, nem mesmo disposição sobre a manifestação das partes do processo originário, caso este ainda esteja em tramitação⁴¹¹.

O artigo 256-V⁴¹² prevê outra forma de proposição da alteração da tese fixada em julgamento de casos repetitivos, autorizando ao Presidente do órgão julgador propor, em questão de ordem, a revisão com o objetivo de adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, em enunciado de súmula vinculante e em incidente de assunção de competência.

No STF, a regulamentação do julgamento por amostragem instituído no CPC pela Lei 11.418/2006 veio pela Emenda Regimental 21/2007, com alterações posteriores pelas

§ 3º O acórdão proferido na questão de ordem será inserido, como peça eletrônica complementar, no (s) processo (s) relacionado (s) ao enunciado de tema repetitivo.

⁴¹⁰ Art. 256-U. Com ou sem o parecer do Ministério Público Federal, o processo será conclusivo ao relator ou ao Presidente do órgão julgador, conforme o caso, para julgamento. Parágrafo único. A revisão deve observar, em relação ao julgamento e à publicação do acórdão, o disposto nas Seções III e IV deste Capítulo.

⁴¹¹ Vale lembrar que Odilon Romano Neto propõe a manifestação do Ministério Público como uma forma de ampliação do diálogo nas modificações da jurisprudência, ante o reconhecimento de que a ruptura da linha jurisprudencial é fato de extrema relevância e que envolve interesse público no adequado equilíbrio de interesses. Contudo, esta é apenas uma das formas de participação apresentadas por ele, ao lado da necessária participação das partes e da possível intervenção de *amicus curiae* como forma de oxigenação do debate. ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 403.

⁴¹² Art. 256-V. O Presidente do órgão julgador poderá propor, em questão de ordem, a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo para adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, em enunciado de súmula vinculante e em incidente de assunção de competência. § 1º A revisão ocorrerá nos próprios autos do recurso julgado sob o rito dos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado. § 2º O acórdão proferido na questão de ordem será inserido, como peça eletrônica complementar, no (s) processo (s) relacionado (s) ao tema repetitivo

Emendas Regimentais 23/2008 e 27/2008, limitando-se a dispor sobre o processamento e julgamento dos recursos extraordinários por amostragem, nada dizendo sobre a revisão da tese⁴¹³. O texto do Regimento foi alterado apenas por duas emendas posteriores à promulgação do CPC/15, as de números 50/2016 e 51/2016, mas nenhuma delas interfere diretamente no tema deste trabalho.

Os recursos repetitivos foram abordados, pela vastidão do tema, apenas como um exemplo da carência de disposições sobre a revogação de precedentes vinculantes, o que não significa que sejam o único instituto que desperta preocupação, nem tampouco que sejam o único exemplo desta carência.

Não se pode esquecer de que no âmbito de um tribunal estadual, alguns provimentos vinculantes podem ser proferidos: acórdãos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e as orientações do plenário ou órgão especial, que pode ser conferida por meio de súmulas. Portanto, dentro dos tribunais estaduais, o regimento interno do TJRJ, que já foi modificado depois da entrada em vigor do CPC/15, pode ser tomado como exemplo em busca de normas sobre superação.

Há grande preocupação do órgão com a uniformização de jurisprudência ao prever que esta será feita através dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência e por intermédio do procedimento de inclusão, revisão ou cancelamento de enunciado sumular⁴¹⁴.

Contudo, atenção maior é despendida apenas para os enunciados de súmula, não havendo mais disposições sobre os demais provimentos vinculantes. A revisão e o cancelamento de súmula são possíveis quando demonstrem que há decisões uniformemente adotadas neste sentido

⁴¹³Art. 328 . Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o (a) Relator (a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em cinco dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. Parágrafo único. Quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o (a) Relator (a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 12 set. 2016.

⁴¹⁴Conforme art.120: “A jurisprudência será uniformizada através dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência e por intermédio do procedimento de inclusão, revisão ou cancelamento de enunciado sumular”. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/regi-interno-em-vigor.pdf?v23>>. Acesso em 12 set. 2016.

e o procedimento deve ser deflagrado pelo Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça de ofício ou por meio de sugestão fundamentada de qualquer Magistrado, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil ou de órgão de Advocacia Pública, instruída com precedentes que demonstrem a condição prevista no artigo anterior. O procedimento de cancelamento se dá por meio eletrônico, autorizando-se a realização de audiências públicas, a critério do relator e sua decisão depende da maioria absoluta dos integrantes do Órgão Especial⁴¹⁵. No Regimento do TJRJ, conforme analisado, não há disposição sobre a superação de outros enunciados tidos por vinculantes pelo CPC/15.

A ampliação das hipóteses de vinculação das decisões judiciais já despertou a atenção do CNJ que, em julho de 2016, editou a resolução nº 235, que dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes do julgamento de repercussão geral, casos repetitivos e incidente de assunção de competência, dispondo, dentre outros temas, sobre a criação de um banco de dados nacional que permita a ampla consulta das informações relativas a estes casos. O CNJ, mesmo diante dos esforços para retirada do termo “precedentes” da Lei 13.105/2015, apresentou categoricamente como motivos para a criação da resolução a necessidade de otimização do julgamento de casos repetitivos e de formação concentrada dos precedentes obrigatórios previstos no CPC/15⁴¹⁶.

O momento não é de descrença, muitos passos já vêm sendo dados para a melhor regulamentação de controvérsias envolvendo as decisões vinculantes, apenas não se pode esquecer que a superação merece a mesma atenção, já que falta de disciplina sobre este tema compromete sobremaneira os escopos buscados pela lei. Os mecanismos de superação

⁴¹⁵ Vale conferir as disposições do Regimento na íntegra: “Art.122- O procedimento será deflagrado pelo Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça de ofício ou por meio de sugestão fundamentada de qualquer Magistrado, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil ou de órgão de Advocacia Pública, instruída com precedentes que demonstrem a condição prevista no artigo anterior (...)§2º- O Centro de Estudos e Debates promoverá, por meio eletrônico, a oportunidade para a manifestação dos Desembargadores, com competência para a matéria em exame, no prazo de 10 (dez) dias (...)Art.123- Distribuído o procedimento no âmbito do Órgão Especial, caberá ao relator avaliar a necessidade de realização de audiências públicas ou da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, consoante previsto no artigo 927 do Código de Processo Civil (...)§7º- Considerar-se-á aprovada a proposta que obtiver o voto da maioria absoluta dos integrantes do Órgão Especial”. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/regi-interno-em-vigor.pdf?v23>>. Acesso em 12 set. 2016.

⁴¹⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3155>. Acesso em 20 set. 2016.

precisam ser repensados e devem ser objeto de estudo, já que, como bem aponta Teresa Wambier⁴¹⁷, no presente estágio, alterações bruscas não se justificam.

A grande questão, que interessa diretamente a este trabalho, é entender que não basta repensar o procedimento de superação focando apenas no órgão competente, no quórum necessário e na forma de julgamento. É preciso deixar um importante espaço para o exercício do contraditório, enquanto direito de influência, sem dúvidas. A parte em cujo processo se desenvolve a superação do precedente precisa ser ouvida pelo órgão competente sobre a necessidade ou não de modificação da tese, ainda que esta não a beneficie ou prejudique, caso o órgão de valha da modulação prospectiva de efeitos. Inclusive sobre a necessidade ou não de modulação dos efeitos da decisão, como haverá oportunidade de analisar em um tópico seguinte, deverá ser ouvida a parte.

Perceba-se que com relação à participação, o CPC/15 limitou-se a prever, no artigo 927, § 2º, que “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”, novamente não houve preocupação em disciplinar este procedimento, deixando sua realização nas mãos do julgador.

Inicialmente, salta aos olhos um “defeito” que acomete a redação o dispositivo. Tantas outras decisões foram consideradas vinculantes pelo artigo 927, sem que sobre elas tenha sido prevista a mesma possibilidade de participação. A participação de grupos, órgãos e pessoas e a realização de audiências públicas foi contemplada para casos emblemáticos, como a alteração de súmulas ou de julgamentos repetitivos. Mas, o que dizer dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competências e da orientação do plenário ou órgãos especiais? Nestes casos, não há previsão da participação pública, embora haja caráter vinculante das decisões. O que dizer sobre a alteração de jurisprudência dominante que, embora não vinculante, foi objeto de preocupação do legislador ao contemplar a possibilidade de modulação para sua superação?⁴¹⁸⁻⁴¹⁹

⁴¹⁷ “A sociedade é um organismo vivo e, como acontece com os organismos vivos, as mudanças pelas quais passa, ocorrem lentamente. Não há alterações sociais bruscas. Portanto, já que o direito muda quando precisa adaptar-se, nada justifica que as alterações ocorram da noite para o dia, em situações de normal desenvolvimento.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

⁴¹⁸ Neste ponto, é importante novamente lembrar da lição de Odilon Romano Neto, segundo a qual o direito jurisprudencial no Brasil se desenvolveu em três planos, da jurisprudência, do precedente e da súmula e todos eles comportam provimentos que podem servir de base para a confiança dos cidadãos, merecendo atenção quando do tratamento da superação. Por isso, sempre que legislador houver, injustificadamente, deixado de lado a proteção de

O legislador esqueceu-se dos demais provimentos vinculantes do artigo 927 e não permitiu que nestes pudesse o magistrado se valer do artigo 927, § 2º, para ampliar a discussão da tese. Vale lembrar que quando ainda tramitava na Câmara dos Deputados, o PL8046, continha disposição semelhante, mas muito mais ampla, já que previa a possibilidade de realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades, sempre que houvesse a modificação de entendimento sedimentado, abarcando, neste termo, tanto os casos de superação de precedente vinculante, como os casos de modificação da jurisprudência persuasiva pacificada. Possivelmente, quando o Projeto seguiu novamente para o Senado e foi feita verdadeira “faxina” para extinguir dele termos que deixassem claro o ideal de estabelecer um sistema de precedentes no Brasil, a expressão “entendimento sedimentado” deu lugar à súmulas e casos repetitivos.

Como já aludido, o dispositivo é muito importante para a ampliação da participação nos procedimentos de superação de precedentes, notadamente aqueles mais relevantes socialmente. Por meio dele surge a possibilidade de ser instaurado, nos casos práticos, um verdadeiro procedimento para audição de terceiros, por meio de incidentes que serão deflagrados pelos Tribunais Superiores, quando da superação de uma tese de grande interesse social⁴²⁰.

Parte da doutrina entende que esta participação se daria na condição de assistente litisconsorcial⁴²¹⁻⁴²². Contudo, maiores razões parecem ter aqueles que discordam da qualificação

um destes planos no tratamento deste tema, será feita a adequação necessária, a partir do recurso à interpretação sistemática. ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 406.

⁴¹⁹ Concordando com a restrição indevida feita pelo dispositivo em questão, Lucas Buri também defende a ampliação das hipóteses de participação para qualquer modificação de precedente judicial obrigatório relevante: “Note-se que o §2º do art. 927 menciona apenas as súmulas e os casos repetitivos, que compreendem o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 928). Da mesma forma, o § 4º, menciona apenas a modificação de enunciado sumular, os casos repetitivos e a jurisprudência pacificada. Muito embora os textos legais sejam demasiadamente restritos, a interpretação deve ser construtiva e integradora, de modo que a norma abarque a modificação de precedentes judiciais de uma forma geral. Os parágrafos em questão aplicam-se a qualquer modificação de precedente judicial obrigatório relevante”. MACEDO, Lucas Buri de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 485.

⁴²⁰ MACEDO, Lucas Buri de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 487.

⁴²¹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 376.

dos interessados como assistentes litisconsorciais e entendem mais coerente a condição de *amicus curiae*⁴²³, ainda que sua atuação seja um pouco diferente da usualmente concebida, já que não atuará ele apenas para auxiliar a Corte, mas para que a questão seja efetivamente resolvida em prol de uma das partes⁴²⁴.

Originalmente, a figura do *amicus curiae* seria relacionada a um terceiro que detém conhecimentos específicos sobre a matéria tratada em juízo e, por isso, teria condições de auxiliar a corte na tomada da decisão⁴²⁵. Antes do novo Código de Processo Civil, não havia na legislação brasileira outro diploma legal que disciplinasse diretamente a figura, apenas havia algumas situações que, por esforço doutrinário, se entendiam referentes à disciplina do *amicus curiae*⁴²⁶. O CPC/15, porém, ampliou sobremaneira o reconhecimento da figura, conferindo-lhe uma disciplina geral e abrangente, definindo o *amicus curiae*, no artigo 138, como “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”.

Agora, sob a disciplina atual, o *amicus* não precisa ser uma entidade ou pessoa dotada de conhecimento especial sobre a matéria, bastando que seja um representante adequado do grupo social em questão. Com a ampliação da disciplina, a figura foi inserida, ainda que não expressamente sob esta designação, no tratamento da modificação de precedentes e da jurisprudência, quando, o artigo 927, §2º, previu a participação de pessoas, órgãos ou entidades

⁴²² A mesma posição é defendida por Humberto Theodor Junior: “As partes dos “outros” processos suspensos, intervirão, querendo, em situação equivalente à do assistente litisconsorcial, já que o respectivo interesse equivale ao das partes da causa geradora do incidente”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 435.

⁴²³ Para Lucas Buri, a norma fortalece o *amicus curiae*, cada vez mais importante nos tempos atuais, em que cada processo detém certo interesse coletivo, notadamente aqueles relativos à superação de precedentes. MACEDO, Lucas Buri de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 487.

⁴²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 335. No mesmo sentido entende Alexandre Bahia. BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do *amicus curiae*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, RS, v. 5, p. 169-177, 2013.

⁴²⁵ Sobre o tema, ver: BUENO, Cássio Scarpinella. Ação direta de inconstitucionalidade – Intervenção de *amicus curiae* (ADI 3.695/DF, STF), in **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 138, ago. 2006, p. 165- 184.

⁴²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80.

com interesse na controvérsia, permitindo a ampliação do contraditório e a legitimação do procedimento⁴²⁷.

Embora seja norma salutar, entende-se que o legislador poderia ter ido além e disciplinado a forma de participação dos interessados, para que, a falta de regulamentação não faça com que a figura do *amicus curiae* na superação de precedentes caia no vazio. Passa-se, assim, a fazer uma proposta de interpretação sistemática, de modo a privilegiar o direito de todos os interessados a influenciar na formação da decisão que supera o precedente.

Veja-se que o CPC/15 possui dispositivo sobre o exercício do contraditório no incidente de resolução de demandas repetitivas, um dos precedentes considerados obrigatórios pelo rol do artigo 927. Esta norma encontra-se no art. 983 e dispõe que o relator do incidente “ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” no prazo comum de 15 (quinze) dias, podendo estas requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Disposição semelhante encontra-se no artigo 1038, inciso I, afeto à disciplina dos recursos repetitivos, segundo o qual o relator do recurso selecionado para julgamento, no âmbito dos recursos repetitivos, poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno. Nem se questione sobre a aplicação destes dispositivos a todo sistema de precedentes, pois é indispensável reconhecer que todas as normas integrantes do que Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha chamam de microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios devem se comunicar, para a qualificação do debate na formação dos precedentes⁴²⁸.

⁴²⁷ ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 514.

⁴²⁸ Sobre o referido microssistema, dizem os autores: “O microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição, com qualificação do debate para a formação do precedente, com a exigência de fundamentação reforçada e de ampla publicidade. Essas normas compõem o núcleo desse microssistema. Além das normas relativas à formação do precedente, o referido microssistema compõe-se também das normas concernentes à aplicação do precedente. Todas essas normas aplicam-se aos instrumentos que integram esse microssistema, incidindo no incidente de assunção de competência”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, MG, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015, p. 167.

Em momento oportuno, quando buscarmos as normas de superação dentro da disciplina do incidente em questão, este será melhor delineado, mas, apenas brevemente, vale lembrar que o incidente, tratado entre os artigos 967 e 987 do CPC/15, tem como objetivo firmar uma tese jurídica única aplicada a casos repetitivos, através de um procedimento incidental a ser julgado pelo tribunal, enquanto os casos que tratem de questão idêntica ficam sobrestados. Cabe a esse órgão, considerando que a tese fixada será aplicada a diversos procedimentos que versem sobre a mesma questão jurídica, ouvir amplamente os interessados⁴²⁹.

Sobre o contraditório no incidente, é preciso que o relator oportunize a manifestação das partes de cada um dos processos repetitivos, já que a definição daquela tese lhes diz respeito diretamente, isso para que o contraditório seja exercido da maneira mais ampla possível. Para viabilizar o conhecimento e o interesse na participação, pode-se utilizar como exemplo outro dispositivo também previsto na disciplina do incidente, qual seja, o artigo 979 do CPC/15, que exige ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça⁴³⁰.

Em síntese, a ampla e específica divulgação dos processos em que vai se operar a revisão de precedente vinculante, por meio deste registro eletrônico, permitirá aos interessados, cujas ações serão diretamente afetadas pela modificação de entendimento, se manifestar com intuito de influenciar na decisão de alterar ou não o precedente. Isso tornaria mais difícil a superação? Talvez sim. Mas a superação de um precedente vinculante não pode mesmo ser feita sem a participação dos interessados, de modo a surpreender indevidamente os jurisdicionados. Eis a proposta deste trabalho neste aspecto: densificar as normas sobre procedimento de superação de precedentes vinculantes nos Regimentos Internos dos tribunais e aplicar a sistemática já defendida para o incidente de resolução de demandas repetitivas no momento traumático de superação de precedentes vinculantes até que haja maiores regulamentações.

⁴²⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 318.

⁴³⁰ Marinoni, embora defenda o contraditório no IRDR por meio da participação dos legitimados à tutela de direitos individuais homogêneos da Lei de Ação Civil Pública, exalta a importância da ampla divulgação. MARINONI, Luiz Guilherme. O 'Problema' do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 249, 2015, p. 410.

3.4.2 O dever de uniformização e de estabilização da jurisprudência dos tribunais: uma proteção contra posicionamentos instáveis

Como já demonstrado linhas acima, o Código de Processo Civil promulgado em março de 2015, teve como uma de suas principais bandeiras a instituição de precedentes vinculantes e uma das grandes inovações encontra-se na previsão do seu artigo 926, ao dispor que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Tem-se nesse dispositivo a primeira base para a construção de um sistema de precedentes: a previsão de deveres gerais para os tribunais, que têm fundamento constitucional em princípios como da segurança jurídica, da igualdade e do contraditório, mas que, por sua relevância, mereceram previsão expressa do legislador infraconstitucional⁴³¹. O objetivo evidente foi diminuir a intranquilidade criada pela possibilidade de posicionamentos incompatíveis a respeito da mesma norma, apenas por terem sido as decisões emanadas por tribunais diversos ou, pior, por órgãos diversos submetidos ao mesmo tribunal⁴³².

Inicialmente, vale destacar que o dispositivo padece de um defeito de técnica. Novamente o legislador demonstra atecnia na adoção dos conceitos próprios da teoria dos precedentes, talvez por uma deliberada intenção de “esconder” a sistemática de precedentes que seria instituída pelo

⁴³¹ Fredie Didier foi membro da comissão de juristas responsável pela revisão do projeto novo CPC na Câmara dos Deputados e, logo após a promulgação da lei, publicou texto de grande relevância, defendendo de maneira incisiva a posição de que o artigo 926 é fonte de quatro deveres gerais dirigidos aos tribunais e indispensáveis à formação de um sistema de precedentes. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, in DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 384-385.

⁴³² No mesmo sentido, Dierle Nunes em texto escrito quando da tramitação do PL 8046, como proposto pelo Senado, que ainda falava apenas nos deveres de uniformização e estabilização: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que os jurisdicionados que estejam em situação idêntica tenham de se submeter a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressada na criação da súmula vinculante do STF e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulo para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir os tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”. NUNES, Dierle José Coelho. 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, SP, v. 199, 2011, p. 55.

CPC/15. Assim, o artigo 926 fala em jurisprudência, indistintamente, como se esta fosse gênero no qual podem ser inseridos os conceitos de precedentes, súmulas e demais⁴³³. Como já detalhado no primeiro capítulo, estes conceitos jamais podem ser confundidos, por possuírem distinções fundamentais. Nos parágrafos, por sua vez, o legislador utiliza os termos súmula e precedentes, realizando verdadeira miscelânea. O que se quer é uniformizar apenas a jurisprudência? E quanto aos precedentes? Estes não devem ser mantidos estáveis?⁴³⁴

Críticas conceituais à parte, destes quatro deveres institucionais positivados no dispositivo mencionado, dois deles interessam mais de perto ao tema da superação de precedentes judiciais: o dever de uniformização, que impede que o tribunal se mantenha inerte diante da divergência interna, vedando a existência de múltiplos posicionamentos dentro de um mesmo órgão e o dever de estabilização, que impede a efetivação de mudanças bruscas de posicionamento, determinando que haja fundamentação adequada e, quando necessário, limitação da eficácia temporal da superação⁴³⁵.

José Marcelo Menezes Vigliar, apenas diante da previsão do incidente de uniformização de jurisprudência no CPC/73, reuniu vasto manancial teórico para defender a existência de um dever de uniformizar a jurisprudência. Os resultados aleatórios, somados, ainda, ao grave problema da morosidade, demonstram que a sorte passa a ser um elemento a mais a ser levado em conta pelo cidadão que espera a tutela jurisdicional, este que passa a aguardar ansiosamente por uma distribuição “favorável” do seu recurso, já que dentro de um mesmo tribunal convivem teses jurídicas totalmente diversas. Segundo o autor, isso feriria a própria finalidade da jurisdição, pouco importando o conceito de jurisdição que se entenda como correto, já que se perde um

⁴³³ Daniel Mitidiero também critica a alusão genérica à jurisprudência, sem a preocupação com eventuais distinções que possam existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, utilizados igualmente nos parágrafos. MITIDIERO, D. F. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 245, 2015, p. 336.

⁴³⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁴³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, in DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 384-385.

escopo fundamental: a preservação da segurança social⁴³⁶. Assim, a uniformização deveria ser vista como um direito processual do jurisdicionado e um dever dos tribunais, que não pode ser desrespeitado, sob pena de perderem-se os escopos mínimos da jurisdição⁴³⁷.

Se à época do CPC/73 já era possível defender, com base nos escopos mais recentes da jurisdição, com a existência deste dever de uniformização agora positivado, não há qualquer dúvida da sensibilidade do legislador ao problema das decisões divergentes e cambiantes dentro de um mesmo órgão jurisdicional. Por óbvio, a adoção de posicionamentos uniformes será decisiva para o cumprimento da garantia constitucional da duração razoável do processo, contudo, conforme lembra Humberto Theodoro Júnior, a meta do sistema imposto vai muito além da celeridade processual; o que se persegue, acima de tudo, é “implantar o respeito à segurança jurídica e ao tratamento igualitário de todos perante a lei, tornando mais pronta e previsível a resolução dos conflitos jurídicos”⁴³⁸.

Não se acredita ser possível a existência de um sistema sem divergências, notadamente diante da diversidade de interpretações que uma mesma norma pode receber, o próprio ordenamento reconhece a possibilidade de posições diversas. Porém, reconhecendo a divergência, dá meios para que os tribunais possam transpor esse desafio, seja através da emissão de súmulas da jurisprudência dominante, conforme permite o artigo 926, § 1º ou por meio da fixação da tese a ser observada em casos envolvendo relevante questão de direito, com grande repercussão

⁴³⁶ É importante lembrar aqui uma das visões sobre a Jurisdição que mais se coaduna com este trabalho. Para Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart e Daniel Mitidiero, com a promulgação do novo Código de Processo Civil, fica muito evidente a mudança da função da Jurisdição no Estado Constitucional: “Daí que a jurisdição no processo civil do Estado Constitucional tem por função dar tutela aos direitos, mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral. Partindo dessas significativas transformações do pano de fundo com que trabalha o processo civil, é possível visualizar esses dois importantes discursos que o processo civil deve ser capaz de empreender na nossa ordem jurídica a fim de que essa se consubstancie em uma ordem realmente idônea para tutela de direitos. A jurisdição não tem compromisso apenas com a resolução de casos concretos (prolação de uma decisão justa e adequada e tempestivamente efetivável), mas também tem compromisso com a cognoscibilidade, com a estabilidade e com a confiabilidade da ordem jurídica como um todo (formação e superação de precedentes)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 151-152.

⁴³⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformização**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203.

⁴³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 424.

social, conforme autoriza o artigo 947, seja até mesmo através da previsão das teses do STF e STJ a serem fixadas no julgamento de recursos repetitivos, conforme artigos 1036-1041⁴³⁹⁻⁴⁴⁰.

Acima existem apenas três exemplos das muitas ferramentas que o CPC/15 viabiliza para transpor a divergência interna. Seria possível citar outras tantas, tais como os embargos infringentes de ofício e de divergência, mas apenas pela exemplificação exposta fica evidente que não se admite a convivência de posicionamentos discrepantes dentro de um mesmo órgão, o que conversa de maneira direta com a superação de precedentes, já que não se afigura possível a modificação desmedida de entendimentos antes defendidos, quando esta ocasione divergência inaceitável e violação à segurança do jurisdicionado.

Tem relação ainda mais direta com a superação, o dever de estabilização, uma vez que ele é responsável por positivar no sistema jurídico uma presunção em favor do precedente judicial existente e, para seu afastamento, se torna necessária, pois, forte carga argumentativa. Mais uma vez a noção de inércia argumentativa se mostra decisiva, já que a presunção nada mais faz do que facilitar a elaboração da fundamentação para aquele que se posiciona a favor do precedente, sem que se abra mão da necessidade de identificação da *ratio decidendi* e comparação com o caso em julgamento; além de impor uma carga argumentativa qualificada para aquele que pretende afastar o precedente diante de um caso em que inicialmente ele se aplicaria⁴⁴¹.

Enxerga-se neste dever, de maneira mais clara, a imposição do respeito aos precedentes do próprio tribunal, ou, como prefere Hermes Zaneti⁴⁴², a previsão formal da vinculatividade

⁴³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, P. 199.

⁴⁴⁰ No mesmo sentido, Lucas Buri: “Obviamente, não se afasta a possibilidade de diferença temporal entre as *rationes decidendi* assumidas, desde que com o devido cuidado, mas não é possível tolerar que o mesmo tribunal, ou mesmo tribunais distintos, venham a sustentar, ao mesmo tempo, posições distintas. O tribunal, ainda que dividido em vários órgãos é um só, e precisa atuar em conformidade com a sua unidade, assumindo uma única posição acerca da mesma questão jurídica”. MACEDO, Lucas Buri de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil, in DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 474.

⁴⁴¹ ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 239, p. 389.

⁴⁴² ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 343-244. O Fórum Permanente de Processualistas Civis (reunião semestral de processualistas brasileiros, cujo propósito é apresentar enunciados, sempre por unanimidade, que sirvam à interpretação do CPC/15), ao interpretar o artigo 926, corroborado esta vinculação horizontal dos precedentes, aprovou o enunciado 316: “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”. No mesmo sentido da necessidade de respeito à eficácia horizontal dos precedentes, entende Ravi Peixoto: “O art. 926 inicia o tratamento da matéria ao destacar, no *caput*, a necessidade de os tribunais uniformizarem a sua

horizontal dos precedentes. Existe a necessidade de respeito aos posicionamentos do tribunal, por todos os órgãos que o integram, para que se mantenha, assim, a estabilidade que se espera e que se ordena, não sendo compatível com este dever a possibilidade de modificação de posicionamentos anteriormente fixados pela corte, sem que haja o preenchimento dos requisitos (falta de congruência social, consistência sistêmica ou equívoco do antecedente), a fundamentação adequada e específica, o respeito ao contraditório e a limitação da eficácia temporal nos casos em que ela seja indispensável à proteção da confiança do jurisdicionado. Superação fora desse quadro importa em quebra de estabilidade e violação do dever previsto no artigo 926.

Aqui faz-se uma breve lembrança à questão do duplo discurso, defendida por Daniel Mitidiero, que será melhor analisada no tópico seguinte, segundo a qual ao julgar o tribunal não deve se preocupar apenas com o discurso voltado para o caso concreto que se estabelece por meio da fundamentação e que é destinado à solução da demanda, mas também ao discurso voltado para a ordem jurídica, que se forma através do precedente judicial, capaz de orientar as mais variadas posturas dos cidadãos⁴⁴³. A variação leviana fere frontalmente ambos os discursos. Se feita de maneira incauta, lesa o discurso com o caso concreto, pois não haverá fundamentação capaz de legitimar a quebra de expectativa da parte e fere também o segundo discurso, pois também a comunidade em geral possui um direito fundamental à segurança⁴⁴⁴.

Em conclusão, fácil afirmar que os deveres de uniformização e estabilidade surgem como forma de proteção do cidadão diante da divergência interna nociva e da superação desrespeitosa

jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Consoante menciona a doutrina, para que se possa construir uma sistemática de precedentes, é imprescindível que os próprios tribunais que estabelecem as decisões vinculantes, mantenham uma jurisprudência razoavelmente estável, exceto nos casos de superação de precedentes, vinculados às próprias decisões (*stare decisis* horizontal)”. PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 - uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 248, 2015, p. 337.

⁴⁴³ MITIDIERO, Daniel Francisco. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, SP, 2012, n. 206, p. 62.

⁴⁴⁴ A segurança jurídica enquanto direito da sociedade é defendida por Lucas Buril como forma de garantir a estabilidade: “É igualmente afrontoso à segurança jurídica a excessiva variação de orientações assumidas pelos precedentes, ainda que em espaço temporal diferido. A fixação da *ratio decidendi* precisa ser respeitada pelo próprio tribunal, evitando a superação do precedente de forma leviana ou incauta. De fato, é preciso perspectivar que, mesmo ao julgar uma demanda individual, o tribunal estará orientando a sociedade, e tanto os particulares que participam do processo como a comunidade de forma geral possuem um direito fundamental à segurança”. MACEDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil, *in* DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 474.

de posicionamentos anteriores. Apenas será possível divergir do que defende o tribunal em qualquer um de seus órgãos, se estiverem presentes os pressupostos autorizadores da superação, que serão novamente repetidos e fundamentados ao longo deste capítulo. É preciso que se vislumbrem os requisitos anteriormente mencionados, a fundamentação que será minudenciada adiante e a atenção à eficácia temporal da modificação, como forma de proteção à confiança. Não só, haverá a oportunidade de defender novamente, ao lado destes pressupostos, o respeito ao contraditório como grande legitimador da superação, entendido como um direito de influência na decisão modificadora e como dever de impedir que a decisão posterior surpreenda negativamente o cidadão, desrespeitando a confiança que ele depositava na Jurisdição. Só assim, diante de todos estes condicionamentos à mudança, serão respeitados, em concreto, os deveres de uniformização e estabilização impostos pelo artigo 926 do CPC/15.

3.4.3 Ausência de fundamentação da decisão que deixa de seguir precedente e a necessidade de fundamentação adequada e específica para a superação: a importância do contraditório como garantia de influência

Neste ponto, busca-se compreender especificamente a relação existente entre o contraditório e a fundamentação no momento da superação do precedente judicial, voltando a análise, basicamente, para a densificação da vaga norma do CPC/15 que exige fundamentação adequada e específica quando da revogação ou modificação do precedente e daquela que impede que o magistrado deixe de aplicar precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de superação.

Para tanto, a análise do duplo discurso que se instaura a partir da decisão judicial, conforme identificado por Daniel Mitidiero, será fundamental. Brevemente, pode-se dizer que o primeiro discurso, voltado para o caso concreto, visa a satisfazer a expectativa da parte quando do ingresso em juízo, trata-se do núcleo do direito ao processo justo, decorrente diretamente do dever constitucional de motivação e é realizado por meio da fundamentação; o segundo discurso

é voltado para a ordem jurídica, já que, visa a satisfazer as pretensões de unidade, igualdade e coerência do direito, trata-se do precedente judicial⁴⁴⁵.

O discurso voltado para o caso concreto liga-se diretamente com o dever de fundamentação (que tem proteção constitucional no artigo 93, inciso IX) e uma das grandes questões quando se trata do tema é: quando se considera efetivamente motivada uma decisão? A resposta é encontrada no princípio do contraditório⁴⁴⁶. Se, conforme foi amplamente defendido no segundo capítulo deste trabalho, o princípio é compreendido como criador de deveres de consulta, diálogo cooperativo com as partes, bem como de um direito de influência decisiva na formação da decisão, parece claro que a decisão judicial apenas se considera fundamentada quando enfrenta expressamente os argumentos conferidos pelas partes quando de suas manifestações processuais⁴⁴⁷.

A proposta se adequa de maneira perfeita à realidade do novo Código de Processo Civil. Duas normas serão aqui abordadas como elo entre a fundamentação e a superação do precedente judicial: o artigo 489, § 1º, inciso VI, do CPC/15, que considera não fundamentada a decisão que deixar de seguir precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção ou a necessidade de superação do posicionamento e o artigo 927, § 4º, que impõe ao magistrado a necessidade de fundamentação adequada e específica quando da modificação de enunciado de súmula, jurisprudência pacificada ou tese adotada em julgamento de casos repetitivos.

Sobre a primeira destas normas, vale lembrar que, para Jaldemiro Rodrigues, o artigo 489, § 1º, em seus incisos V e VI, concretiza o chamado princípio da inércia argumentativa, que impõe a necessidade de ampla argumentação pelo magistrado que, em caso posterior, segue o

⁴⁴⁵ MITIDIÉRO, Daniel Francisco. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 206, 2012, p. 62.

⁴⁴⁶ Dierle Nunes e André Frederico Horta chamam a atenção para a necessidade de construção integrada da decisão, com valorização da comparticipação, para que o novo Código não se torne apenas uma continuidade do “velho”: “Caso a nova lei não seja interpretada em sua unidade e em conformidade com a teoria normativa da comparticipação, corre-se o risco de manter-se o “velho” modo de julgamento empreendido pelos magistrados, que, de modo unipessoal (solipsista), aplicam teses e padrões sem a promoção de juízos de adequação e aplicabilidade ao caso concreto, citando ementas e súmulas de forma descontextualizada, e não se preocupando em instaurar um efetivo diálogo processual com os advogados e as partes, especialmente se a doutrina não reassumir a função e a postura crítica que dela se espera, ao contrário de se conformar em repetir o ementário e os enunciados sumulares de uma prática jurisprudencial que se vale, em um círculo vicioso, dos mesmos enunciados e ementas”. NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/15: uma breve introdução, in DIDIER JUNIOR, Fredie. **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 306.

⁴⁴⁷ MITIDIÉRO, Daniel Francisco. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, 2012, n. 206, p. 64.

precedente firmado no caso paradigma e, ainda, exige carga de argumentação ainda mais alta quando se pretende afastar a aplicação do precedente a um caso que em tudo é semelhante⁴⁴⁸.

Ao não aplicar o precedente invocado pela parte, poderia o magistrado tentar disfarçar a superação do entendimento, sem deixá-la explícita. A superação dissimulada ou implícita de um precedente merece repúdio no Brasil⁴⁴⁹, por qualquer meio que venha a ocorrer, quando o tribunal simplesmente ignora o precedente ou quando redefine a *ratio decidendi* sem que qualifique tal procedimento como uma verdadeira modificação, isso porque haveria violação explícita do dever de levar em consideração o precedente, o chamado dever de autorreferência⁴⁵⁰-
451

⁴⁴⁸ Jaldemiro Rodrigues explica com detalhes que a desconsideração do precedente, quer na dimensão vertical, quer na horizontal, exige uma argumentação qualificada tanto no que diz respeito à superação quanto à distinção do precedente, “(a) ora demonstrando que o precedente se formou equivocadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica; (b) ora demonstrando que no caso em julgamento há fatos relevantes que o distanciam do caso em que se formou o precedente (*distinguishing*)”. ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 239, p. 389. Em artigo ainda mais recente, o autor vai além e afirma que “a inércia argumentativa intervém em favor do estado de coisas existentes, que só deve ser alterado, se houver justificadas razões para a mudança, se houver prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete”. ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. In DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 696.

⁴⁴⁹ Odilon Romano Neto chega a afirmar que, em virtude da exigência de fundamentação adequada e específica do artigo 927, §4º, do CPC/15, a modificação implícita seria impossível no ordenamento brasileiro e não apenas indesejável. ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 379.

⁴⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial**, São Paulo, Noeses, 2012, p. 389. No mesmo sentido, Alexandre Bahia e Diogo Bacha e Silva lembram que a aplicação do precedente é um processo argumentativo; assim, quando a parte invoca a aplicação de um precedente, o juiz precisa dar resposta à sua indagação: “De outro lado, se, como dito acima, a decisão precisa enfrentar todas as teses que possam afetar seu julgamento, logo, se a parte se fundar em norma, súmula, jurisprudência, o juiz tem de responder a essa questão, apenas podendo deixar de segui-los caso faça um *distinguishing* (distinção) ou um *overruling* (superação). Ou seja, a aplicação de precedentes é um processo argumentativo, onde o precedente se torna o ponto de início do debate judicial, jamais tendo o condão de fechar o processo hermenêutico das partes e do julgador”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e . O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. *Direito, Estado e Sociedade (Impresso)*, v. 46, 2015, p.56.

⁴⁵¹ De maneira categórica, Alexandre Bahia e Paulo Iotti se manifestam contra a carência de fundamentação para superação do precedente, inserindo esse problema dentro de uma cultura de subsunção cega, decorrente da falta de uma teoria consistente sobre precedentes no direito brasileiro: “Que fique que bem claro, não somos contra a vinculação aos precedentes: nos opomos a uma subsunção cega avaliativa dos precedentes, ou seja, à aplicação do precedente sem se atentar às peculiaridades do caso concreto para fins de distinção (*distinguishing*) ou à evolução do pensamento jurídico ou deficiência da fundamentação para fins de superação (*overruling*) da decisão em questão. E uma tal subsunção é o que vemos na normalidade das decisões judiciais até então. Claro que há exceções, contudo, falta entre nós uma teoria dos precedentes que possa sustentar tantas alterações já postas e ainda por vir com o Novo CPC”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti . O Dever de Fundamentação,

Se o magistrado decide superar o precedente, tendo competência para tanto, que o faça de maneira expressa e convoque as partes para fornecerem seus argumentos, de modo a influenciar sua decisão, isso porque, caso simplesmente deixe de aplicar o precedente invocado, sua decisão será eivada de vício originário, por ser considerada sem fundamentação⁴⁵². Devem ser demonstrados os requisitos que motivaram a superação que, como já analisados neste trabalho, consistem, notadamente, no erro ou equívoco do órgão julgador, que causa a injustiça no julgamento, na falta de congruência social do precedente, que não mais condiz com os anseios da sociedade em que se insere ou de consistência sistêmica, que se traduz na incompatibilidade do precedente com o ordenamento do qual é parte⁴⁵³⁻⁴⁵⁴.

A não aplicação de um precedente, sem demonstrar as razões de sua superação, pode esconder, por detrás de si, ainda, a atuação de um órgão incompetente (por não ter sido o autor do julgamento do caso precedente, nem lhe ser hierarquicamente superior) que deixa de aplicar um precedente que muito provavelmente será revogado pela corte competente⁴⁵⁵. Trata-se da técnica já abordada neste trabalho como *anticipatory overruling*, cuja utilização é controversa até mesmo em seu país de origem. Se, muito embora os argumentos contrários à sua utilização, a técnica encontrar guarida na jurisprudência brasileira, ainda assim sua aplicação deverá ser expressa e devidamente fundamentada, rebatendo-se todos os argumentos da parte que requereu a aplicação

Contraditório Substantivo e Superação de Precedentes Vinculantes (overruling) no novo CPC - ou do repúdio a uma nova Escola da Exegese. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2, p. 44.

⁴⁵² Para Dierle Nunes e Alexandre Horta é indispensável que os juízes e tribunais levem a sério as exigências do § 1º, do artigo 489 do CPC que, se desrespeitadas, tornam a decisão nula por ausência de fundamentação idônea. NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/15: uma breve introdução, in DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 331.

⁴⁵³ EISENBERG, Melvin A. **The nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press. 1991, p. 108.

⁴⁵⁴ Vale lembrar que o Projeto de lei 8046, quando de sua tramitação na Câmara dos Deputados, previa exemplificativamente algumas das hipóteses que justificariam superação: Artigo 521, § 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

⁴⁵⁵ Marinoni lembra do *anticipatory overruling* como uma forma de infringir a regra do artigo 489, § 1º, inciso VI, parte final, que considera não fundamentada a sentença que deixa de seguir precedente invocado pela parte sem demonstrar os fundamentos de sua superação. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 341.

do precedente e demonstrando as razões que fazem crer que sua revogação é extremamente provável, tanto que merece ser antecipada.

O tema da fundamentação adequada alcança tão grande importância que Lucas Buril chega a afirmar que um dos pontos mais importantes para o funcionamento da teoria dos precedentes é a forma como a decisão judicial é apresentada, em outras palavras, o que faz com que a decisão seja tida como efetivamente cumpridora do requisito da fundamentação. Trata-se de requisito basilar para o funcionamento dos precedentes, sem que exista uma fundamentação adequada “sequer é possível defender-se uma teoria dos precedentes obrigatórios”⁴⁵⁶.

A fundamentação adequada ainda é adotada pelo legislador em um segundo momento. Dispõe o artigo 927, §4º, do CPC/15, que quando da modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, haverá necessidade de observância de fundamentação adequada e específica, levando em conta os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Novamente, à primeira vista fica evidente que o legislador se esqueceu de vários outros provimentos também considerados pelo mesmo artigo 927 como vinculantes e por meio de uma interpretação sistemática, deve-se concluir que o comando se aplica a todos os enunciados obrigatórios e, por escolha da própria lei, aplica-se também à mudança da jurisprudência persuasiva pacificada, pela confiança legítima que é capaz de criar.

A questão mais relevante diante da análise desta norma é densificar seu conteúdo e conseguir compreender o que é suficiente para que se considere a fundamentação, no momento da superação de precedentes, como adequada e específica. Será seguida aqui a mesma linha de todo trabalho, utilizando o contraditório como ponto determinante. Já se afirmou anteriormente que o contraditório é importante instrumento de participação política por meio do processo, sendo expressão da democracia participativa e, de acordo com a visão constitucionalizada do processo, o dever de fundamentar a decisão judicial tem sempre que ser construído sobre os argumentos conferidos pelos interessados ao longo do processo, seja acolhendo-os ou rejeitando-os, inclusive no que diz respeito a decisão das questões sobre as quais caiba conhecimento de ofício⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ MACEDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil, in DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 483.

⁴⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. (Org.). **Processo e**

O contraditório, enquanto direito de efetiva influência na formação da decisão judicial e como impeditivo de decisões-surpresa, foi recepcionado pelo CPC/15, em seu artigo 10, mas, para além de permitir a ampla participação dos interessados e evitar estas decisões de terceira via, a garantia passou a ter outro papel fundamental no CPC/15: identificar as decisões consideradas imotivadas. Para que seja tida como suficiente e adequada, a fundamentação deve tomar conta todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia alegados pelos litigantes. É preciso repetir quantas vezes for necessário: não se toleram omissões sobre aquilo que poderia modificar o julgamento.⁴⁵⁸

O mesmo raciocínio se aplica à fundamentação da decisão que supera o precedente judicial, já que o julgamento que substitui o precedente revogado ou modificado parcialmente, surgiu em razão da necessidade de congruência social e consistência sistêmica ou em atenção a correção de um equívoco injusto; sua criação não foi livre, mas necessária, indispensável, para a afirmação do direito. De maneira concisa, Lucas Buril densifica a fundamentação adequada e específica como sendo a exigência de: a) demonstração da mudança contextual ou do equívoco existente no precedente anterior; b) demonstração de que as razões para a mudança são mais fortes que as razões que pressionam para a manutenção; c) diante da existência de confiança legítima sobre o precedente superado, esta deve ser tutela devidamente pelo tribunal, através das técnicas disponíveis para tanto⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰. A estes componentes, tomamos a liberdade de incluir mais

Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 52.

⁴⁵⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório do novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, v. 17, n. 1, Jan-jun 2016. p. 186. No mesmo sentido, FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC, **in Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 247, 2011, p. 135.

⁴⁵⁹ MACEDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil, *in* DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 483.

⁴⁶⁰ No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni: “Numa Corte de precedentes não basta simplesmente não estar de acordo com as razões do precedente. Para revogar precedente ou dar nova regulação ao caso, é preciso demonstrar que as antigas razões não podem mais prevalecer. O colegiado, para revogar um precedente, tem um pesado ônus argumentativo”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 359. Juraci Mourão Lopes Filho também concorda que a superação não pode se basear em uma perspectiva individualista e egoística: “Não é essa perspectiva individualista e egoística que fornece motivos relevantes para superar, distinguir ou desafiar precedentes. Devem-se enfrentar as razões expressas e subjacentes do parâmetro anterior e cotejá-las com distinções hermenêuticas (e não somente fáticas e jurídicas) entre os casos ou mudanças sociais, legislativas, históricas ou de compreensão jurídica, ética e de justiça que por ventura não foram

um: d) a demonstração de que todos os argumentos apresentados pelas partes e interessados para manutenção ou modificação do precedente foram devidamente enfrentados, bem como a demonstração de que foi dada ampla publicidade ao julgamento, de modo a garantir a ciência e participação de todos os interessados na superação.

É preciso que se entenda que para a satisfação do comando do artigo 927, §4º, existe um alto ônus argumentativo, já que o magistrado busca estabelecer tese total ou parcialmente contrária à *ratio* estabelecida em um precedente vinculante, o que vai de encontro aos escopos de um sistema de precedentes. Uma orientação já adotada, não pode ser desprezada sem uma razão satisfatória, a explicação que se exige do juiz que assim procede vai além da fundamentação ordinária⁴⁶¹. A existência de um sistema de precedentes traz consigo um alívio do ônus argumentativo daquele que defende a aplicação do precedente, incrementando sobremaneira o ônus daquele que se posiciona em sentido contrário, trata-se da essência do princípio da inércia argumentativa⁴⁶².

Novamente a questão do duplo discurso, defendida por Daniel Mitidiero, se mostra relevante. A decisão que supera um precedente estabelece um discurso com o caso concreto que ensejou a modificação e a fundamentação é o momento de demonstrar para as partes que o contraditório foi respeitado em sua vertente mais ampla, através do enfrentamento de todos os argumentos apresentados; haverá também na decisão de superação um discurso de ordem institucional, voltado para a sociedade, já que a decisão que supera o precedente, coloca-se no lugar dele estabelecendo, então, nova *ratio decidendi*, que será paradigma para julgamentos futuros, por esta razão é tão importante demonstrar o desgaste do entendimento anterior e a razão pela qual sua mudança tornou-se necessária⁴⁶³. Fica claro, com isso, que a decisão da superação

enfrentadas ou foram superadas de um modo geral pelo sistema jurídico como um todo”. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 287.

⁴⁶¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p.181.

⁴⁶² Jaldemiro Rodrigues lembra que cumprir o precedente é para o juiz uma questão de ordem e segurança: “Cumprir a jurisprudência consagrada não é para o juiz apenas uma questão de comodidade ou conformismo, mas um imperativo de ordem e segurança jurídicas. Nada mais contrário ao direito que a incerteza e a instabilidade e nada desacredita mais a justiça e leva a descreer de suas virtudes, do que a versatilidade de suas decisões”. ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, SP, vol. 239, mar. 2014, p. 388.

⁴⁶³ MITIDIERO, Daniel Francisco. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, 2012, n. 206, p. 62.

não tem relevância apenas para o caso concreto que a suscitou, mas possui relevância paradigmática para todos os jurisdicionados sujeitos àquele entendimento, que não podem se sentir vulnerados por uma instabilidade irracional⁴⁶⁴⁻⁴⁶⁵.

A desconsideração do precedente, se feita de maneira desmedida, vai de encontro aos valores que inspiraram a valorização das decisões judiciais, dentre eles a segurança jurídica, a confiança e a isonomia, valores estes que o legislador colocou como parâmetros para a fundamentação da decisão que supera o precedente judicial. A fundamentação adequada tem o condão de assegurar racionalidade e reduzir a discricionariedade judicial, bem como o decisionismo indesejado. Neste ponto, merece nova lembrança a concepção de Hermes Zaneti de que o CPC/15 rompeu com a cultura da jurisprudência meramente persuasiva para assumir o papel normativo dos precedentes judiciais, que não se compatibiliza com modificações subjetivas e irracionais⁴⁶⁶.

O Supremo Tribunal Federal, em abril de 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário 655.265/DF, teve a oportunidade de se manifestar sobre a superação do precedente quando se decidiu pela manutenção do entendimento sobre o momento da comprovação do triênio de atividade jurídica privativa em concursos públicos. Naquele momento, entendeu o tribunal, por maioria, que para a superação, é preciso a demonstração, na decisão judicial, do imprescindível desgaste do precedente no que diz respeito à sua congruência social e consistência sistêmica. Ainda neste julgamento, a Corte reconheceu que o *overruling* impõe um complexo encargo

⁴⁶⁴ PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação dos precedentes no direito brasileiro. in DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 556.

⁴⁶⁵ Infelizmente, esta não é a realidade do Judiciário brasileiro. Dierle Nunes, Rafael Lacerda e Newton Miranda reconhecem, com pesar, que na grande maioria dos casos de superação no Brasil, a decisão não é fruto de um debate preocupado com a criação do novo entendimento, mas meramente de um desrespeito, sem qualquer justificativa, ao precedente anterior: “Quanto aos mecanismos de *overruling*, trata-se de uma das maiores deficiências do Poder Judiciário brasileiro, visto que apenas raramente as partes trazem de maneira contundente as decisões anteriores que terão de ser superadas, ou então em quase nenhuma oportunidade o julgador considera, em sua decisão, as razões que levam-no a superar o entendimento anteriormente tecido. Geralmente, a superação do precedente é feita aleatória e tacitamente pelos próprios Tribunais que, ao invés de debaterem a questão da superação de um julgado com a finalidade de estabelecer outro entendimento, simplesmente julgam de modo diverso, desrespeitando de modo infundado o precedente anteriormente adotado”. NUNES, Dierle. LACERDA, Rafaela. MIRANDA, Newton Rodrigues. O Uso Do Precedente Judicial Na Prática Judiciária Brasileira: Uma Perspectiva Crítica. **Rev. Fac. Direito UFMG** - Belo Horizonte, MG, n. 62, jan./jun. 2013, p. 202.

⁴⁶⁶ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. in DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 410.

argumentativo de modo a demonstrar que a antiga interpretação já se tornou inconstitucional ou está se tornando⁴⁶⁷.

O tribunal apenas se desvincula deste pesado ônus, quando, ao convocar as partes e interessados, da maneira mais ampla possível, como já defendido no tópico anterior, para se posicionar, em prazo comum, contra ou a favor do precedente, reúne os argumentos relevantes fornecidos, rebatendo-os ou endossando-os e, com base nisso, constrói sua decisão, tendo sempre em conta o contexto social e a correção do precedente, bem como os valores que a manutenção do entendimento. Esta sim é a fundamentação que se considera adequada, por atender aos reclamos atuais do contraditório e específica, por delimitar de maneira clara os motivos que levaram à superação.

3.4.4 Eficácia temporal da superação: a modulação e a concretização do contraditório

Neste momento, a análise será destinada principalmente ao artigo 927, § 3º, do CPC/15, que estende a técnica da modulação, antes prevista apenas a nível constitucional, para toda hipótese de alteração da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, bem como para aquelas alterações oriundas de casos repetitivos, tudo em nome da segurança jurídica e do interesse social⁴⁶⁸. Além da análise do âmbito de aplicação e das repercussões desta norma, serão feitas eventuais críticas ao dispositivo, única menção à eficácia temporal da superação. A proteção da segurança poderia ter sido mais incisiva, caso a disciplina fosse mais minudenciada e houvesse a preocupação com técnicas que protegeriam o jurisdicionado diante da modificação, como a sinalização ou o julgamento-alerta.

Reconhecendo esta carência, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou enunciado que orienta os tribunais a sinalizarem para os jurisdicionados acerca da possibilidade

⁴⁶⁷ STF, Pleno, RE 655.2665/DF, Relator Min. Luiz Fux, j. em 13 abr. 2016, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11465268>>. Acesso em 09 out. 2016.

⁴⁶⁸ Vale lembrar que, para Ronaldo Cramer, apenas a segurança jurídica seria um requisito e o interesse social serviria apenas para complementá-la, mas não se poderia jamais imaginar uma situação que clame pela modulação em favor do interesse social, em desacordo com a segurança jurídica. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 157.

de alteração da tese jurídica, o que permitirá, inclusive, que se preocupem em garantir a ampliação do debate sobre o tema, o que garantirá maior legitimidade à decisão⁴⁶⁹. A falta de previsão sobre estas técnicas certamente não impede sua utilização, isso porque são elas decorrência imediata da proteção da confiança, da segurança jurídica, da isonomia e, em última medida, até mesmo do contraditório, valores amplamente amparados pelo ordenamento constitucional.

De início, novo equívoco conceitual merece ser destacado. O legislador, ao prever a modulação, falou em jurisprudência dominante e em jurisprudência oriunda do julgamento de casos repetitivos. Ora, quando se pensa em jurisprudência faz-se menção a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos que podem demonstrar a tendência de um tribunal⁴⁷⁰, de modo que é importante proteger o cidadão da variação da jurisprudência, mas tão ou mais importante é protegê-lo diante da alteração de precedentes, ou seja, “um *leading case* que modifique ou crie uma nova tese jurídica”⁴⁷¹, que constitua acréscimos para o sistema e que, nas hipóteses eleitas pelo próprio legislador, podem ser vinculantes para casos posteriores.

Três perguntas aqui se fazem então necessárias: por que tratar apenas da modificação da jurisprudência e não de todo precedente e principalmente daqueles vinculantes? Uma vez estendida a previsão para abarcar a modificação de casos precedentes, por que mencionar em um dispositivo com caráter de norma geral, apenas os julgamentos repetitivos, deixando de lado os acórdãos em incidente de assunção de competência, os enunciados de súmulas do STF (vinculantes ou não) e do STJ, a orientação do plenário ou do órgão especial? O que justifica a opção do legislador para a aplicação da modulação?

Novamente, a interpretação sistemática parece ser a única forma de “salvar”, neste ponto, a disciplina da superação⁴⁷². Inclusive, assim era a previsão do artigo 521, §10º, do Projeto de Lei 8046, substitutivo da Câmara ao PLS 166, que previa a modulação para as hipóteses de alteração

⁴⁶⁹ Enunciado nº 320: 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.

⁴⁷⁰ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Italia, a. 61, n. 3, 2007, p. 795.

⁴⁷¹ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 328-329.

⁴⁷² No mesmo sentido defende Ronaldo Cramer. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 158.

da jurisprudência dominante, sumulada ou não, bem como de precedentes. A redução do texto ficou como mais uma herança da “faxina” conceitual feita durante a tramitação do CPC/15 e merece ser corrigida pela interpretação⁴⁷³.

Superada a questão acima, para adentrar no tema da modulação, vale aqui uma lembrança de um tema que já foi analisado no primeiro capítulo deste trabalho. Embora os Estados Unidos da América tenham difundido a possibilidade de superação prospectiva, certo é que a eficácia temporal da modificação ou revogação do precedente, tradicionalmente, é retroativa, isso com base em uma noção de que o precedente equivocado jamais existiu e, por isso, precisa substituído desde os primórdios de seu surgimento. Ocorre que, como lembra Robert Summers, existem ao menos três justificativas para o *overruling*: a) a primeira ocorre quando inovações tecnológicas tornam o precedente obsoleto; b) a segunda se verifica quando os valores substanciais que sustentavam o precedente não encontram mais correspondência, em razão do desenvolvimento moral e social; c) a terceira forma se dá quando o precedente é dotado de equívoco desde o princípio⁴⁷⁴.

Da análise destas três justificativas, fica claro que nem sempre o precedente possui erro originário, que justifique sua superação retroativa, muitas vezes a sociedade se orientou por sua *ratio* por ser ela perfeitamente correta, apenas tendo se evidenciado sua defasagem, o que não justifica a frustração da confiança dos cidadãos. A técnica adotada pelo ordenamento brasileiro para proteção da segurança jurídica no momento da superação, embora salutar, é bom lembrar, ainda tem sua aplicação discutida em seu país de origem, onde se caminha, desde a década de 90, rumo à definição da aplicação retroativa como regra⁴⁷⁵.

Durante muito tempo, no Brasil, sequer se discutiu a questão da modulação da eficácia temporal, o que levou Ravi Peixoto a afirmar que este era um “não-tema”, sequer aventado pela jurisprudência⁴⁷⁶. Apenas diante do surgimento de casos práticos que mostravam quão esdrúxula

⁴⁷³ Art. 521, § 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

⁴⁷⁴ SUMMERS, Robert S. *Precedent in United States*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 396-397.

⁴⁷⁵ SUMMERS, Robert S. *Precedent in United States*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 398.

⁴⁷⁶ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 263.

seria a eficácia retroativa, o legislador se atentou para o tema e as primeiras disciplinas surgiram com as leis do controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9868/99 e art. 12 da Lei 9882/99), bem como com a possibilidade de modulação na disciplina da súmula vinculante (art. 4º da Lei 11417/06). Entendendo que, assim como no controle concentrado de constitucionalidade, também no caso de variação jurisprudencial e de alteração de precedentes, a aplicação retroativa poderia não ser a técnica mais indicada, o CPC/15 amplia sobremaneira a abrangência do instituto.

A ampliação foi positiva, como já defendido, a segurança jurídica comporta um triplo aspecto: a cognoscibilidade exige que o direito seja conhecido por seu destinatário; a confiabilidade trata da capacidade de antecipação do espectro de consequências aplicáveis e a calculabilidade é o que impede modificações jurídicas repentinas, atuando sempre em busca da estabilização⁴⁷⁷. Quando a superação prejudicar o conhecimento do direito pelo jurisdicionado e acarretar uma verdadeira quebra de estabilidade, certamente ferirá a segurança jurídica e a modulação será necessária. Aliás, o próprio legislador reconheceu a modulação como garantia de segurança jurídica, ao inseri-la no artigo 927, § 3º, do CPC/15.

Conforme já salientado, o CPC/15, feita a interpretação extensiva já proposta, andou bem ao ampliar o instituto da modulação nos casos de superação de precedentes, mas quais seriam, então, os principais problemas ligados a este dispositivo? Certamente, um grande entrave à implementação dos escopos da norma do artigo 927, § 3º, é a falta de padrões decisórios que permitam inferir quando a modulação torna-se necessária. Em outras palavras, quando efetivamente há afronta à segurança jurídica que justifique afastar a eficácia retroativa. A falta destes padrões foi constatada por Ravi Peixoto, em trabalho minucioso destinado especificamente à análise da modulação na nova lei processual, a partir da avaliação de diversas decisões do STF em superação de precedentes, que modularam ou não os efeitos do julgamento⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁴⁷⁸ Nas palavras do autor: “É elogiável a postura de admitir a modulação de efeitos no caso da superação de precedentes pelo STF, mas a forma com que o faz não aumenta a previsibilidade do sistema. Pelas decisões tomadas até hoje, não é possível ao jurisdicionado ter um mínimo de condições de prever sua conduta com base em entendimentos consolidados pelo STF, não tendo capacidade de prever que situações possam a vir a ser beneficiadas pela modulação de efeitos [...] O princípio da segurança jurídica não alcançou um padrão decisório em nossa Corte suprema”. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 298.

O legislador de 2015, ao instituir as bases para um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, como já foi dito exaustivamente neste trabalho, perdeu a oportunidade de dispensar maior atenção para o regramento da superação de precedentes. Pelo dispositivo ora comentado, não se sabe sequer qual foi a regra adotada para a eficácia temporal da superação de precedentes, se retroativa, se prospectiva. Simplesmente não há definição. Assim como não há melhor delineamento das hipóteses que admitiriam a superação prospectiva através da modulação.

Existem ao menos cinco possibilidades sobre os tempos da modulação. A aplicação retroativa seria dividida em pura e clássica, sendo que em ambas o novo precedente aplica-se aos fatos ocorridos no passado e depois de seu surgimento. A grande diferença é que a aplicação retroativa pura determina a incidência do novo precedente, inclusive, aos casos com sentença transitada em julgado ou fulminados pela prescrição ou decadência; enquanto na clássica, não há incidência em tais situações⁴⁷⁹.

A aplicação prospectiva é dividida em pura, clássica e a termo. Na primeira, o novo precedente não se aplica sequer ao caso que ensejou seu julgamento, somente incidindo sobre os casos futuros; na clássica, a incidência também é futura, mas há uma exceção, já que há efeitos retroativos em relação aos fatos do caso em julgamento; por fim, na aplicação retroativa a termo, há a fixação, no próprio julgamento que altera ou revoga o precedente, de um *dies a quo* a partir do qual a decisão surtirá efeitos, isso para ensejar a maturação do debate⁴⁸⁰.

Novas perguntas se impõem. Qual seria, então, a grande regra adotada pelo ordenamento processual brasileiro? Quais seriam os requisitos para a aplicação da eficácia prospectiva? E, por fim, quando possível a superação prospectiva, qual teria sido a escolha do legislador: pura, clássica ou a termo?

Respondendo à primeira pergunta, estamos com Ravi Peixoto⁴⁸¹⁻⁴⁸², quando defende que a regra é da retroatividade da modificação jurisprudencial e de precedentes, mas sem que sejam

⁴⁷⁹ 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.

⁴⁸⁰ 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. 169.

⁴⁸¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 308.

⁴⁸² A tese da retroatividade como regra é, na verdade, defendida há muito por Humberto Ávila. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 492-493.

atingidos os casos com sentença transitada em julgado, porque a qualidade da coisa julgada, ao aderir à decisão judicial, fortalece a proteção da confiança e não pode ser ignorada. Adequando a proposta à classificação de Jaldemiro Rodrigues⁴⁸³, o que se defende neste trabalho é a regra da retroatividade clássica da superação⁴⁸⁴.

Certo é que a dúvida sobre a regra adotada pelo ordenamento crescerá na doutrina em razão da disposição do artigo 966, inciso V, do CPC/15, que prevê a possibilidade de ação rescisória em caso de violação manifesta à “norma jurídica”, substituindo o artigo 485, inciso V, do CPC/73, que falava em manifesta violação à “lei”⁴⁸⁵. Já há quem defenda que, se um precedente é modificado, a norma jurídica também muda e a decisão rescindenda teria violado esta norma, o que permitiria à parte buscar o emprego da nova interpretação a seu caso, muito embora já tenha ele transitado em julgado⁴⁸⁶.

Não é objeto deste trabalho avaliar o alcance da ação rescisória nesta hipótese, apenas interessa compreender que, ainda com a modificação do artigo 966, inciso V, entende-se que a regra quanto à modificação de precedente continua sendo a eficácia retroativa clássica, sem que se atinjam os casos com sentença transitada em julgado⁴⁸⁷. Tanto a eficácia prospectiva como a eficácia retroativa pura, são situações que dependem da comprovação de seus requisitos intrínsecos para serem reconhecidas. Concordamos com Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha quando defendem que se a decisão tiver conferido à norma jurídica uma interpretação sem

⁴⁸³ 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.

⁴⁸⁴ De maneira diversa da tese aqui defendida encontra-se o enunciado 55 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “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”.

⁴⁸⁵ A alteração já era, desde muito, requerida por doutrinadores como Ronaldo Cramer, que dedicou sua dissertação de Mestrado à análise do tema. CRAMER, Ronaldo. **Ação rescisória por violação de norma jurídica**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

⁴⁸⁶ Esta é a posição, por exemplo, de Ronaldo Cramer. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 174.

⁴⁸⁷ Sobre a rescisão para fazer valer o precedente obrigatório desconsiderado indevidamente, parece não haver maiores dúvidas; neste caso configura-se a manifesta violação à norma jurídica. A grande questão situa-se na discussão sobre a modificação do precedente que era vigente e foi aplicado à decisão rescindenda. MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/15. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 253.

qualquer razoabilidade; ou se aquela interpretação era incoerente e inconsistente com o ordenamento vigente; ou se tratou o caso de maneira diferente de casos semelhantes, sem que tenha sido apontada a distinção, nestes casos haverá manifesta violação, apta a ensejar rescisão⁴⁸⁸.

Se, à época da decisão, a interpretação veiculada no precedente era consistente, coerente e razoável, ainda que haja modificação, não há que se falar em rescisão⁴⁸⁹. Marinoni chega, inclusive, a defender que neste aspecto não haveria diferenciação entre precedente sobre norma constitucional, proferido pelo STF, ou infraconstitucional, devendo-se adotar sempre a mesma diretriz: se uma norma gera dúvida interpretativa, a decisão que adota uma das interpretações razoáveis não pode ser rescindida⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 495.

⁴⁸⁹ Sobre o tema, os Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha propõem, inclusive, interessante releitura da súmula 343, do STF, à luz do CPC/15, que determina que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Segundo eles, a súmula continuaria vigente, apenas para os casos em que houver divergência entre tribunais, sem que, ao tempo da decisão rescindenda, houvesse manifestação vinculante do STJ ou STF (artigo 927) e nos casos em que havia posicionamento do STJ ou STF e ele foi seguido na decisão rescindenda, mas posteriormente foi alterado pelos tribunais superiores. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 495-496. A manutenção da súmula segundo estas condicionantes parece mais coerente com a dessa da segurança jurídica, do que seu total cancelamento, como propõe Welder Queiroz dos Santos. SANTOS, Welder Queiroz dos. Ação rescisória no projeto de novo CPC: do anteprojeto ao relatório-geral da Câmara dos Deputados. **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Brun; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. 1ª ed. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 712. Discordando apenas em parte com Fredie Didier Júnior, Jaldemiro Rodrigues entende que nos casos em que não havia ainda qualquer pronunciamento dos tribunais superiores, surgindo posteriormente um precedente novo sobre o tema, deve haver possibilidade de rescisória. Nos casos em que o precedente surge para revogar ou modificar outro anterior já existente, defende o autor que não seria o caso de rescisão, por ser hipótese de decisão surpreendente. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredi; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. (Org.). **O projeto de novo Código de Processo Civil** - Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. 1ªed.Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1, p. 387.

⁴⁹⁰ Nas palavras do autor, argumentando que ação rescisória nestes casos seria fundamentada em *ius superveniens*, e não em norma, o que não se pode admitir: “Não pode haver dúvida que, se uma norma gera dúvida constitucional, expressa pela circunstância de existir dúvida interpretativa no controle difuso da constitucionalidade realizado pelos juízes e pelos tribunais, a decisão que adota uma das interpretações razoáveis não pode ser rescindida. Na realidade, pouco importa, para efeito de rescindibilidade, se a norma é constitucional ou infraconstitucional, já que ambas podem gerar dúvida interpretativa e, nesta dimensão, excluir a ação rescisória. Portanto, a ação rescisória que se dirige contra decisão que tratou de questão prejudicial sobre a qual recaía divergência interpretativa não é fundada em violação de norma, mas em *ius superveniens*. Isto se torna evidente quando se percebe que esta rescisória não se preocupa com o teor da decisão rescindenda, ou seja, com a circunstância de a decisão ter ou não violado manifestamente uma norma, bastando para a procedência do pedido apenas um pronunciamento do STF com sinal contrário ao da decisão rescindenda. Sustenta-se que a ação é fundada em “violação literal de lei” (art. 485, V, do CPC/1973) ou em “violação de norma jurídica” (art. 966, V, do CPC/2015) porque não há, nem poderia haver, ação

Nas próximas linhas, para avaliar um dos objetivos centrais deste tópico (os requisitos da modulação), será possível perceber a importância da confiança legítima na manutenção do precedente como forma de justificar eficácia prospectiva. Esta mesma confiança impede que, em qualquer caso, simplesmente por ter sido modificado o precedente, sejam atingidas todas as situações protegidas pela coisa julgada⁴⁹¹.

Sobre o tema, é preciso lembrar também dos artigos 525, § § 12º e 15º e artigo 535, § §5º e 8º, do CPC/15, que consideram inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, permitindo o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada, caso findo o processo⁴⁹².

À parte a discussão sobre a coisa julgada inconstitucional⁴⁹³ e sobre a possível inconstitucionalidade dos dispositivos⁴⁹⁴, o importante, para este tópico do trabalho, é entender

rescisória amparada em *ius superveniens*". MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista de Processo**, São Paulo, SP v. 251, 2016, p. 296.

⁴⁹¹ O Supremo Tribunal Federal no Re n. 590.809, julgado em 22 de outubro de 2014, defendeu, inclusive, a necessidade de proteger a confiança legítima no momento de avaliar o cabimento de rescisória em caso de mudança da jurisprudência, mesmo em sede constitucional e um trecho elucidativo do voto do Min. Marco Aurélio merece transcrição: “Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse “conformar” os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional. Neste processo, ainda mais não sendo o novo paradigma ato declaratório de inconstitucionalidade, assento a possibilidade de observar o Verbetes nº 343 da Súmula se satisfeitos os pressupostos próprios”. STF, Pleno, Re 590.809/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/10/2014. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7303880>>. Acesso em 09 nov. 2016.

⁴⁹² Fredie Didier Jr., lembra que se a decisão do STF já havia sido proferida e foi desconsiderada pela decisão rescindenda, haverá clara violação à norma jurídica, que autoriza rescisória. Se, contudo, a decisão do STF for posterior à formação da coisa julgada, a rescisória tem como hipótese de cabimento os artigos 525, § § 12º e 15º e artigo 535, § §5º e 8º, do CPC/15, havendo, para o autor, nova hipótese de rescindibilidade, diferente daquela do artigo 966, inciso V. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 497-498.

⁴⁹³ O tema foi amplamente discutido por Odilon Romano Neto em sua dissertação de mestrado, recomendada para o aprofundamento do tema. ROMANO NETO, Odilon. **Coisa Julgada Inconstitucional**: proposta interpretativa dos artigos 475-L, § 1o, e 741, parágrafo único, do CPC. 2010. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

⁴⁹⁴ Marinoni argumenta pela inconstitucionalidade dos dispositivos com os seguintes fundamentos: “Ora, a admissibilidade de alegação de decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada é uma exceção à sua intangibilidade, pouco importante se a alegação é admitida para inibir a execução ou para fundamentar a ação

que o dispositivo trata apenas das decisões do STF sobre constitucionalidade no controle concentrado e difuso, as quais deverão retroagir segundo o CPC/15⁴⁹⁵. Fato é que o CPC/15 estabelece meios processuais para a aplicação retroativa pura do precedente, contudo, isso não autoriza dizer que esta tenha se tornado a regra no ordenamento processual civil brasileiro.

Feitas estas ressalvas, passa-se, então, à análise da segunda pergunta, de modo a sistematizar os requisitos que parecem ser os mais adequados para nortear a modulação. Por ser o objeto desta pesquisa mais abrangente do que a análise da modulação, serão avaliadas apenas três propostas, todas elas nacionais, construídas depois da tramitação do CPC/15.

Jaldemiro Rodrigues defende proposta recente e de grande coerência teórica, segundo a qual a retroatividade do precedente estaria diretamente ligada à novidade da norma que este anuncia. Para o autor, para alcançar a questão da eficácia temporal do precedente, é indispensável compreender a premissa de que, principalmente com o advento do constitucionalismo, a função do juiz não se limita apenas a declarar a lei. Na contemporaneidade, ao decidir uma demanda, o juiz cria duas normas: uma de caráter geral e natureza expansiva, fruto de sua interpretação dos fatos da causa em confronto com o ordenamento como um todo e uma norma jurídica individual, que constitui a sua decisão para aquela questão em concreto. À norma jurídica, presente na fundamentação, chama-se *ratio decidendi*, sendo aplicável, assim, a outros casos, que não aquele que lhe deu origem, o que faz concluir que tem ela eficácia prospectiva; já a norma individual, é

rescisória. Obstaculizar a executabilidade da sentença é negar o título executivo ou a coisa julgada que a sustenta. Recorde-se que a coisa julgada sempre foi considerada um fundamento lógico-jurídico da execução (definitiva). Da mesma forma, como ainda é mais evidente, ação rescisória com base em posterior declaração de inconstitucionalidade é uma macro exceção à intangibilidade da coisa julgada material. (...) Tudo isso significa que os juízes e tribunais não devem aplicar o § 15 do art. 525 do CPC/2015, dada a sua inescandível e insuperável inconstitucionalidade. Aliás, como será visto a seguir, o STF recentemente declarou a impossibilidade de ação rescisória baseada em ulterior precedente da sua lavra exatamente sob o fundamento de que isso configuraria violação da garantia constitucional da coisa julgada material”. MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista de Processo**, São Paulo, SP v. 251, 2016, p. 297-298.

⁴⁹⁵ A possibilidade de inexigibilidade de título executivo com base em superveniente entendimento do STF já foi muito criticada pela doutrina, conforme se percebe nas palavras de Leonardo Greco, referindo-se ao antecedente no CPC/73 do artigo 535, § 5º, do CPC/15: “Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do artigo 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso da declaração erga omnes pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessará a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do artigo 471 do CPC”. O mesmo autor é crítico veemente da amplitude da ação rescisória no ordenamento processual civil brasileiro. GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior. **Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, 2002, p. 10-11.

voltada apenas para a solução do caso, o que permite afirmar que atinge fatos passados, retroagindo⁴⁹⁶.

Estabelecida esta premissa, o autor classifica os precedentes de acordo com sua novidade da seguinte forma: a) novo precedente em sentido não surpreendente, que ocorre quando os Tribunais Superiores julgam pela primeira vez a matéria, através de decisão paradigmática; b) novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito, quando o tribunal profere entendimento diverso daquele até então existente na comunidade jurídica e na jurisprudência sobre determinado assunto; c) precedente revogador ou modificador, que ocorre quando o tribunal revoga ou altera seu entendimento anterior⁴⁹⁷.

A partir dessa classificação, Jaldemiro Rodrigues divide a eficácia temporal. O precedente não surpreendente pode ter eficácia retroativa; quanto ao precedente diverso da concepção geral do direito, por sua vez, o que define a eficácia temporal é a análise do acerto das decisões dos tribunais inferiores, diante do cenário fático-normativo que possuíam à época e, segundo essa conclusão, seria possível atribuir eficácia retroativa ou prospectiva; por fim, quanto ao precedente revogador ou modificado não há dúvidas, sua eficácia é sempre prospectiva, pela surpresa que causa sobre os jurisdicionados⁴⁹⁸.

Para Luiz Guilherme Marinoni, é importante utilizar a “confiança justificada” como critério para modulação dos efeitos da decisão revogadora. O autor reconhece a constante tensão entre as razões do novo precedente, que surge para estabelecer norma jurídica mais apropriada e a segurança jurídica, principalmente no que ele considera sua feição subjetiva, a proteção da confiança e, ainda, em sua feição previsibilidade. Assim, só haveria “confiança justificada”, quando pautada em critérios que façam crer que o precedente realmente merecia credibilidade à

⁴⁹⁶ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. (Org.). **O projeto de novo Código de Processo Civil** - Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. 1ªed.Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1, p. 374-378.

⁴⁹⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. (Org.). **O projeto de novo Código de Processo Civil** - Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. 1ªed.Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1, p. 378-381.

⁴⁹⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. (Org.). **O projeto de novo Código de Processo Civil** - Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos. 1ªed.Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1, p. 398-401.

época em que os fatos se passaram. Ainda para Marinoni, quando o precedente deixa de ter “congruência social, ancoragem na concepção geral do direito, ou se mostra equivocado, e daí decorrem críticas doutrinárias e distinções inconsistentes da própria Corte, a sua superação não constitui surpresa injusta”⁴⁹⁹. Em outras palavras, os requisitos para a superação devem estar presentes e devem ser tão gritantes que a doutrina já deva tê-los percebido e endossado, bem como os próprios tribunais já devem ter se assustado com a situação atual, criando distinções inconsistentes para deixar de aplicar o entendimento.

Ravi Peixoto, por sua vez, defende que a eficácia prospectiva depende da identificação de quatro requisitos básicos: a) é preciso que efetivamente se identifique uma modificação da linha jurisprudencial anterior de determinado tribunal, havendo verdadeira novidade para os operadores do direito; b) há a necessidade de demonstração de que a parte que requer a eficácia retroativa atuou de boa-fé, em conformidade com o precedente então vigente; c) é indispensável a demonstração de prejuízo em caso de aplicação retroativa; d) por fim, antes de modular os efeitos, o tribunal pode optar por suspender a eficácia do precedente e permitir que o Legislativo se manifeste sobre a questão, por reconhecer que a complexidade a ela inerente requer a criação de regras de transição complexas, não substituíveis pela eficácia prospectiva do precedente modificador⁵⁰⁰.

Ravi Peixoto adaptou a proposta dos holandeses Hans Gribnau e Allan Lubbers⁵⁰¹ que sugerem, basicamente, os mesmos requisitos, contudo, o autor brasileiro, destinou especial atenção à proteção da confiança, defendendo uma análise da cadeia de decisões do tribunal sobre a matéria, de modo a demonstrar que era mantida certa linha decisória e que esta foi

⁴⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 360-361.

⁵⁰⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 308-309.

⁵⁰¹ Vale a transcrição, *in verbis*, dos requisitos propostos pelos autores Lubbers e Gribnau: “*a. the new interpretation signals a sudden and fundamental change; b. groups in society or administrative bodies have acted in good faith and in keeping with the older, rejected interpretation; c. full or partial retroactive force clearly leads to substantial social or administrative problems, seriously disadvantages citizens, or necessitates a full, if pointless, repetition of countless decision-making processes; and d. on balance it is to be preferred that the courts limit these consequences of the retroactive force of transition law themselves, rather than that they leave it to the legislator or the executive*”. LUBBERS, Allard; GRIBNAU, Hans. The temporal effects of Dutch Tax Court decisions. POPELIER, Patrícia; VERSTRAELEN, Saeah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (eds.). **The effects of judicial decision in time**. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 194.

definitivamente modificada ou revogada em um determinado momento ou, ao contrário, que o precedente já se encontrava desgastado e que não permitia alegação de confiança⁵⁰².

Neste ponto, merece destaque a importância de previsões de técnicas como da sinalização e do julgamento alerta, já defendidas neste trabalho, como forma de demonstrar a quebra da base de confiança do jurisdicionado, de modo a evitar ou autorizar posterior modulação. Ora, protege-se de maneira muito mais incisiva a confiança do cidadão quando, por meio de um julgamento, a corte reconhece que o precedente precisa ser revogado, mas permanece aplicando-o, sinalizando, porém, sua inconsistência e apontando a necessidade de sua futura revogação⁵⁰³. Do mesmo modo, não podem alegar confiança legítima, apta a justificar a modulação, os jurisdicionados que foram alertados pelo tribunal, por meio de outros julgamentos, sobre a dúvida em relação àquele precedente, e conseqüente enfraquecimento, bem como foram convocados à auxiliar na formação de uma melhor opinião sobre a revogação ou não do precedente⁵⁰⁴.

Tivesse o legislador dedicado atenção a estas formas intermediárias de decisão, talvez a discussão sobre a modulação da eficácia temporal da superação do precedente seria hoje um pouco mais simples.

Não sendo este, porém, o cenário atual, endossamos a proposta de sistematização dos requisitos para modulação feita por Ravi Peixoto⁵⁰⁵, propondo o acréscimo, neste ponto, de mais um requisito essencial: o nível de debate que permeou a modificação do precedente, em comparação ao impacto na sociedade. Passa-se à explicação. É preciso avaliar se, como tivemos a oportunidade de propor, diante da necessidade de superação do precedente, o tribunal garantiu a máxima publicidade ao julgamento revogador ou modificador, de modo a permitir que todos os interessados, que possuem demandas relativas à mesma tese, possam, querendo, aduzir suas razões para manutenção ou não do posicionamento.

⁵⁰² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 310.

⁵⁰³ Remete-se, novamente, para melhor compreensão da técnica, à parte inicial deste trabalho, bem como aos estudos de Patrícia Perrone Campos. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, RJ, nº241, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵⁰⁴ CABRAL, Antônio do passo. A técnica de julgamento-alerta na mudança da jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, 2013, p. 1-48, n. 221

⁵⁰⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 308-310.

Caso houvesse amplo debate ou, ao menos, ampla publicização, apta a garantir que os interessados, querendo, se manifestassem na condição de *amicus curiae*, certamente o julgamento que superou o precedente seria mais legítimo, por ter respeitado amplamente o contraditório enquanto direito de influência e não surpresa, não apenas das partes envolvidas, mas de todos aqueles que serão diretamente afetados pela alteração. Se, porém, apenas a parte envolvida naquele processo que ensejou a modificação pôde se manifestar, muito embora tantos outros procedimentos estivessem, por exemplo, sobrestados aguardando a fixação da tese, a modulação temporal a termo será medida de rigor, apta a ensejar a participação indispensável à legitimidade da superação.

Vale, assim, sintetizar a resposta para a última pergunta: admitindo-se, então, a superação prospectiva, qual de suas espécies deveria ser adotada? Para responder a esta questão é imprescindível lembrar de um problema que circunda a superação prospectiva desde seus primórdios. Grande crítica sempre pairou sobre a técnica em razão da possível injustiça para com a parte que batalhou para ver o precedente superado e, mesmo tendo logrado êxito, não será beneficiada pela modificação; haveria, segundo Gil Ghatan, um “problema de incentivo”, já que, se o litigante souber que a corte tende sempre a superar seus posicionamentos de maneira prospectiva, não gastará seu tempo e dinheiro buscando a evolução judicial. Existe uma clara tensão, pois com a modulação, a corte evolui o entendimento sem prejudicar aqueles que confiaram na estabilidade dos posicionamentos, contudo, desestimula aqueles que pretendiam envidar esforços para provocar a superação de precedentes.⁵⁰⁶

Diante desse questionamento, surgiu a proposta de que o entendimento superado não atingisse casos passados, salvo aquele que motivou a superação, o que, para a classificação

⁵⁰⁶ Vale a transcrição literal das ideias do autor: “*However, by upholding the reliance interests of the losing party, the Court is simultaneously disregarding the incentive interests of the winning party (hereinafter “the incentive argument” or “the incentive problem”). If a litigant knows that a court is inclined to issue rulings prospectively when overturning an existing law, that litigant is unlikely to sink the time and money costs into arguing for that change. Eliminating a litigant’s incentive to argue for a change in the law may serve to stifle the. Development of the common law. [...] A clear tension exists. By issuing decisions prospectively, a court may be able to advance the common law while upholding the interests of those who reasonably relied upon the earlier rule. But, by issuing decisions prospectively, a court is likely to find itself with decreasing numbers of opportunities to change the law, as litigants will be less inclined to seek such changes*”. GHATAN, Gil J., *The incentive problem with prospective overruling a case: a critique of the practice*. **ABA Real Property, Trust and Estate Journal**, Spring, 2010, p. 16-17. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477030, acesso em 20 out. 2016>. Acesso em 20 out. 2016.

proposta por Jaldemiro Rodrigues, configuraria a chamada superação prospectiva clássica⁵⁰⁷. A proposta foi concretizada pela Corte Suprema de Massachussets nos casos *McIntyre v. Associates Financial Services Co. of Massachusetts, Inc.*, em maio de 1975 e *Bouchard v. DeGagne*, em junho de 1975⁵⁰⁸, o que fez com que a proposta ficasse conhecida, à época, como “*McIntyre-Bouchard approach*”⁵⁰⁹.

O entendimento, porém, parece causar mais problemas do que soluções. Basta pensar na situação do litigante que defendia a mesma tese de superação, mas que, por uma questão de sorte (ou azar) ingressou em juízo pouco tempo depois e, por isso, muito embora sua tese tenha sido vencedora, não será beneficiado pela modificação de entendimento, o que geral um tratamento desigual injustificado. Ravi Peixoto lembra que, no Brasil, esse problema seria ainda mais grave, já que, caso a tese fosse superada em recurso repetitivo, apenas aquele litigante que teve a sorte de ter seu recurso escolhido como representativo da controvérsia, se beneficiaria pela modificação de entendimento, enquanto todos os demais recursos sobrestados teriam decisão diferente⁵¹⁰.

Outra sugestão foi, então, que se aplicasse a superação prospectiva pura, sem que houvesse retroatividade alguma, mas que o Estado indenizasse a parte que conseguiu a mudança de posicionamento⁵¹¹, situação que, a nosso ver, apenas serviria para incentivar uma explosão de ações buscando a superação de precedentes, além de constituir verdadeiro pagamento pela evolução do entendimento, o que não se pode admitir.

Os artigos 11 da Lei 9882/99 e 27 da Lei 9868/99, ao estabelecerem a possibilidade de modulação da eficácia temporal para o controle de constitucionalidade, permitiram a restrição dos

⁵⁰⁷ 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. 169

⁵⁰⁸ Os casos encontram-se disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2059834/mcintyre-v-associates-fin-serv-co-of-mass-inc/>> e <<https://www.courtlistener.com/opinion/2017533/bouchard-v-degagne/>>. Acesso em 20 out. 2016.

⁵⁰⁹ GHATAN, Gil J., *The incentive problem with prospective overruling a case: a critique of the practice*. **ABA Real Property, Trust and Estate Journal**, Spring, 2010, p. 27. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477030>. Acesso em 20 out. 2016..

⁵¹⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 316.

⁵¹¹ GHATAN, Gil J., *The incentive problem with prospective overruling a case: a critique of the practice*. **ABA Real Property, Trust and Estate Journal**, Spring, 2010, p. 31-33. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477030>. Acesso em 20 out. 2016.

efeitos da declaração pelo STF ou a decisão de que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A partir destas previsões, o STF passou a se valer em grande medida da eficácia prospectiva a termo, com a definição de um prazo durante o qual a decisão não surtiria efeitos⁵¹². O mesmo passou a ser feito no controle difuso de constitucionalidade, já que, com a autorização das leis citadas, o STF tem estendido a possibilidade de modulação também para estes casos⁵¹³.

Assim, com a omissão do CPC/15 quanto ao tempo da eficácia temporal da superação, não se pode afirmar, em abstrato, qual seria a melhor opção para a superação prospectiva: se pura, sem atingir sequer o caso que a motivou; clássica, abrangendo o caso que deu origem à modificação ou a termo, com a fixação de marco temporal para o início dos efeitos. É preciso que todas as circunstâncias do caso sejam analisadas para que se chegue à melhor conclusão, solucionando, na melhor medida, a tensão já mencionada⁵¹⁴.

Certo é que o requisito do contraditório é, aqui, um excelente parâmetro. Novamente é preciso que se avalie a repercussão da modificação do entendimento e se compare tal extensão com a amplitude do debate alcançado no julgamento que deu origem à superação do precedente. Caso se evidencie que o contraditório não foi exercido da maneira mais ampla possível, a superação prospectiva a termo poderá ser a melhor solução, de modo que a eficácia do julgamento fique suspensa pelo lapso temporal que se considere necessário isso para ensejar a

⁵¹² ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 202.

⁵¹³ É um exemplo o caso da inconstitucionalidade da Lei Baiana 7619/00, que criou o município de Luiz Eduardo Magalhães e foi declarada inconstitucional, mas manteve sua vigência pelo prazo de 24 meses, vide ADI 2240/07. Além desta, podem ser citadas como exemplos: ADI 4.639/GO; ADI 4.167; ADI 4.357; ADI 4.425; RE 737.011/GO; RE 880.411/SP.

⁵¹⁴ No mesmo sentido, para Ronaldo Cramer, é preciso interpretar a norma da maneira mais ampla possível, admitindo-se todas as três possibilidades de superação prospectiva, conforme se apresentem mais adequadas a cada caso: “Entenda-se modular os efeitos da decisão da maneira mais ampla possível, para aplicar o novo precedente apenas para os casos futuros ou para determinar uma data a partir da qual o novo precedente terá eficácia. Explicando melhor, tomando que a eficácia retroativa da superação é a regra, essa eficácia pode ser modulada conforme as seguintes hipóteses: a) aplicar o novo precedente apenas para os casos posteriores, incluindo o caso em que houve a superação; b) aplicar o novo precedente apenas para os casos posteriores, excluindo o caso em que houve superação; c) aplicar o novo precedente a partir de uma determinada data ou condição”. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 155-156.

maturação do debate dentro da própria corte e pelas partes interessadas na modificação do posicionamento⁵¹⁵.

Trata-se de um bom parâmetro também porque, dentro de um modelo cooperativo de processo, em que não se admite mais a ideia de superioridade entre os sujeitos processuais⁵¹⁶, não se pode defender que o juiz decida pela modulação de ofício, sem sequer consultar as partes sobre seu entendimento sobre a necessidade ou não de postergação dos efeitos da decisão e de que modo. Se as partes, como já se afirmou exaustivamente, devem influenciar na construção da decisão, devem também atuar na construção do capítulo que dispõe sobre seus efeitos *pro futuro*⁵¹⁷, inserindo-se, como já proposto, o contraditório prévio e efetivo como requisito para a modulação da eficácia temporal.

Neste momento de tão relevante projeção, não apenas para o caso concreto em que se modifica o precedente, mas para todos os casos que venham a se beneficiar ou prejudicar pela posição, a ampla participação é requisito inarredável e a influência das partes do processo em

⁵¹⁵ Não se ignora o fato de que os inúmeros filtros (a exemplo da improcedência liminar e do julgamento monocrático de recurso) baseados na existência de julgamento sobre o tema dificultarão o acesso à corte para conferir novos argumentos sobre o tema e ampliar o debate, contudo, ainda neste capítulo, nas páginas 188 e 189, haverá oportunidade para defender que sempre que a parte trouxer a alegação de superação de precedente vinculante, bem como de novos argumentos à superação durante o lapso da modulação, tais recursos e ações não podem ser inadmitidas e, se forem, cabe às partes apresentar simples petição junto ao tribunal competente. CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 162. O novo CPC disponibiliza ainda o instrumento da reclamação, apta a contestar a usurpação de competência para a revogação do precedente por tribunal inferior que não permite que os argumentos da parte cheguem ao tribunal a quem cabe decidir sobre a superação.

⁵¹⁶ Nas palavras de Márcio Carvalho Faria, em síntese sobre os efeitos do reconhecimento de uma visão cooperativa de processo: “A adoção de um modelo co-participativo de processo, a par de fulminar as históricas discussões entre o garantismo e o ativismo, traz ao direito processual, ainda que tardiamente, os influxos democráticos que já inspiraram vários outros ramos do direito. Trata-se do reconhecimento, a um só tempo, (i) da ineficiência de um sistema tido por liberalista que, como Pilatos, resigna as partes à própria sorte, a fazer com que o processo apenas seja um “fator legitimador” – com força de coisa julgada! – das injustiças e discrepâncias (sociais, econômicas, jurídicas, políticas) que já existiam fora dos contornos judiciais; e (ii) da insuficiência do sistema que, ao elevar o juiz a um pedestal, renega às partes o papel de coadjuvantes servis que, à semelhança das mais diversas relações de dominação na história da sociedade (senhor de engenho/escravo; pai/filhos; rei/súditos; sacerdote/fiéis *etc.*), viam no julgador o detentor de “notável saber jurídico” e de uma capacidade (ou até mesmo um dom) de, com um ato isolado e maniqueísta, resolver os problemas que fizeram com que aquelas partes deixassem seus afazeres e obrigações corriqueiros para se dirigirem ao crivo do Judiciário”. FÁRIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 65.

⁵¹⁷ No mesmo sentido, Carlos Henrique de Moraes Bonfim Junior. BONFIM JUNIOR, Carlos Henrique de Moraes. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade: os efeitos *pro futuro***. 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 90.

juízo sobre a modulação é apenas um degrau no debate para a construção desta decisão e precisa ser associado a outros, como a participação dos sujeitos processuais de outros procedimentos que serão diretamente influenciados pela decisão e até mesmo órgãos, pessoas ou entidades que representem adequadamente os interessados, na condição de *amicus curiae*, de modo a melhorar qualitativamente o julgamento⁵¹⁸⁻⁵¹⁹. Só assim será possível conceber uma modulação legítima.

3.5 Em busca de normas sobre o contraditório na superação do precedente judicial em alguns institutos do CPC/15

Em um momento final, o que se busca com este tópico é averiguar se fora das normas gerais que tratam sobre a superação de precedentes, existiria no CPC/15 outras disposições que privilegiem o contraditório neste momento de transição de posicionamentos. Assim, importante fazer breve análise de alguns dos principais institutos que concretizam o que acreditamos ser o inicial sistema brasileiro de precedentes. Serão analisadas as disciplinas do incidente de assunção de competência, do incidente de resolução de demandas repetitivas, dos recursos especiais e extraordinários repetitivos que formam juntos, segundo Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, o chamado microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios⁵²⁰. Profundos trabalhos acadêmicos estão sendo desenvolvidos apenas sobre cada um destes institutos, por esta razão não há a pretensão de esgotar sua análise, mas apenas de fazer um breve delineamento sobre cada um deles, em busca de contribuições para o tema da superação.

⁵¹⁸ Ravi Peixoto também reconhece a necessidade de um contraditório prévio e decisivo para a modulação e endossa o posicionamento de Bonfim Junior sobre a possibilidade, inclusive, de participação do *amicus curiae*. PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 372.

⁵¹⁹ BONFIM JUNIOR, Carlos Henrique de Moraes. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade: os efeitos *pro futuro***. 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 124.

⁵²⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, MG, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015, p. 166.

Começamos pelo incidente de assunção de competência, já brevemente abordado neste trabalho. O incidente, tratado no artigo 947 do CPC/15, é admitido no bojo de recurso, em remessa necessária ou em processo de competência originária e tem por objetivo levar ao órgão colegiado, que inicialmente não seria competente para o processamento da causa, a análise de questões de repercussão social que ultrapassem o interesse individual das partes e exijam um tratamento uniforme. Trata-se, conforme resume Humberto Theodoro Júnior, de um deslocamento interno de competência, que leva a questão ao órgão colegiado, que proferirá julgamento vinculante, como disposto no artigo 927, para todos os juízes e órgãos fracionários a ele vinculados⁵²¹.

O instituto não foi uma novidade do CPC/15, sua previsão inicial no ordenamento processual brasileiro veio com a lei 10.352/001, que inseriu o artigo 555 no CPC/73 estabelecendo o incidente no seu §1º. A mencionada tentativa permitia o deslocamento de um recurso para outro órgão julgador, quando, diante de relevante questão de direito, fosse conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. Nesse caso, caberia, então, ao órgão colegiado o julgamento do recurso. O incidente de assunção de competência poderia ser suscitado quando se mostrasse conveniente prevenir possível divergência, de modo que se tratava, pois, de instituto preventivo da divergência jurisprudencial, impedindo que temas relevantes eventualmente recebam tratamento contraditório dentro do mesmo tribunal, o que frustraria a necessidade de tratamento isonômico das partes⁵²².

O caráter preventivo continua presente no incidente no regime do novo CPC e este é um dos pontos que o difere do incidente de resolução de demandas repetitivas, já que o primeiro ocorre quando ainda não se instaurou a divergência entre os posicionamentos decisórios, não se exigindo, pois, a repetição em múltiplos processos da questão jurídica que pode suscitar a divergência interna. Com estas explicações iniciais é possível sintetizar os pressupostos de instauração do incidente: a) existência de processos em curso, sem julgamento proferido; b)

⁵²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 442.

⁵²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 572-573.

divergência entre órgãos do mesmo tribunal e não de tribunais diversos sobre questões relevantes e de grande repercussão social; c) inexistência de repetição em múltiplos processos⁵²³⁻⁵²⁴.

Os parágrafos 1º e 2º do artigo 947 tratam apenas sobre questões procedimentais da assunção, como a legitimidade, que será do próprio juiz, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, com ampliação do rol dos legitimados em relação ao CPC/73 (§ 1º). Além disso, há disposições sobre as fases do incidente indispensáveis a seu julgamento, tais como a decisão sobre a existência ou não de interesse público que justifique a assunção (§ 2º).

Por fim, o § 3º do artigo 947, trata dos efeitos do julgamento feito pelo órgão colegiado, dispondo expressamente que haverá vinculação dos órgãos fracionários, salvo se houver revisão da tese pelo próprio colegiado que julgou a matéria. Não há dúvidas, corroborando o disposto no artigo 927 do CPC/15⁵²⁵, que eventual precedente formado no julgamento da assunção de competência será vinculante e deverá, portanto, ser necessariamente observado pelos órgãos hierarquicamente inferiores ao prolator da decisão. Ocorre que o dispositivo apenas fez breve menção à possibilidade de superação da tese fixada no precedente (como era de se esperar para a própria evolução do sistema) e condiciona sua realização pelo próprio órgão julgador do incidente, mas nada acrescentou à disciplina da superação, tornando indispensável a aplicação das normas gerais que impõem, por exemplo, a fundamentação adequada e específica, a possibilidade de modulação e a necessidade de ampla participação, além de todos os acréscimos e releituras que já foram feitos nos itens anteriores sobre estas normas⁵²⁶.

⁵²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 442.

⁵²⁴ Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier esclarecem que o incidente é cabível em qualquer Tribunal, até mesmo nos Superiores e em qualquer causa que tramite naquele Tribunal: “O incidente de assunção de competência pode ser instaurado em qualquer tribunal, inclusive nos tribunais superiores. Enquanto não julgada a causa ou o recurso, é possível haver a instauração do incidente de assunção de competência, cujo julgamento produz um precedente obrigatório a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados. O incidente de assunção de competência é admissível em qualquer causa que tramite no tribunal”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, MG, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015, p. 165.

⁵²⁵ No mesmo sentido, defendendo que a formação de precedente obrigatório é, inclusive, um dos objetivos do instituto, estão Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, MG, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015, p. 166.

⁵²⁶ Assim também, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha: “A alteração da tese jurídica adotada no incidente de assunção de competência, que deve observar a necessidade de fundamentação adequada e específica,

Concluindo a análise deste incidente, é possível verificar que a disciplina da superação não sofreu qualquer acréscimo a partir destas normas, assim como também não houve evolução da proteção do contraditório neste momento de transição de posicionamentos estáveis. Com efeito, todas as considerações feitas ao longo do trabalho, devem ser aqui amplamente aplicadas, sem qualquer restrição⁵²⁷.

Passa-se, assim, à análise de uma das grandes novidades do CPC/15: o incidente de resolução de demandas repetitivas, tratado entre os artigos 976 e 987. O grande objetivo deste incidente, segundo Aluísio Mendes e Roberto de Aragão Rodrigues, é impedir o surgimento de decisões antagônicas mediante a definição prévia de uma tese jurídica comum, obrigatória e aplicável a um grande número de causas individuais repetitivas⁵²⁸. Além disso, em última análise, o que se busca é a garantia da decisão mais justa através da aplicação isonômica da lei para casos idênticos, tornando previsível a ação estatal para com os cidadãos e resguardando, em última análise, a segurança jurídica⁵²⁹.

Identifica-se como uma de suas inspirações, o procedimento-modelo alemão, denominado *Musterverfahren*, cujo escopo também é estabelecer decisões de questões comuns a litígios individuais, fixando posicionamento sobre estas matérias. Uma das grandes diferenças em relação ao incidente brasileiro é que, no procedimento alemão, pode haver decisão tanto sobre questões

considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que ofereçam condições de contribuir para a rediscussão da tese, podendo haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**. Belo Horizonte, MG, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015, p. 167.

⁵²⁷ À mesma conclusão chegou Odilon Romano Neto: “Assim como em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, o novo Código foi absolutamente omissivo em relação ao procedimento a ser adotado para a revisão de tese em sede de incidente de assunção de competência”. ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 419.

⁵²⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 211, ano 37, set. 2012, p. 194.

⁵²⁹ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Org.). **O novo Código de Processo Civil Brasileiro. Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 447.

fáticas, como jurídicas, enquanto o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas pode versar sobre questões de direito⁵³⁰.

O PLS 166/2010, ao prever inicialmente o instituto, no artigo 930, dava a ele caráter preventivo, possibilitando sua instauração sempre que fosse identificado controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito. Com o objetivo de evitar a formação de decisões precoces, o artigo 976 do CPC/15⁵³¹ modificou os contornos do instituto, ao estabelecer que este só será possível se houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito⁵³².

Sobre a legitimidade, o artigo 977 admitiu a instauração do incidente de ofício, pelo juiz de primeiro grau ou pelo relator, bem como mediante requerimento das partes, do Ministério Público e da Defensoria, sendo que estes dois órgãos, por não haver limitação legal, podem requerer a instauração mesmo quando não forem partes, desde que haja interesse compatível com o exercício de suas funções⁵³³. Uma vez instaurado, haverá verdadeira cisão de juízos: enquanto um órgão julgador define a tese jurídica a ser aplicada a todos os casos repetitivos, a outro órgão cabe o julgamento do processo originário, com todas as suas especificidades e o que será executado, por fim, será, conforme afirma Antônio Cabral, “uma combinação do que foi decidido pelos dois órgãos judiciários”⁵³⁴.

Admitido o incidente, o relator determinará, conforme impõe o artigo 982, a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que tramitem na área daquela jurisdição e que

⁵³⁰ Para uma melhor compreensão do procedimento-modelo alemão, conferir profundo estudo de Antônio do Passo Cabral. CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 147, ano 32, mai/2007, p. 132-133.

⁵³¹ Vale transcrever o dispositivo: Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

⁵³² CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 368.

⁵³³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 323.

⁵³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 231, ano 39, mai. 2014, p. 204.

versem sobre idêntica controvérsia, podendo haver, inclusive, requerimento de suspensão nacional, com o objetivo de impedir a tramitação nos demais Estados da federação de outros processos que discutam a mesma questão. Aqui, tem especial relevância a figura da distinção, já que poderá a parte cujo processo encontra-se sobrestado demonstrar ao magistrado responsável que seu caso não discute a mesma matéria avaliada no incidente⁵³⁵.

A suspensão é o ponto decisivo do incidente, já que uma vez definida a tese aplicável a todos os processos, será ela vinculante, constituindo verdadeiro precedente obrigatório, conforme elencado no artigo 927 do CPC. Nesse caso, caberá, inclusive, ajuizamento de reclamação diretamente no tribunal, para garantir o cumprimento da tese, conforme determina o artigo 985, do CPC/15⁵³⁶.

Compreendidas as linhas gerais do instituto, interessa mais de perto a atenção dada às disciplinas da participação democrática na formação da decisão e da revisão da tese firmada no julgamento do incidente. Para iniciar esta análise, vale começar pelo artigo 983 que, segundo Aluísio Mendes e Sofia Temer, é um dos mais importantes dispositivos sobre o incidente e garante sua constitucionalidade, através da preocupação com o contraditório como direito de influência para a formação da decisão⁵³⁷⁻⁵³⁸.

É importante lembrar que o contraditório é protegido no incidente de maneira ampla e deve motivar também uma preocupação com a escolha da causa modelo, que deve ser a mais

⁵³⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 337.

⁵³⁶ NUNES, Dierle. **O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido**, 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 26 out. 2016.

⁵³⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 343.

⁵³⁸ No mesmo sentido, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, considera a ampla participação indispensável à legitimidade do incidente: “No momento do julgamento ainda se assegura a participação com a sustentação oral, com o prazo de trinta minutos para as partes do processo originário e para o Ministério Público. E o novo Código também assegura a sustentação oral para terceiros que participaram do incidente, afinal, e conforme destacado, o que se quer é uma ampla participação, de tal maneira que essa decisão possa realmente retratar aquilo que a Justiça pode dar de melhor”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves notas sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, ano 8, v. XIV, jul-dez. 2014, p. 486.

plural possível. A garantia da ampla publicidade é indispensável à concretização do contraditório de maneira plena, preocupação esta que motivou o legislador a inserir a previsão do artigo 979, que dispõe que “a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”⁵³⁹.

O momento para a abertura do contraditório é depois da admissibilidade e da instrução do procedimento quando, então, em um prazo de quinze dias, as partes e interessados (pessoas, órgãos, entidades pertinentes) poderão requerer a juntada de documentos e a realização de diligências necessárias à elucidação da questão. Não se prejudica a celeridade, pois o prazo comum de quinze dias impede que a demora nesta fase seja violadora da duração razoável do processo⁵⁴⁰. A intervenção se dá na qualidade de *amicus curiae*⁵⁴¹ e, durante o julgamento, concede-se às partes, ao Ministério Público e a todos os interessados que se manifestaram, a oportunidade de sustentar oralmente suas razões, conforme prevê o artigo 984.

A disposição acima, como dito, é de extrema relevância para a disciplina da superação de precedentes, porque o artigo 927, §2º, prevê que alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades, sem disciplinar o modo como tal participação se efetivaria. Defende-se, pois, a ampla publicidade dos procedimentos nos quais se vislumbre a possibilidade de superação de um precedente vinculante, através de registro eletrônico no

⁵³⁹ Exaltando a importância da ampla publicidade, Luiz Guilherme Marinoni. MARINONI, Luiz Guilherme. O 'Problema' do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 249, 2015, p. 410.

⁵⁴⁰ Para garantir a celeridade, o procedimento alemão que inspirou o incidente brasileiro prevê a escolha de litigantes-modelo, que falarão pelos demais: “A segunda fase se desenvolve no Tribunal Regional, mediante a suspensão de todos os procedimentos nos juízos de origem; permite-se que qualquer uma das partes manifeste suas defesas (tal possibilidade, inclusive, constitui o fundamento do efeito vinculante da decisão modelo). Porém, para evitar o tumulto, a corte nomeia, de ofício, litigantes-modelo [...]O incidente projetado no Brasil, no entanto, não delinea a figura dos litigantes padrão, como em seu modelo inspirador, e permite a participação de todos os interessados diretamente (art. 935), inclusive viabilizando a sustentação oral de todos no Tribunal pelo prazo único de 30 minutos (art. 936, § 2o) a ser dividido por todos.” PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 190, Abr.-Jun. /2011, tomo 2, p. 115.

⁵⁴¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 344.

Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de conclamar o maior número possível de interessados na modificação do entendimento, estes que atuariam na qualidade de *amicus curiae*, podendo defender suas razões da maneira mais democrática possível, no mesmo prazo de manifestação das partes, para que não se fira a duração razoável do processo.

As normas específicas sobre a revisão da tese vinculante firmada no incidente não acrescentam muito ao tema da superação, ao contrário, dependem das disposições gerais do artigo 927 do CPC/15, para que sejam aplicadas. Apenas prevê o artigo 986, remetendo ao inciso III do artigo 977, a legitimidade apenas do Ministério Público e da Defensoria para requerer a revisão da tese, o que merece interpretação mais democrática de modo a incluir também as partes. Deve-se, pois, estender ao instituto todas as normas gerais, como a que prevê a necessidade de fundamentação adequada e específica, aquela que permite ampla participação, já analisada linhas acima e, também, a que dispõe sobre a modulação⁵⁴².

Certo é que a disciplina do incidente de resolução de demandas repetitivas em muito contribui para a superação de precedentes. Ainda que não sejam destinadas expressamente à revisão da tese, as normas que garantem a participação ampla e democrática de interessados, bem como a publicidade da instauração e julgamento do incidente, podem ser reconduzidas ao tema da superação, privilegiando a garantia do contraditório, como direito de influência e não surpresa, não apenas no momento da formação do precedente, mas também de sua modificação ou revogação cujos efeitos são amplos na mesma medida.

Em busca de outras contribuições, passa-se agora à análise da disciplina dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, cuja regulamentação foi reunida pelo CPC/15 entre os artigos 1036 a 1041, e que representam a tentativa de uma maior efetividade nos julgamentos dos recursos excepcionais, relevantes mecanismos de uniformização⁵⁴³. Não será possível, nestas poucas páginas, avaliar profundamente o tema tão relevante dos recursos excepcionais, por isso

⁵⁴² A mesma proposta foi feita por Odilon Romano Neto, que reconhece como maior deficiência do dispositivo seu laconismo, já que nenhum detalhamento veicula acerca do procedimento a ser adotado para a revisão da tese. ROMANO NETO, Odilon. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 418.

⁵⁴³ DELLORE, Luiz; MARTINS, Ricardo Maffei. Recurso especial repetitivo: escolha do recurso e (in) efetividade dos julgamentos. In: . DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1129.

maior atenção será dispensada apenas sobre os recursos repetitivos⁵⁴⁴. Contudo, uma das normas inserida nas disposições gerais sobre recursos especiais e extraordinários precisa ser analisada por ter relação direta com o tema da superação de precedentes.

Trata-se do artigo 1030 do CPC/15, incluído pela Lei 13.256/16, que modificou o CPC/15 antes mesmo de sua entrada em vigor e dispôs sobre as hipóteses em que o vice-presidente ou presidente do tribunal de origem deve negar seguimento ao recurso excepcional, a saber: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. Resumindo as disposições, deve haver inadmissão do recurso excepcional sempre que este for contrário a precedente do STF em repercussão geral e em precedente proferido em julgamento de casos repetitivos, ambos vinculantes.

Complementando a norma, diz o § 2º, que contra estas decisões de inadmissão, o recurso cabível é o agravo interno. O objetivo deste recurso será apenas a avaliação sobre a correção da decisão que inadmitiu os recursos excepcionais, avaliando se não seria hipótese de distinção em relação ao caso precedente. Segundo Ronaldo Cramer, a novidade não é boa, já que ao inadmitir o recurso contrário ao precedente na origem, não deixando que seu mérito seja analisado, perde o tribunal responsável pela edição do precedente a chance de revê-lo e, sendo o caso, superá-lo⁵⁴⁵.

Diante desta clara tentativa de “fechamento argumentativo”, expressão elucidativa adotada por Alexandre Freitas Câmara, este autor propõe que, por meio do agravo interno da decisão que inadmitiu o recurso, a parte demonstre que existem motivos para a superação do precedente vinculante, a fim de, com isso, garantir a subida do seu recurso para julgamento no

⁵⁴⁴ Pela escassez de espaço, não será possível analisar neste trabalho todas as nuances e requisitos inerentes aos recursos excepcionais. Far-se-á a análise apenas das disposições referentes ao julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, que compõem o microsistema de precedentes obrigatórios, em busca de normas que complementem a disciplina da superação. Para uma melhor compreensão destes recursos, sugere-se a leitura: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 305-378.

⁵⁴⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 160.

Tribunal Superior competente⁵⁴⁶. A mesma solução é defendida por Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron⁵⁴⁷.

Ronaldo Cramer entende que a sistemática acima causaria indesejável dilação processual e, portanto, defende que só sejam inadmitidos no tribunal de origem os recursos que contrariem o precedente e não forneçam razões para sua superação. Havendo pleito para superação do precedente vinculante, tais recursos não podem ser inadmitidos e, se o forem, cabe às partes apresentar simples petição junto ao Tribunal Superior competente para o julgamento do recurso, conforme já se defendia sob a égide do CPC/73, quando havia retenção indevida de recurso especial e extraordinário⁵⁴⁸.

Fato é que o legislador reformista de 2016 manteve seus olhos na celeridade e na redução da carga processual dos Tribunais Superiores, ao prever as hipóteses de inadmissão do artigo 1030, inciso I, mas esqueceu-se da indispensável evolução do direito que se dá por meio da revisão do precedente vinculante pelo tribunal responsável por sua edição. Novamente não houve preocupação com a superação de precedentes, o que, no decorrer deste trabalho, já se identificou como verdadeira tendência do CPC/15. Muito se fez pela vinculação, pouco se olhou para a superação.

⁵⁴⁶ Vejamos a análise do autor sobre o problema: “Se só o tribunal que proferiu a decisão que serve como precedente pode superá-lo, e não se lhe pode mais levar a mesma questão, então não haveria meios para promover a superação. Haveria um *engessamento do direito* inaceitável. Mas por ser a evolução do Direito um fenômeno que lhe é conatural, então é preciso verificar como se daria a superação do padrão decisório vinculante [...]. 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 [...] Deste modo, 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, § 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 vinculantes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em 27 out. 2016.

⁵⁴⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha e Alexandre Freire (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 1371-1372.

⁵⁴⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 162.

Passada esta crítica inicial, pode-se adentrar na disciplina específica dos repetitivos. Respeitados todos os requisitos inerentes aos recursos excepcionais, a afetação para julgamento conjunto depende também da existência de multiplicidade de recursos especiais e extraordinários repetitivos fundados em idêntica questão de direito. Diante desta situação, caberá ao Presidente ou Vice-Presidente do STF ou STJ a escolha de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, para fins de afetação, com a consequente suspensão de todos os demais idênticos que tramitem na jurisdição nacional. O artigo 1036, § 1º, promoveu uma mudança quantitativa, já que o CPC/73 permitia a seleção de apenas um recurso.

Sobre o recurso representativo, dispôs ainda o CPC/15, que devem ser recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, de modo a permitir a mais ampla cognição possível a respeito da matéria (§6º). Preocupou-se o legislador com o mérito, mas também com a admissibilidade⁵⁴⁹.

É importante destacar que a seleção do recurso representativo, bem como da causa modelo no incidente de resolução de demandas repetitivas, é um momento de extrema relevância e está diretamente ligado à efetividade do precedente formado, já que, mesmo que o precedente se forme em um desses procedimentos concentrados, isso não garantirá seu vigor se não houver a escolha adequada da causa a ser julgada como paradigma e a análise de todos os aspectos e argumentos pertinentes. O CPC/15, com a experiência acumulada em sete anos de julgamentos destes recursos, veio albergar uma preocupação que já era refletida pela Resolução 8/2008 do STJ, responsável pela regulamentação dos recursos especiais repetitivos⁵⁵⁰. Se isso não for feito, será possível, com facilidade, desafiar, distinguir e até mesmo superar aquele precedente que não terá consonância com a infinidade de casos que buscou solucionar⁵⁵¹⁻⁵⁵².

⁵⁴⁹ Flávia Pereira Hill alerta para uma solução diferente que poderia ter sido adotada pelo legislador: “Poderia – e talvez fosse recomendável – o legislador ter adotado entendimento diverso, permitindo fossem escolhidos os recursos que ostentassem as razões recursais mais bem estruturadas, ainda que despidos dos requisitos de admissibilidade. Neste caso, as razões recursais se prestariam exclusivamente para o fim de formar o convencimento do tribunal acerca da matéria (mérito recursal), embora aquele recurso escolhido não pudesse ter a tese firmada aplicada ao caso concreto, diante de sua manifesta inadmissibilidade. De todo modo, não foi esta a opção adotada pelo legislador”. HILL, Flávia Pereira. Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 506.

⁵⁵⁰ Artigo 1º. § 1º 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.

⁵⁵¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, P. 317.

Sobre a decisão de afetação, prevê o Código, no artigo 1037, deve preencher três requisitos: a) identifique com precisão a questão a ser submetida a julgamento; b) determine a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; c) se necessário, requirite aos presidentes ou aos vice-presidente dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

Importante salientar que o legislador se preocupou em deixar expressa a possibilidade de distinção, já que a parte, ao perceber que seu recurso não trata de matéria idêntica àquele afetado, poderá requerer seu prosseguimento, sem que tenha que aguardar a decisão final, devendo ser ouvido o recorrido no prazo de cinco dias (artigo 1037, §§ 9º e 11º).

Uma das principais alterações na disciplina dos recursos repetitivos relativa a esse tema foi a ampliação da abrangência dos efeitos do recurso repetitivo. Conforme as disposições existentes no CPC/73, diante de recursos que versassem sobre questões repetitivas, uma vez selecionados os recursos representativos da controvérsia, seriam eles encaminhados ao Tribunal Superior, ficando sobrestados os demais recursos especiais ou extraordinários interpostos perante os tribunais de segunda instância. Na disciplina do novo CPC a afetação de um recurso repetitivo determina o sobrestamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão discutida e tramitem no território nacional, conforme se extrai do artigo 1037.

Os efeitos do julgamento dos recursos repetitivos assim também se encontram fortalecidos. Isso porque, anteriormente, realizado o julgamento pelos Tribunais Superiores, a tese deveria ser aplicada nos juízos de segundo grau, onde estivessem sobrestados os recursos. Agora, porém, com a suspensão de todos os processos que versem sobre questão idêntica, também os juízes de primeiro grau, diante de processos em curso que levarem a controvérsia objeto de decisão em recurso repetitivo, serão chamados a aplicar a tese jurídica fixada àqueles casos em curso. É o que dispõe o artigo 1040.

O dispositivo é impositivo e não deixa margem de dúvidas quanto à necessidade de observância da tese pelos tribunais inferiores e juízes de primeiro grau, até porque incumbe

⁵⁵² No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni: “Contudo, em caso de recurso repetitivo, em que se elabora precedente considerando-se casos pendentes, a necessidade de a Corte buscar a essência da discussão a partir da seleção de casos realmente representativos da controvérsia pode ter outra conotação. Aqui, não importaria apenas a circunstância de que a Corte não está decidindo apenas para as partes, porém o fato de que a Corte está a decidir um caso pendente em vários recursos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 333.

lembrar que o descumprimento da tese fixada nesses julgamentos é motivo para interposição de reclamação junto ao tribunal cuja tese foi violada e essa reclamação poderá resultar na cassação da decisão do juízo reticente⁵⁵³.

Dentro da disciplina dos repetitivos, não existem normas destinadas ao tratamento específico da revisão da tese fixada no julgamento dos recursos repetitivos e o privilégio do contraditório na superação. Novamente, pouca ou nenhuma atenção foi dada ao tema. Contudo, há uma disposição que pode contribuir e muito com o tema da superação, como se verá a seguir.

A disposição que será analisada por último dentro da disciplina dos repetitivos é aquela que se liga de maneira mais diretamente ao tema da superação, ao menos de acordo com a proposta feita neste trabalho. Trata-se do artigo 1038, que aborda a necessidade de enfatizar o contraditório na maior medida possível na tramitação e julgamento destes recursos. Em decorrência da seleção de poucos casos para representar uma controvérsia reproduzida em dezenas, centenas ou até milhares de outros processos, previu o inciso I, a possibilidade de “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno”. Segundo ressalta Marinoni, a ampla participação não tem apenas a finalidade de viabilizar uma discussão mais aprofundada sobre a questão, mas também de compensar a não participação direta de vários recorrentes que terão a tese aplicada de maneira vinculante a seus recursos⁵⁵⁴.

A possibilidade de participação é garantida novamente pela ampla publicização da tramitação do repetitivo, através de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, como prevê o artigo 979, §3º, que impõe a aplicação da previsão acostada na temática do incidente de resolução de demandas repetitivas também para os recursos repetitivos. Os terceiros, por serem diretamente afetados pela decisão, nas palavras de Marinoni, têm o direito de também influenciá-la⁵⁵⁵. Não se trata apenas de mais uma norma procedimental, mas da norma mais importante à

⁵⁵³ Conforme bem sintetizou Daniela Pereira Madeira: “A decisão final do recurso representativo vincula os demais órgãos fracionários que declararão prejudicados os recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. E mais, os juízes de primeira instância proferirão sentenças aplicando também a tese firmada.” MADEIRA, Daniela Pereira. A força da Jurisprudência. In: FUX, Luiz (Org.). **O novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.576.

⁵⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 334.

⁵⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 335.

legitimidade do precedente vinculante que se formará e que, vale repetir mais uma vez, garante a própria efetividade do precedente, já que, sem contraditório, a numerosidade de distinções e modificações acabará por enfraquecer o entendimento⁵⁵⁶.

Como já se disse quando da análise do incidente de resolução de demandas repetitivas, o que se defende é a releitura da norma do artigo 927, § 2º, com a complementação dos artigos 979, 983 e 1038 do CPC/15, de modo a garantir a maior publicidade possível e garantir a ampla participação de todos os interessados na superação do precedente, que eventualmente terão seus julgamentos definidos por aquela transição de posicionamentos. Trata-se de legitimar a possível quebra de estabilidade através do contraditório pleno e efetivo, que garanta a influência dos interessados na formação da decisão, protegendo sua confiança na manutenção do precedente.

O mesmo ideal que permeou a inserção desta norma está presente na superação de precedentes: a necessidade de ampla participação para compensação da não participação de inúmeros jurisdicionados que serão afetados pela modificação do posicionamento, porque atuaram no influxo da orientação anterior e confiaram em sua manutenção. O CPC/15 permite a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese de superação, mas não disciplina este procedimento, tornando muito possível que, pelo medo das críticas sobre arbitrariedade, o dispositivo deixe de ser aplicado. Até que a atenção necessária seja dispensada sobre a superação, com a regulamentação mais precisa do tema, o que se defende é aplicação das normas já existentes no nosso incipiente sistema de precedentes.

⁵⁵⁶ No mesmo sentido, Dierle Nunes e Alexandre Bahia: “O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos”. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. DIDIER JUNIOR, Fredie; FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi (org.). **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 922-923.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi demonstrar, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, a indispensabilidade de uma releitura das normas sobre superação de precedentes judiciais na Lei 13.105/15 à luz da garantia do contraditório, a fim de propiciar evolução do incipiente sistema de precedentes que se está instituindo no Brasil, sem deixar de lado a proteção da participação. Para alcançar este escopo, foi realizada uma análise sobre as principais famílias jurídicas, bem como da tendência de aproximação entre elas; os institutos indispensáveis à compreensão de uma teoria de precedentes, notadamente aqueles ligados à superação; a evolução e contornos da garantia do contraditório; as normas sobre superação de precedentes no recente CPC/15.

Dos capítulos deste trabalho foi possível extrair algumas conclusões, as quais passam a ser apresentadas a seguir.

Certamente existe uma diferenciação intrínseca entre as famílias derivadas de *civil law* e *common law*. Não obstante a relevância desta reunião de caracteres comuns aos integrantes de cada família, é indispensável reconhecer, na atualidade, um processo de convergência, de modo que não há mais lugar para a contemplação da lei como fonte absoluta do direito nos países de *civil law*, nem sequer se pode afirmar que a jurisprudência é a única fonte dos países de *common law*. Como exemplo dessa aproximação tem-se o fortalecimento dos precedentes judiciais nos países de *civil law*, que gerou fortes efeitos no Brasil, desaguando, no último ano, na promulgação do CPC/15. Não se trata de uma ruptura, mas sim de um prosseguimento da tendência há muito evidente no país.

Se é assim, diante da realidade de valorização dos precedentes, é necessário aprimorar conhecimentos sobre conceitos que não são próprios de nossa cultura jurídica, para que se possa caminhar rumo à construção de uma teoria brasileira sobre precedentes judiciais. Não é possível trabalhar com precedentes sem conseguir diferenciá-los, qualitativa e quantitativamente, da jurisprudência, das súmulas, do *stare decisis* e outros institutos semelhantes, que possam causar ao jurista certa confusão e sem entender técnicas como a de distinção do precedente, que impede sua aplicação mecânica e desvirtuada do caso concreto e que requer a compreensão e identificação da razão determinante da decisão (*ratio decidendi*) e seu afastamento dos argumentos colaterais, não determinantes (*obiter dictum*).

No mais, também a compreensão da força dos precedentes é importante para saber que o CPC/15 trouxe consigo expressa previsão de vinculatividade formal horizontal e vertical, bem como de precedentes que, além de serem vinculantes, são qualificados como fortes. Isso significa, em linhas gerais, que o diploma processual teve o intento de estabelecer o respeito ao precedente de órgãos judiciais de hierarquia superior, mas também fez valer o precedente dentro de um mesmo órgão, em nome da necessidade de uniformização. Além disso, alguns precedentes, além de vincular, garantem o manejo de reclamação diretamente no órgão desrespeitado, caso sejam descumpridos.

Certamente aquilo que é mais fundamental a este trabalho, dentro da teoria dos precedentes, é a compreensão da superação e de sua eficácia temporal. Sobre a superação, o trabalho buscou delinear os requisitos para que se efetive e sua relevância para o ordenamento como um todo, não apenas para o caso particular, já que se trata de importante forma de evolução do direito. No mais, buscou-se diferenciar a superação total (*overruling*), da transformação (*transformation*), técnica indesejável a partir da qual o juiz busca disfarçar a superação por não acreditar ser aquele o momento adequado para ela e do *antecipatory overruling*, técnica muito criticada inclusive no país em que se originou, que permite a um tribunal de hierarquia inferior antecipar superação provável a ser realizada pela Corte Suprema.

Sobre a eficácia temporal da superação, o presente trabalho buscou demonstrar que existem técnicas de transição, formas de decisões intermediárias, que buscam proteger em maior medida a confiança dos cidadãos, tais como a sinalização, o julgamento-alerta e até mesmo a superação prospectiva que, uma vez adotada, precisará ter requisitos bem definidos e não poderá ser levada a efeito sem a oitiva dos interessados.

Em um segundo momento, o trabalho buscou demonstrar que a evolução dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro não pode ser feita sem a plena compreensão das exigências da garantia do contraditório que incidem de maneira decisiva sobre o tema da superação. A garantia, dentro do contexto de constitucionalização, se apresenta como importante instrumento de participação política por meio do processo e o componente da influência, concebido como direito das partes de intervir ativamente no procedimento e de atuar na construção do provimento final e de um correlato dever do magistrado de levar em consideração os argumentos, precisa passar a habitar seu conteúdo.

A fundamentação da decisão tem relação direta com o contraditório, já que é o momento em que as partes podem fiscalizar se seus argumentos foram efetivamente tomados em conta e se puderam influenciar decisivamente, assumindo o contraditório também uma função de identificar as decisões judiciais imotivadas. O que se busca, com isso, é impedir a decisão surpreendente, escopo este que foi protegido pelo CPC/15, em seu artigo 10, que veda ao juiz decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

O novo diploma processual garantiu maior efetividade à tutela do contraditório ao prever vedação expressa à prolação de decisões-surpresa e esta efetividade precisa ser resguardada também no momento crítico de transição de posicionamentos judiciais estáveis. Por essa razão, deverá haver necessária releitura das normas sobre superação, a partir das lentes do contraditório, para evitar que, mais uma vez, quando da aplicação e superação de precedentes, se recaia no círculo vicioso de repetição dos mesmos fundamentos, sem que as partes sejam ouvidas ou consideradas, violando, com isso, sua segurança.

Como premissa básica, defendeu-se que a superação é plenamente possível dentro da compreensão da segurança jurídica enquanto continuidade e não é incompatível com um sistema de precedentes, ao contrário, promove-o, desde que haja preocupação com as quebras de estabilidade, que devem ser mitigadas ao máximo.

O tema tornou-se ainda mais relevante com o CPC/15 que, ainda que sua versão final tenha mascarado este ideal, instituiu um rol de precedentes vinculantes, calcado nos deveres de estabilização, uniformidade, integridade e coerência da jurisprudência, destinados a retirar do Brasil o manto da jurisprudência meramente persuasiva, sob o qual se escondiam diversas contradições dentro mesmo dos Tribunais Superiores. Além disso, o novo Código preocupou-se em garantir o funcionamento adequado do sistema de precedentes, através da previsão da distinção, do respeito aos fundamentos determinantes da decisão, da reclamação como instrumento de impugnação autônoma, de institutos inéditos como o incidente de resolução de demandas repetitivas e outros fortalecidos como a sistemática dos recursos repetitivos.

Certo é que grande atenção foi dispensada à vinculação do precedente judicial e ao reforço da jurisprudência, mas a mesma preocupação não foi demonstrada quando do tratamento da superação. Diante de uma realidade em que as viradas jurisprudenciais, até dentro de um mesmo tribunal, sempre foram preocupantes, a desatenção com o tema é ainda mais grave. Com a

lupa do contraditório, as normas sobre superação foram analisadas e até mesmo a ausência de normas sobre o tema foi criticada.

Não há dúvidas de que o Projeto de Lei 8046 era mais minudente na disciplina do procedimento da superação e com a retirada das previsões existente no Projeto, a partir do CPC/15 surgem diversas questões práticas como a forma como se processará a superação e o papel da parte, perguntas que se tentou responder ao longo do trabalho. Sobre a participação, que interessa mais de perto a este trabalho, limitou-se a prever, no artigo 927, § 2º, com as adequações conceituais devidas, que a superação poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades. Sem, contudo, dispor sobre o modo como isso se dará, tornou-se norma de difícil concretização.

A partir de uma interpretação sistemática defendeu-se a ampla publicidade do processo em que se vislumbra a superação para possibilitar a participação de todos os interessados eventualmente afetados pela alteração do entendimento, que demonstrem pertinência. Tal procedimento já se encontra previsto na disciplina do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos repetitivos, embora não especificamente para o tema da superação (artigos 979, 983 e 1038, inciso I, todos do CPC/15).

A preocupação com a superação é também legítima, pois o legislador previu, no artigo 926, quatro deveres que devem orientar os órgãos julgadores: os deveres de integridade, coerência, uniformização e estabilização da jurisprudência. Destes, os dois últimos encontram-se ligados mais diretamente à superação, pois são verdadeiros escudos contra posicionamentos instáveis, uma vez que impedem, respectivamente, que o tribunal se mantenha inerte diante da divergência interna e que se efetivem mudanças bruscas de posicionamento.

Para garantir o cumprimento destes escopos, o CPC/15 deu especial valor à fundamentação, protegendo-a em dois momentos ligados à superação: ao considerar não fundamentada a decisão que não aplica o precedente judicial sem apresentar suas razões (489, § 1º, em seus incisos V e VI) e ao exigir fundamentação adequada e específica para a superação (artigo 927, § 4º). Se os requisitos para a superação de precedentes estiverem presentes, esta deverá ser feita de forma expressa, apresentando as razões que a justificam e certamente a existência do precedente judicial há de impor carga argumentativa muito mais alta para aquele que busca desconsiderá-lo ou modificá-lo.

A fundamentação adequada e específica, apta a cumprir a exigência legal para superação, precisa demonstrar a mudança contextual ou o equívoco do precedente, além de deixar claro que as razões para a mudança são mais fortes que as que pressionam para a manutenção e que se está respeitando a confiança do jurisdicionado através da adoção de técnicas de transição, quando necessárias. A todos esses requisitos se acrescentou mais um: a demonstração de que houve ampla publicidade do julgamento e de que todos os argumentos apresentados pelas partes e interessados para manutenção ou modificação do precedente foram devidamente enfrentados, de modo a atender aos ditames do contraditório enquanto direito de influência e não surpresa e cumprindo o alto ônus argumentativo, que existe para o magistrado que busca estabelecer tese total ou parcialmente contrária à *ratio* estabelecida em um precedente vinculante.

Por fim, sobre a eficácia temporal da superação, outras tantas dúvidas surgem a partir da única norma legal que dispõe sobre o tema e permite a modulação para a alteração da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, bem como para aquelas alterações oriundas de casos repetitivos (927, § 3º, do CPC/15). A primeira preocupação é com a proteção da confiança, que poderia ser muito mais incisiva caso houvesse a preocupação com técnicas que protegeriam o jurisdicionado diante da modificação, como a sinalização ou o julgamento-alerta, técnicas derivadas diretamente da garantia constitucional à segurança jurídica.

Depois das adequações necessárias à norma, estendendo-a a todos os precedentes vinculantes, a principal questão que surge é sobre os requisitos que autorizariam a modulação; entende-se que é preciso evidenciar uma modificação efetiva na linha jurisprudencial anterior, demonstrando a quebra de confiança, demonstrar a existência de boa-fé das partes e de prejuízo em caso de incidência da eficácia retroativa. Acrescenta-se, novamente, o requisito do contraditório, que deve nortear o lapso temporal, caso se escolha a modulação a termo e que deve ser levado a cabo também quando da opção por aplicar a limitação da eficácia temporal, esta que não pode ser feita sem a oitiva das partes.

Finda a análise da disciplina geral sobre a superação, foi feita breve análise de três temas que compõem o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios: o incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos. Certo é que no tema do incidente de assunção de competência não existe, na lei, nenhum acréscimo relevante sobre a superação de precedentes, notadamente no que diz respeito ao contraditório. No que tange ao incidente de resolução de demandas repetitivas e aos recursos

repetitivos, as previsões relevantes não tratam de superação, mas podem ser estendidas a este tema. São elas os artigos 979, 983 e 1038, inciso I, que dispõem sobre a publicidade do julgamento e a ampla possibilidade de participação de interessados, em prazo comum, para que não haja lesão à razoável duração do processo. Tais normas servem a densificar a disciplina da superação de precedentes, como já proposto.

Conclui-se que até agora o CPC/15 é o degrau mais atual na escalada rumo à valorização do precedente judicial no direito brasileiro e grande atenção foi dada às hipóteses em que julgamentos pretéritos serão capazes de vincular, contudo, a mesma atenção não foi conferida à superação do precedente judicial, que é tema indispensável à evolução de um sistema de precedentes, notadamente quando seja ele incipiente, como é o caso do brasileiro. Dentre as normas gerais sobre superação, o legislador inseriu algumas previsões como a de participação de interessados, órgãos e entidade; a que impõe a fundamentação adequada e específica e a que faculta a modulação de efeitos. Todas elas, porém, poderiam ser mais minudentes e carecem de releitura urgente, à luz do contraditório, para que o jurisdicionado não se torne espectador de mudanças abruptas e surpreendentes nem, ao contrário, espectador da aplicação inconsciente de precedentes judiciais que mereceriam superação. Esta foi a proposta deste trabalho e espera-se, sem qualquer pretensão de tê-la esgotado, haver cumprido satisfatoriamente este objetivo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedente. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 165, ano 33, p. 218-230, jul. 2008.

ABRAHAM, Marcus. *Common law* e os precedentes vinculantes na jurisprudência tributária. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, CE, v. 34. jan./jul. 2014, p. 145-167.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCP. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). *Precedentes*, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 671-698.

_____. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, SP, n. 229, ano 39, p. 377-401, mar. 2014.

_____. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, 302 p.

_____. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. (Org.). **O projeto de novo Código de Processo Civil - Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos**. 1ªed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 1, p. 363-410.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *antecipatory overruling* no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 236, ano 39, p. 278-301, out. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, 736 p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, 744 p.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey, *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S (Org.). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. London: Dartmouth, 1997, p. 315-354.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: **Temas de Direito Processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 301-211.

_____. Algumas inovações da Lei nº 9.765/1998 em matéria de recursos cíveis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis**. São Paulo: RT, 1999, p. 320-329.

_____. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. In: **Temas de direito processual**, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45-61.

_____. O processo civil brasileiro entre dois mundos, **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 4, n. 16, p. 11-22, 2001.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de Direito Processual**. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299-313.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O Dever de Fundamentação, Contraditório Substantivo e Superação de Precedentes Vinculantes (*overruling*) no novo CPC - ou do repúdio a uma nova Escola da Exegese. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. 1ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 27-46.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, RJ, v. 46, p. 38-71, 2015.

BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo Franco. Repercussão geral em recurso extraordinário e o papel do *amicus curiae*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, RS, v. 5, p. 169-177, 2013.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Org.). **O novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 435-523.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 131-165.

BARROSO, Luis Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária – segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de Direito do Estado**, Ano 1, n. 2. p. 261-288. abr/jun. 2006.

BERTOLINO, Giulia. *Giusto processo civile e giusta decisione: Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*. 2008. 165f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, *Università di Bologna*, Bolonha, 2008.

BONFIM JUNIOR, Carlos Henrique de Moraes. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade: os efeitos pro future**. 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

BRENNER, Saul; SAPETH, Harold. *Stare indecisis – the alteration of precedente on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, 168 p.

BRADFORD, C. Steven. *Following dead precedente: the Supreme Court ill-advised rejection of anticipatory overruling*. **Fordham Law Review**, New York, NY, vol. 59. Issue 1. 1990, p. 39-90.

BUENO, Cássio Scarpinella. Ação direta de inconstitucionalidade – Intervenção de *amicus curiae* (ADI 3.695/DF, STF), in **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 138, ago. 2006, p. 165-184.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3. ed. rev. e atual. Sao Paulo: Saraiva, 2012, 656 p.

BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*. **Rivista di diritto processuale**. Padova, Italia, Anno LXV (Seconda Serie), N. 2. Marzo- Aprile 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do novo CPC. In: DIDIER, Fredie (Org.) *et al. Precedentes*. Juspodivm: Salvador, 2015, p. 275-297.

_____. *Teoria do precedente judicial*, São Paulo: Noeses, 2012, 583 p.

_____. *et al. A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, 180 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>>. Acesso em 29 out. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 231, ano 39, p. 201-223, mai. 2014.

_____. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 221, ano 38, p. 1-48, 2013.

_____. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas** – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014, 605 p.

_____. *El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate*. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, Lima, Peru, v. XIV, p. 261-278, 2010.

_____. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. **Rivista Di Diritto Processuale**, Padova, Italia, v. 2, n.2, p. 449-464, 2005.

_____. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 147, ano 32, p. 123-146, mai/2007.

CAENEGAN, R. C. Van. Tradução Luiz Carlos Borges. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, 139 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. **Consultor Jurídico** (São Paulo. Online), v. 1, p. 1-7, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em 27 out. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, 1092 p.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-673.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 359-387.

_____. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 335-360.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, 134 p.

_____. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas, **Revista Forense**, São Paulo, SP, n. 318, p. 119-128, 1992.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. **Revista Forense**, São Paulo, SP, v.358, p. 346-358, 2001.

_____. Breves Notas sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, vol. XIV, Ano 8, p. 485-488, jul-dez/2014.

CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 152, p. 87-108, 2007.

COHEN, Harlan. "Undead" Wartime Cases: *Stare Decisis and the Lessons of History*. **Tulane Law Review**, Nova Orleans, LA, Estados Unidos da América, Vol. 84, p. 952-1023, 2010.

COLE, Charles D. *Stare Decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos – O sistema de precedentes vinculantes do commom law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, SP, v. 752, p. 11-19. Jun-1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, segunda serie, anno LVII, n. 3, p. 702-758, 2002.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 236 p.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto de novo código de processo civil brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Portugal, n. 9, p. 9293-9327. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_09293_09327.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JUNIOR, Fredie. Incidente de assunção de competência e o processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, Belo Horizonte, MG, v. 60, n. 91, p. 163-178, jan./jun. 2015.

DAVID, René. Tradução Hermínio A. Carvalho. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 676 p.

DELLORE, Luiz; MARTINS, Ricardo Mafféis. Recurso Especial Repetitivo: escolha do recurso e (in) efetividade dos julgamentos. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1107-1131.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, 800 p.

_____. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, SP, ano 1. vol. 2, p. 99-120, jul.-dez. 2015.

_____. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, in DIDIER JUNIOR, Fredie. *et al.* (coord.), **Precedentes**, Juspodivm: Salvador, 2015, p. 383-405.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, 688 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, 632 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 719 p.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, BA, n. 175, p. 1-30, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em 27 abr. 2015.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: University Press, 2008, 189 p.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. 2015. 415 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, Itália, n. 44, p. 1-11, 1989.

_____. *Il giusto processo i “procedimenti speciali” civili*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, v. 1, anno LVII, p. 1-22, 2003.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, 157 p.

_____. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, SP, ano 89, v. 782, p. 90-96, dez. 2000.

_____. *Stare Decisis and the binding nature of precedent in the United States of America*, in MOURA, Solange Ferreira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). **Coletânea de artigos científicos: celebração ao XIV Intercâmbio dos cursos de Direito da Estácio**, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 148-167.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. *Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis*. **George Mason Law & Economics Research Paper**, Virginia, n. 04-15, p. 1-24, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=534504>. Acesso em: 19 fev. 2016.

FONSECA, Lucianara Andrade. Sistema Jurisdicional da União Europeia. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto, SILVA, Roberto Luiz (org.). **Manual de Direito Processual Internacional**, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 307-332.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, § 1.º, IV, do novo CPC, **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 247. p. 105-136, set. 2015.

FUNKEN, Katja. *The Best of Both Worlds – The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System*. **University of Munich School of Law Working Press**, Munique, Alemanha, p. 1-33, 2003. Disponível em: <<http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/13598/convergence.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os procedimentos simplificados e flexibilizados no novo cpc. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Brasília, DF, v. 1, p. 25-50, 2015.

GHATAN, Gil J., *The incentive problem with prospective overruling a case: a critique of the practice*. **ABA Real Property, Trust and Estate Journal**, Columbia, SC, Estados Unidos da América, n. 1, v. 45, Spring, 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1477030, acesso em 20 out. 2016.

GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, v. 3, anno XLIII, p. 598-614, ago./set. 1988.

GOODHART, Arthur. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. **The Yale Law Journal**, New Haven, CT, vol. 40, No. 2, p. 161-183, dec. 1930.

GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior. **Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-11, 2002.

_____. **Instituições de processo civil**. Vol. I.4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 496 p.

_____. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o Mandado de Segurança. **Revista Dialética de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, n. 10, p. 44-54, 2004.

_____. O princípio do contraditório. In: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de processo**, São Paulo, SP, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 252 p.

HILL, Flávia Pereira. Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnação das decisões judiciais no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 487-512.

KNIFFIN, Margareth N. *Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. **Fordham Law Review**, New York, NY, v. 51, p. 53-89, 1982.

LIMA, Thiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, 492 p.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC**. *Revista Temas Atuais de Processo Civil*, v.01, n. 6, dez. 2011. <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011->

/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>. Acesso em: 20 de abr. 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório do novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, v. 17, n. 1, p. 164-192, jan-jun. 2016.

HASEN, Richard L. *Anticipatory overrulings, invitations, time bombs, and inadvertence: how supreme courts justices move the law*. **Emory Law Journal**, Atlanta, GA, v. 62, p. 1-18, 2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 480 p.

LUBBERS, Allard; GRIBNAU, Hans. The temporal effects of Dutch Tax Court decisions. POPELIER, Patrícia; VERSTRAELEN, Saeah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (eds.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 183-196.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. "Introduction". In: MacCormick, N. e Summers, R. (orgs), **Interpreting Precedents**. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 2-13.

MACÊDO, Lucas Buril. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 459-490.

_____. Contributo para definição da *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, V. 234, p. 307-327, ago. 2014.

_____. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil, *in Revista de Processo*, São Paulo, SP, v. 237, p. 369-402, nov. 2014.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da Jurisprudência. In: FUX, Luiz (Org.). **O novo Código de Processo Civil Brasileiro: direito em expectativa** (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 526-577.

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi . A teoria da dinamização do ônus da prova, o Novo CPC e as adaptações necessárias para a sua utilização no procedimento dos Juizados Especiais. **Revista Forense (Impresso)**, Rio de Janeiro, RJ, v. 420, p. 215-233, jan. 2014.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada "decisão-surpresa". **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 233, p. 43-59, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2010, 572 p.

_____. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, 636 p.

_____. **Sistema Brasileiro de Precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 646 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.** São Paulo: RT, 2014, 128 p.

_____. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. **Revista de Processo**, São Paulo, SP v. 251, p. 275-307, 2016.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, a. 34, n. 172, p. 175-232, jun.2009.

_____. *El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law: la contribución de Taruffo.* In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (org.). **Debatiendo con Taruffo.** 1.ed. Madrid: Marcial Pons, 2016, v. 1. p. 133-156.

_____. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **A Força dos Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2010, p. 227-248.

_____. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Org.). **A Força dos Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2010, p. 211-226.

_____. O 'Problema' do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos. **Revista de Processo**, v. 249, p. 399-418, 2015.

_____. **Precedentes obrigatórios.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 396 p.

_____. Uma nova realidade diante do projeto de CPC – a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, SP, v. 101, n. 918, p. 351-414, abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: RT, 2015, 2000 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil.** Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 636 p.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 1260 p.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In *Interpreting precedents: a comparative study.* Edited by D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 503-517.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Primeiras linhas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC/15. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 243-267.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, RJ, nº241, p. 177-208, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 313-355.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, n. 211, ano 37, p. 191-208, set. 2012.

MERRYMAN, John. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 3 ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, 204 p.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A Lógica da Prova no Ordo Iudiciarius Medieval e no Processus Assimétrico Moderno: uma Aproximação. Gênesis. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, SP, v. 40, p. 491-516, 2006.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil** (arts. 270 a 331). São Paulo: Memória, 2006, t. 3, 520 p.

_____. **Cortes superiores e cortes supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 142 p.

_____. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, p. 61-77, n. 206, abr. 2012.

_____. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

MONTESANO, Luigi, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*. **Rivista di Diritto Processuale**, p. 929-947, Pádua, Itália, 2000.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. O precedente judicial no sistema processual brasileiro. 2012. 308 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no Direito Comparado e Brasileiro**. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2013, 255 p.

NUNES, Dierle José Coelho. 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**, v. 199, p. 41-82, 2011.

_____. **O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido**, 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 26 out. 2016.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/15: uma breve introdução In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-333.

NUNES, Dierle José Coelho; STRECK, Lenio Luiz (Org.) ; CUNHA, Leonardo José Carneiro da (Org.) ; FREIRE, Alexandre (Org.) . **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. 1440 p.

NUNES, Dierle José Coelho; LACERDA, Rafaela. Contraditório e precedentes: primeiras linhas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC - v.2. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 343-372.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, DF, v. 79, p. 118-144, 2013.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. DIDIER JUNIOR, Fredie; FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (org.). **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 909-946.

NUNES, Dierle. LACERDA, Rafaela. MIRANDA, Newton Rodrigues. O Uso Do Precedente Judicial Na Prática Judiciária Brasileira: Uma Perspectiva Crítica. **Rev. Fac. Direito UFMG** - Belo Horizonte, MG, n. 62, p. 179-208, jan./jun. 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro RJ, v. 346, p. 9-19, 1999.

_____. O juiz e o princípio do contraditório, *in* **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v.71, p. 31-38, 1993.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez.** In: DOXA, Alacant, Espanha, nº 14, 1993. p. 169--194. <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

OTEIZA, Eduardo. *El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina.* **Revista de Processo**, São Paulo, SP, ano 34, p. 179-200. jul. 2009.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSOS.pdf>. Acesso em 22 jun. 2016.

PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da superação dos precedentes no direito brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 537-563.

_____. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 - uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 248, p. 331-354, out. 2015.

_____. **Superação do precedente e segurança jurídica.** Salvador: Juspodivm, 2015, 352 p.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo.** Org. e rev. téc. da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 166 p.

_____. “*Audiat et altera pars*” *le matrici storico-culturali del contraddittorio.* **Rivista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, p. 7-22, 2003.

PICARDI, Nicola, NUNES, Dierle. O Código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 190, tomo 2, p. 93-120, abr.-jun. /2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de *et al.* *Judicial Rulings with Prospective Effect. General Report on Brazilian Law.* **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 232, p. 275-299, jun/2014.

_____. Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10, *in* **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, ano 4, vol. VI, p. 49-92, jul-dez/2010.

_____. Breves Reflexões sobre o ônus da prova no CPC/2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie.; JOBIM, Marco; FERREIRA, William Santos.. (Org.). **Coleção Grandes Temas do NOVO CPC - Direito Probatório.** 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 279-296.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil. **In: Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais.**

DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 913-924.

PORTO, Sergio Gilberto. Sobre a common law, civil law e o precedente judicial. In: Luiz Guilherme Marinoni. (Org.). **Estudos de Direito Processual Civil**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 01, p. 761-776, 2005. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf> >. Acesso em 25 fev. 2016.

PRICE, Polly J. *A constitutional significance for precedente: originalism, stare decisis and property rights*. **AVE MARIA LAW REVIEW**, Naples, FL, n. 113 (2007), p. 113-153.

RAATZ, Igor. Precedentes Obrigatórios ou Precedentes à Brasileira?, **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, vol. XI, p. 217-237, jul-dez/2013.

REIS, Mauricio Martins. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o “bode expiatório” de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 220, p. 207-228, jun. 2013.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A tendência uniformizadora da jurisprudência no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, (Org.). **O Projeto de Novo Código de Processo Civil: uma análise crítica**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 161-191.

ROMANO NETO, Odilon. A vedação às decisões-surpresa no projeto do novo código de processo civil. In: ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). **O projeto do novo código de processo civil: uma análise crítica**. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 131-159.

_____. **Coisa Julgada Inconstitucional**: proposta interpretativa dos artigos 475-L, §1o, e 741, parágrafo unico, do CPC. 2010. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

_____. **Modificações na jurisprudência e proteção da confiança**. 2016. 576 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

SANTOS, Guilherme Luís Quaresma Batista. Algumas notas sobre o contraditório no processo civil, *in* **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 194, p. 69-97, abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, BA, N. 21, Mar-abr-mai/2010.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, Stanford, vol. 39, n. 3, p. 571-605, fev. 1987.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, 256 p.

SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição sumária – limites impostos pelo contraditório no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, 359 p.

SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 110-114, jan./mar. 1996.

SILVA FILHO, Márcio Clemente Lima de Barros; CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. A incidência do IPI na importação de veículo automotor por pessoa física para uso próprio. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, DF, Ano XIX, n. 65, p. 97-109, jan/abr 2015.

SOARES, Felipe Ramos Ribas Soares; MATIELI, Louise Vago; DUARTE, Luciana da Mota Gomes de Souza. Unidade do Ordenamento na Pluralidade de Fontes: uma crítica à Teoria dos Microsistemas, in: KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson (org). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 71-96.

SUMMERS, Robert S. *Precedent in United States*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. London: Dartmouth, 1997, p. 355-406.

TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, PR, Vol. 36, p. 27-48, 2001.

_____. *Dimensioni del precedente giudiziario*. **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, 1994, p. 411-430.

_____. *Icebergs do common law e civil law: Macrocomparação e Microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, V. 181, p. 167-168, mar. 2010.

_____. *Idee per una teoria della decisione giusta*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, p. 315-328, Milano, Italia, 1997.

_____. *Precedente e giurisprudenza*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Italia, A. 61, n. 3, p. 795-810, 2007.

_____. *Precedente e Jurisprudência*. *Revista de Processo*, São Paulo, SP, v. 199, set. 2011.

_____. *Le funzioni delle corti supreme tra uniformità e giustizia*, in **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, RJ, vol. XIV, Ano 8, p. 438/449, jul-dez/2014.

_____. *Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado*, in **Páginas sobre Justicia Civil**. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle, Madri, Espanha, p. 63-76, 2009.

TARZIA, Giuseppe. *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in **Revista de Processo**, São Paulo, SP, v. 26, n. 103, p. 156–174, jul./set., 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os Precedentes Obrigatórios. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, RS, ano 13, nº 1099, 2013. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/258-artigos-dez-2013/6371-contra-os-precedentes-obrigatorios>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: THEODORO JUNIOR, Humbert; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. (Org.). **Processo e Constituição: Os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 33-61.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Regime das demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). Salvador: Juspodivm, 2016, p. 417-446.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança de sua atuação, in **Revista da Faculdade de Direito de Sul de Minas**, Pouso Alegre, MG, v. 28, p. 177-206, jan/jun 2009.

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, SP, v. 168, p. 107-141, fev. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 520 p.

TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, p. 381-410, Milano, Italia, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, 346 p.

_____. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015. P. 445-457.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformização**. São Paulo: Atlas, 2003, 226 p.

WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, Italia, n. 3, p. 733-749, jul-set 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito - Civil Law e Common Law. **Revista jurídica**, Porto Alegre, RS, p. 53-62, v. 57, 2009.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 172, ano 34, p. 121-174, jun. 2009.

_____. Precedentes e evolução do direito. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-95.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 750 p.

SANTOS, Welder Queiroz dos. Ação rescisória no projeto de novo CPC: do anteprojeto ao relatório-geral da Câmara dos Deputados. **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**. 1ª ed. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 701-724.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, 427 p.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.* (Org.). **Precedentes**, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-423.

_____. 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**, São Paulo, SP, v. 235, p. 293-349, set. 2014.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, SP, vol. 257, p. 371-388, jul. 2016.