XXV CONGRESSO DO CONPEDI -CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

JANAÍNA RIGO SANTIN SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara - ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais - Ministro José Barroso Filho - IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF

Educação Jurídica - Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED/ABEDi

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-351-1

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI foi realizado em Curitiba-Paraná, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA, no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, sob a temática CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 08 de dezembro de 2016, na sede do Centro Universitário Curitiba, e contou com a apresentação de vinte e um artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema processual civil brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, abarcando os seguintes grupos: 1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis; 2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III); 3 - Da Tutela Provisória (Livro V); 4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII); 5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III); 6 - Do Processo de Execução (Livro II); 7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III):

1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UTOPIA OU APLICAÇÃO REVERBERADA DA JUSTIÇA (Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita): Os autores abordam os critérios de Justiça e o resguardo do princípio da dignidade humana atinentes ao novo Código de Processo Civil, questionando se existe afronta a constituição; A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Raisa Duarte Da Silva Ribeiro e Juliane Dos Santos Ramos Souza): As autoras examinam o princípio da boa-fé processual, a partir de sua evolução e expansão do instituto pela leitura no direito privado e público; PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DE DIREITO: O ATIVISMO E A PROATIVIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (Janaína Rigo Santin e Gustavo Buzatto): Os autores examinam com olhar crítico o papel do Judiciário, diante do preceito da inafastabilidade da jurisdição pelas recorrentes omissões das demais funções do Estado (Legislativa e Executiva); MODELOS DE JUSTIÇA

ITINERANTE ESTADUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA (Luciana Rodrigues Passos Nascimento e Adriana Maria Andrade): As autoras abordam as inovações decorrentes da chamada Justiça Itinerante, os benefícios e malefícios por sua implantação, bem como os obstáculos enfrentados para sua efetivação;

- 2 Dos Sujeitos do Processo (Livro III): A FIGURA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Pedro Augusto De Souza Brambilla e José Sebastião de Oliveira): Os autores examinam o instituto jurídico do amicus curiae, com o principal objetivo de desvendar os enigmas para sua implantação no sistema judicial brasileiro; DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES (Alexandre Bahry Pereira e Denise Hammerschmidt): Os autores abordam a função do Ministério Público, com foco na fiscalidade legal como uma de suas atribuições, com destaque aos casos envolvendo incapazes e o saneamento de eventuais nulidades;
- 3 Da Tutela Provisória (Livro V): A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN (Renata Romani de Castro e Sofia Muniz Alves Gracioli): As autoras propõem-se ao estudo das tutelas provisórias, especificamente destacando as inovações legislativas trazidas pelo CPC/15 referentes as tutelas de evidência, com olhar sobre a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen;
- 4 Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII): NOVOS CONTORNOS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DO MUNDO VIRTUAL (Abeilar Dos Santos Soares Junior e Marina Pereira Manoel Gomes): Os autores fazem reflexão sobre os poderes instrutórios do magistrado, conciliando o princípio da verdade real com a livre investigação judicial, além da abordagem sobre os limites do acesso do julgador a informações não trazidas aos autos pelas partes; A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC/2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO (Juliano Colombo): O autor examina um dos principais institutos processuais, a prova, sua nova concepção na carga dinâmica do ônus probatório, e o postulado normativo da proporcionalidade; O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL (Juliana Sirotsky Soria): A autora aborda o chamado standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões; A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS

DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (Lorraine Rodrigues Campos Silva e Sérgio Henriques Zandona Freitas): Os autores examinam o instituto da prova comparativamente, abordando a questão de sua distribuição dinâmica no CPC/15 e a clássica inversão objeto de estudo no Direito do Consumidor;

- 5 Dos Procedimentos Especiais (Título III): A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE CORROBORADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Alexia Brotto Cessetti e Ana Maria Jara Botton Faria): As autoras abordam o movimento da desjudicialização de alguns procedimentos, apontando como exemplo a usucapião, com olhar sobre os princípios da celeridade e da economicidade, na busca da efetividade de resultados úteis para os afetados; O ABUSO DO PROCESSO DO TRABALHO (Vinícius José Rockenbach Portela): O autor examina os atos processuais ilícitos, sua consequente responsabilidade, com olhar no abuso do direito e as propostas de combate da referida prática, a partir do processo do trabalho;
- 6 Do Processo de Execução (Livro II): A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (Rafael de Oliveira Lima): O autor aborda a atividade jurisdicional executiva e a sua necessária transformação para satisfação concreta dos direitos tutelados;
- 7 Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III): A JURISDIÇÃO ILUSÓRIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO (Ricardo Araujo Dib Taxi e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva): Os autores têm como parâmetro as ideias de Ovídio A. Baptista da Silva, abordando o descrédito da atividade jurisdicional de primeiro grau, e seus consequentes riscos, tornando a prestação jurisdicional morosa e carente de efetividade; A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A CIDADANIA (Indianara Pavesi Pini Sonni e Heloisa Aparecida Sobreiro Moreno): As autoras esmiúçam os avanços e retrocessos da tutela coletiva no CPC/15 e em leis esparsas (n.º 7.347/85 e 8.078/90), num microssistema processual pouco valorizado, como instrumento potencial de acesso à Justiça e Cidadania; A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS (Vinicius Silva Lemos): O autor pesquisa o art. 10 do CPC /15, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas em todas as fases procedimentais; OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça): Os autores desenvolvem a temática dos deveres dos tribunais com CPC/15, abordando a inércia

argumentativa na revogação dos precedentes, instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico nacional; A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA (Lívia Pitelli Zamarian): A autora inova no estudo da função da reclamação constitucional, com olhar sobre a segurança jurídica democrática, apesar de ser correntemente delegado ao segundo plano. A temática desenvolve-se pelo sistema de precedentes à brasileira; A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS "PRECEDENTS" DO "COMMON LAW" (Paulo Henrique Martins e Dirceu Pereira Siqueira): Os autores examinam a incorporação dos precedentes no Brasil, com juízo crítico para a efetivação de direitos, eis que apontam o estabelecimento de um rol de "jurisprudências defensivas" nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à própria efetividade dos direitos; A LÓGICA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA ÀS DEMANDAS REPETITIVAS: DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA À TUTELA COLETIVA DE DIREITOS (Semírames De Cássia Lopes Leão e Gisele Santos Fernandes Góes): As autoras esmiúçam a lógica dos precedentes judiciais como alternativa às demandas repetitivas, com olhar sobre os novos institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, em especial, o primeiro e sua força vinculante na tutela coletiva dos direitos, na litigiosidade massificada, sob as exigências da razoável duração do processo, isonomia das partes e segurança jurídica.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pósgraduação Stricto Sensu, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de temas e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual Civil brasileiro, com juízo crítico sobre o Devido Processo Constitucional Democrático.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas (dentre elas, a Universidade FUMEC; Universidade de Passo Fundo; Instituto Mineiro de Direito Processual; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Estadual de Maringá; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Universidade Federal Fluminense; Universidade Federal do Paraná; Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Universidade Tiradentes; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Centro Universitário de Maringá; Universidade Estadual de Londrina; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Instituto Catuaí de Ensino Superior; Universidade de

Barcelona; Universidade de Salamanca; Universidade de Ribeirão Preto; Centro Universitário de Franca; Universidade Católica do Salvador; Universidade Federal da Bahia; Universidade Estadual do Norte do Paraná; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Universitá Degli Studi di Parma; Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Federal do Pará; University of London; Universidade de São Paulo; e, a Universidade da Amazônia), bem como as fontes de fomento a pesquisa (FAPEMIG, CNPq, FUNADESP, CAPES, dentre outras), pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento constitucionalizado do Direito Processual Civil democrático brasileiro.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - UPF

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC e FCH

OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES

THE DUTIES OF THE COURTS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE AND THE ARGUMENTATIVE INERTIA ON OVERRULING PRECEDENTS

Jaime Domingues Brito ¹ Mateus Vargas Fogaça ²

Resumo

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o sistema de precedentes judiciais instituído pelo novo Código de Processo Civil atribuiu deveres aos Tribunais que exigem a aplicação da inércia argumentativa no momento da revogação de um precedente. Utiliza-se do método dedutivo para contextualizar a imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais com as crises da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito no Brasil e a tentativa de sua resolução através da teoria dos precedentes judicias incorporada recentemente ao ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Deveres dos tribunais, Inércia argumentativa, Superação do precedente

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of this study is to demonstrate that the judicial precedent system introduced by the new Civil Procedure Code assigned duties of the Courts to requires the application of argumentative inertia at the time of overruling. It uses the deductive method to contextualize the unpredictability of court decisions with the crises of legal certainty and equal application of law in Brazil and attempting to its resolution through the theory of judicial precedent recently incorporated into national legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New civil procedure code, Duties of the courts, Argumentative inertia, Overruling

¹ Doutor em Direito pela ITE-Bauru/SP. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação strictu sensu da UENP. Professor do IDCC e da UniLondrina. Advogado.

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo. Pesquisador do Grupo de Estudos Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo (UENP). Advogado.

INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, a atividade judicial brasileira foi desenvolvida sem muita preocupação com o respeito à autoridade das decisões pretéritas, fossem elas oriundas do próprio órgão julgador ou de outros a ele superiores na hierarquia judicial.

Em razão das inúmeras reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), essa realidade foi gradativamente alterada, muito embora ainda não exista uma firme cultura de respeito aos precedentes judiciais no país.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário devem ser capazes de proporcionar segurança jurídica ao destinatário da prestação jurisdicional, permitindo-lhe pautar suas condutas sociais em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. No entanto, essa exigência não vinha sendo atendida, principalmente quando se desrespeitava um precedente de órgão superior no qual o cidadão alicerçou-se, para aferir as consequências de seus atos e planejar a sua vida.

Ciente da necessidade de outorgar segurança jurídica ao cidadão, o novo Código de Processo Civil (NCPC) enfrentou de modo firme a questão (art. 489, § 1°, inciso VI), prescrevendo a nulidade de qualquer decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, quando não demonstrar a ocorrência de distinção do caso em julgamento ou superação do entendimento.

Nesse pano de fundo, o presente estudo objetiva a compreender os deveres dos tribunais e o regramento dos precedentes judiciais apresentado pelo novo Código de Processo Civil, especificamente para compreender o método adequado de fundamentação da decisão por meio da qual se pretenda superar a *ratio decidendi* de um precedente judicial.

Em outras palavras, agora levando à problematização do tema a ser investigado, este trabalho visa responder à seguinte indagação: como o Estado-Juiz deve, de fato, agir diante de casos em que se mostre necessário alterar ou revogar um precedente? O método que será utilizado nesta pesquisa será o dedutivo acrescido de investigação bibliográfica.

1 A IMPREVISIBILIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS E AS CRISES DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO

A globalização e a tecnologia, dentre outros fatores, têm tornado a vida na sociedade paulatinamente mais complexa, exigindo do Estado a tomada de medidas para aperfeiçoar o desenvolvimento de suas atividades e acompanhar a evolução das relações humanas.

No desempenho de suas funções, todavia, o Estado brasileiro encontra-se bastante afastado do mandamento constitucional de promoção da segurança jurídica, a ponto de, na atualidade, o nível de insegurança jurídica alcançar estágios nunca antes verificados (ÁVILA, 2014, p. 53). Isso porque os atos administrativos emanados do Poder Executivo, a legislação elaborada pelo Poder Legislativo e, naquilo que interessa aos objetivos da presente investigação, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, não estão preocupadas com a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico – elementos estruturantes que, em conjunto, compõem a segurança jurídica (ÁVILA, 2014, p. 698).

Infelizmente, o sentimento de insegurança causado pelos atos oriundos do Poder Judiciário desponta como um grave causador de crise no Brasil, mesmo com a atribuição da função de Cortes Supremas ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (MARINONI, 2015, p. 63), dando-lhes a incumbência de emprestar a última palavra a respeito da interpretação e aplicação das leis federais e da própria Constituição.

De acordo com Alfredo Buzaid (1972, p. 144), a palavra *crise*, com origem grega, está relacionada à patologia, no sentido de perturbação ou mau funcionamento de um órgão ou função. Ela tem se mostrado adequada para representar o estado da (in)segurança jurídica e da (des)igualdade aplicação do direito pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, o que o novo Código de Processo Civil (NCPC) visa a sanar.

Constituindo prática arbitrária, o ato de decidir cada caso da forma eleita como a mais adequada pelo julgador (STRECK, 2013, p. 107) não encontra abrigo num Estado de Direito que se pretenda Democrático, por ignorar a necessidade de promoção da igualdade entre os jurisdicionados (PUGLIESE, 2011, p. 11).

Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 237) sustenta que a segurança jurídica nas decisões judiciais somente pode existir em conjunto com o princípio da igualdade. Seria impossível fornecer segurança jurídica ao cidadão enquanto ele continuar enxergando fatos e assuntos exatamente idênticos sendo tratados mediante decisões conflitantes.

Quando os provimentos jurisdicionais são proferidos de modo imprevisível e díspar, não ocorre a aplicação do direito de modo igual para todos, o que deveria acontecer apenas em situações especiais, quando os casos efetivamente deveriam ser considerados diferentes ou quando o precedente devesse ser superado. É exatamente esse o espírito do art. 489, § 1°, inciso VI, do NCPC.

Não sendo o caso de distinção ou revogação, o não seguimento do precedente afetará diretamente a cognoscibilidade do direito, causando insegurança jurídica e desigualdade, além de afastar o Judiciário dos anseios da sociedade. Nessa hipótese, estará presente a indesejada

opacidade do direito (CÁRCOVA, 1998, p 14), prejudicando a credibilidade do Judiciário e do dificultando o desenvolvimento econômico e social do país (ROSITO, 2012, p. 57).

Vigorando o CPC/73, embora organizada em níveis, a estrutura judiciária brasileira, normativa e culturalmente não exigia que um juiz respeitasse um precedente de um Tribunal Superior, tampouco que um Tribunal respeitasse suas próprias decisões. Isso se caracterizava como verdadeiro paradoxo no sistema processual como um todo. As decisões eram proferidas sem muita preocupação com a coerência ou com o respeito aos precedentes do próprio Tribunal ou dos Tribunais superiores (BARBOZA, 2014, p. 236).

A expressão *jurisprudência lotérica* foi lapidada por Eduardo Cambi (2001, p. 111) para designar o fenômeno segundo o qual as partes necessitam de *sorte* para que a decisão acerca de questão de seu interesse, objeto de discussão judicial, seja proferida por este ou aquele órgão jurisdicional, a depender do modo pelo qual a mesma questão jurídica tem sido compreendida: "se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado".

O mesmo autor aponta o fenômeno da jurisprudência lotérica como causadora da *crise na aplicação do direito*, cujo próprio conteúdo se torna desconhecido, abalando a segurança jurídica do indivíduo, no particular, e da sociedade, em geral:

A situação [...] contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo a causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá a segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem sub incerto enim iuri nemo bonorum aut animae securus vivit (sob um direito incerto ninguém vive seguro dos bens da vida). (CAMBI, 2001, p. 112, grifo do autor)

O mandamento constitucional de igualdade perante a lei não é restrita ao texto legal abstrato, pois também alcança o momento de atuação prática da norma jurídica, na resolução dos casos concretos postos à apreciação do Poder Judiciário. Nesse sentido, segundo observação de Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 28), a igualdade perante a lei deve ser compreendida sob duas óticas: da isonomia perante o texto legal (norma legislada), e perante a decisão judicial (norma judicada).

De todo modo, mesmo possuindo inegável face negativa e sendo perniciosa ao próprio Estado de Direito, a crise da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito propiciou um ambiente de inquietação capaz de levar à reflexão acerca dos caminhos a serem percorridos para sua superação (ROSITO, 2012, p. 52).

Desde a entrada em vigor do NCPC, o panorama foi consideravelmente alterado, em especial por força das disposições contidas nos artigos 489, § 1°, inciso VI, 926 e 927. Pela relevância do papel desempenhado pelo Poder Judiciário no fortalecimento da democracia e do Estado de Direito (POLICHUK, 2011, p. 39), não se espera mais encontrar novas decisões absurdamente diferentes, oriundas de um mesmo Tribunal, às vezes no mesmo dia ou semana, para questões idênticas, sem que sequer ocorra razão ou justificação adequada para a distinção ou superação do precedente, implicando naquilo que se convencionou chamar de *jurisprudência banana boat* (SILVA, 2012, p. 292).

Feitas estas considerações, passa-se à análise dos deveres dos tribunais e o regramento dos precedentes judiciais no NCPC, tidos como imprescindíveis ao aprimoramento da prática judicial brasileira, especialmente no que toca à fundamentação adequada da decisão de revogação de um precedente, capaz de, a um só tempo, proporcionar a integridade do direito e a almejada segurança jurídica do direito brasileiro.

2 OS DEVERES DOS TRIBUNAIS E O REGRAMENTO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O esforço doutrinário e legislativo de valorização dos precedentes judiciais verificado no Brasil nas últimas décadas ganhou significativo reforço com o advento do NCPC. O novo Código veicula importantes valores constitucionais e pretende modernizar da atividade jurisdicional do país, em benefício da segurança jurídica do cidadão, capaz de promover a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana (CUNHA, 2012, p. 354).

Dentre as inovações do NCPC, naquilo que interessa ao presente estudo, está a criação de um sistema de precedentes judiciais, construído para combater a *dispersão excessiva da jurisprudência*. O alcance desse e de outros objetivos foi buscado mediante a promoção de alterações no sistema recursal e a previsão de meios para a uniformização dos provimentos jurisdicionais, com regras de manejo e aplicação dos precedentes judiciais e a previsão das consequências jurídicas deles decorrentes (BRASIL, 2010, p. 19).

O NCPC pretendeu acabar com a crise da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito através de um sistema de precedentes judiciais, cuja disciplina foi quase que inteiramente realizada nas disposições gerais do Livro III (artigos 926 a 928), relativo aos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais.

A disciplina legal do sistema de precedentes judiciais tem início no art. 926, *caput*, do NCPC, com a veiculação de *deveres gerais das Cortes* no que toca aos precedentes

(ROMÃO; PINTO, 2015, p. 106), ao prever que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Ele é símbolo da aposta na estabilização das decisões judiciais, tornando a prestação jurisdicional mais íntegra e coerente, iniciando-se pelos tribunais, que *deverão dar o exemplo*: "como se exigir o respeito no aspecto vertical (para órgãos hierarquicamente inferiores) se inexiste respeito no aspecto horizontal (do próprio tribunal)? Afinal, quem não respeita não pode cobrar respeito" (NEVES, 2016, p. 1487).

O art. 926, *caput*, do NCPC visa a impedir que os tribunais possuam entendimentos instáveis a respeito das questões que lhes são levadas a apreciação, dada a nocividade dessa situação para todos os cidadãos, principalmente quando isso ocorre em julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de regra de conduta aos julgadores de todas as instâncias, derivada do princípio constitucional da isonomia, corriqueiro em Estados Democráticos de Direito. A despeito de sua tamanha obviedade, teve de ser positivada no Brasil em razão da sistemática dispersão jurisprudencial, que se pretende evitar (WAMBIER et al, 2015, p. 1314).

A respeito do tema, o Enunciado nº 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) é bastante elucidativo ao prever que "os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927", atinentes às técnicas de distinção ou superação do precedente, cuja adoção dependerá do atendimento de seus requisitos respectivos.

Enquanto instituição, pelo dever de uniformização da jurisprudência, o tribunal não poderá se omitir em dissipar a divergência existente entre seus órgãos internos (DIDIER JR., 2015, p. 384). Para tanto, deverá valer-se dos inúmeros instrumentos destinados a tal fim, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976), do incidente de assunção de competência (art. 947), dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.036) e das súmulas de jurisprudência (art. 926, § 1°).

Individualmente, os integrantes dos tribunais terão o dever moral de colaborar com a uniformização da jurisprudência. Portanto, se seu entendimento for isolado, embora com ressalva de sua posição pessoal, o desembargador ou ministro deverá curvar-se à maioria, mesmo quando inexistir precedente ou súmula de seguimento obrigatório (NEVES, 2016, 1488-1489). O Enunciado nº 172 do FPPC corrobora o raciocínio: "A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória".

Além de uniformizarem sua jurisprudência, os tribunais deverão mantê-la estável e confiável. Quando o precedente de um mesmo tribunal ou de um a ele superior não é aplicado

a um caso atual, há ofensa à isonomia e à segurança jurídica dos jurisdicionados, o que não se pode admitir diante da atual ordem constitucional.

Assim, mesmo quando não concordarem com um precedente, devido a sua autoridade política naquele tribunal, em determinadas circunstâncias, pelo bem da estabilidade do ordenamento jurídico, os juízes deverão segui-lo, salvo se existirem razões suficientes para realizar uma distinção entre casos ou uma revogação do precedente (POSNER, 2007, p. 609).

A instabilidade da jurisprudência pode acontecer tanto quando o julgador ignora um entendimento antes adotado como quando o conhece, mas simplesmente passa dar tratamento diverso à mesma questão. Uma mudança repentina maltrata a isonomia entre os jurisdicionados e não proporciona segurança jurídica, impedindo que pessoas e empresas possam planejar as condutas que tomarão ao longo de suas vidas, com base no ordenamento jurídico, *do qual os precedentes vinculantes também fazem parte*, como bem ressaltou o Enunciado nº 380 do FPPC.

Nesse viés, o NCPC estimula a produção de jurisprudência uniforme e estável, cuja exigência impede alterações bruscas de entendimento, já que os tribunais como um todo, inclusive seus órgãos fracionários, têm de respeitar os seus próprios precedentes, bem como os dos tribunais superiores (WAMBIER et al, 2015, p. 1314). O FPPC sinaliza no mesmo sentido em seus Enunciados nº 316 (A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários) e nº 453 (A estabilidade a que ser refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes).

Ao contrário do que pode parecer, o dever de estabilidade não pretende tornar o direito imutável (FOGAÇA; FOGAÇA, 2015, p. 522). A análise desenvolvida no tópico a seguir apontará que o NCPC possibilita a alteração ou revogação de um precedente, embora tais hipóteses tragam consigo a imposição de uma maior carga argumentativa (art. 489, § 1°, inciso VI), cuja falta poderá macular a decisão de nulidade, em caso de desrespeito.

O art. 926, *caput*, do NCPC, também impõe aos tribunais o dever de integridade, que, em linhas gerais, pode ser compreendido como a obrigação de as decisões levarem em consideração as decisões pretéritas do mesmo tribunal ou de outros a ele superiores. Ela não deixa de ser uma releitura da doutrina da unidade do ordenamento jurídico, destacada pelo Enunciado nº 456 do FPPC.

Quando se fala em decidir conforme o ordenamento jurídico, deve-se considerar a possibilidade de, mantido o texto legal em sentido amplo, ocorrer evolução na interpretação

capaz de alterar a norma jurídica dele extraída. De igual modo, os precedentes judiciais poderão ganhar novos significados devido à remodelagem da sociedade.

Aliás, em 22/04/2009, no julgamento da ADin nº 4071, relatada pelo Ministro Menezes Direito, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal assentou a possibilidade de a jurisprudência ser alterada devido a "modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes". O Enunciado nº 322 do FPPC caminha no mesmo sentido: "A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida".

Para estas hipóteses, o dever de integridade, por visar a mediar a tensão entre a segurança jurídica e a dinâmica do direito, orientará a utilização das técnicas da distinção ou superação dos precedentes, adequando o entendimento do tribunal à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico, como orienta o Enunciado nº 457 do FPPC.

O art. 926, *caput*, do NCPC, traz outra imposição derivada da isonomia. É o dever de coerência para os tribunais, mediante o qual se impede seja conferido tratamento jurídico diferente a indivíduos envolvidos em situações análogas ou atinentes a uma mesma questão de direito (NEVES, 2016, p. 1490).

Esse dever de coerência traz em seu seio os postulados da boa-fé objetiva, intimamente relacionada aos precedentes judiciais. A boa-fé objetiva e a coerência relacionam-se porque, quando um precedente sinaliza ao indivíduo a possibilidade de praticar determinada conduta, o Poder Judiciário não pode e não deve, posterior, abrupta e incoerentemente modificar o seu entendimento, prejudicando aquele que confiou na mensagem transmitida pelo primeiro precedente (HELLMAN, 2015, p. 77-78).

Para o Enunciado nº 455 do FPPC, "Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação".

Desta maneira, se o órgão julgador já possui entendimento formado sobre o tema, ele somente se desincumbirá de seu dever de coerência caso aplique na decisão de um caso presente os mesmos princípios adotados quando foram decididos os demais casos idênticos (STRECK, 2013, p. 111).

A formação dinâmica do precedente possibilita uma atuação coerente do Poder Judiciário, já que a construção de sua *ratio decidendi* é iniciada no primeiro grau de jurisdição –isso, evidentemente, quando o juiz de primeira instância tem em mãos uma questão

comumente denominada de caso de primeira impressão, porque, se for demanda já decidida pelo Tribunal, obviamente que o juiz, até mesmo por coerência, deverá seguir o precedente de seu Tribunal—, sendo lapidada e fortalecida, à medida que o processo caminha pelos diferentes graus de jurisdição, visando à definição do "melhor entendimento possível naquele momento histórico e social, a respeito de determinada questão jurídica" (SANTOS, 2012, p. 172).

Desse modo, como decorrência do dever de coerência dos tribunais, o desembargador ou ministro que aderir ao voto-vencedor ficará obrigado a seguir o precedente construído quando a ele for posteriormente submetida a mesma questão, exceto se for o caso de distinção ou superação, como sugere o Enunciado nº 431 do FPPC.

Sob a mesma ótica, o Enunciado nº 454 do FPPC, assinala que "Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)".

O mecanismo de decidir com base nos precedentes pertinentes à mesma questão jurídica é conhecido como *técnica de autorreferência*. A operação de um sistema jurídico baseado em precedentes obrigatórios impõe um novo modelo argumentativo no processo e a autorreferência é um dever específico da fundamentação das decisões, já que o julgador necessitará dialogar com os precedentes existentes, mesmo que seja para negar a sua aplicação no caso presente (MACÊDO, 2015b, p. 267-268).

Prática comum no âmbito da *common law*, a técnica da autorreferência contribui para uma atividade jurisdicional coerente, pois impõe a necessidade de diálogo do julgador com os precedentes do próprio tribunal e dos tribunais superiores na construção de sua nova decisão (THEODORO JR; NUNES; BAHIA, 2010, p. 42-47).

No âmbito de um sistema de precedentes, os juízes têm consciência de que decisões judiciais não partem do grau zero de sentido (STRECK, 2013, p. 108). Elas devem ser construídas a partir dos princípios adotados nas decisões pretéritas, de modo a conferir coerência e integridade ao direito, porque os argumentos já apreciados quando do julgamento do caso precedente não necessitarão ser novamente respondidos pelo julgador do caso presente, mas os precedentes invocados pelas partes para sustentar suas razões deverão integrar a nova decisão (SUMMERS, 1997, p. 383).

Portanto, se um argumento apresentado por determinado litigante já foi resolvido em contraditório pela decisão que originou o precedente, a nova decisão não será obrigada a lhe enfrentar novamente. Assim, a construção da decisão do caso presente será construída através da invocação do precedente aplicável, demonstrando existir incidência de seus fundamentos

determinantes na hipótese fática em exame, sem que a medida implique em ausência de fundamentação. A essa situação empresta-se a denominação de feito expansivo do precedente.

O Enunciado nº 524 do FPPC trata do tema: "O art. 489, §1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado". Em verdade, o enfrentamento ocorrerá de modo indireto, exatamente por intermédio da confrontação e mediante as técnicas de distinção, devendo ficar claro, evidentemente, que o juiz de primeira instância não irá praticar a revogação do precedente, já que essa atribuição toca ao tribunal e não a ele que pode, se for o caso, acompanhar o precedente e apresentar, na decisão, argumentos que podem levar o tribunal *ad quem* até mesmo a revogar o precedente ou sinalizar que isso será feito no futuro.

A técnica da autorreferência não consiste em apenas indicar o precedente na decisão. Como bem constou no art. 489, § 1°, inciso V, do NCPC, a fundamentação da decisão somente estará completa se o julgador identificar os fundamentos determinantes do precedente invocado e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta a eles. Dessa maneira, o tribunal demonstrará a coerência de sua atividade quando a nova decisão contiver tanto as razões para o acolhimento de um precedente, quanto os motivos pelos quais a hipótese fática do caso concreto não se amoldou à *ratio decidendi* do precedente por ela rejeitado (ROMÃO; PINTO, 2015, p. 111).

De outro lado, também há o dever de tornar públicos os precedentes, consoante dispõe o art. 927, § 5°, do NCPC: "Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores".

Seguindo a disciplina normativa, em seus cinco incisos, o art. 927 apresenta um rol escalonado e não taxativo de decisões cujo respeito será obrigatório pelos juízes e tribunais. A ordem de apresentação dos precedentes em cada um deles revela uma verdadeira hierarquia a ser observada no momento do julgamento (MACÊDO, 2014, p. 387-388).

É perfeitamente admissível o surgimento de precedentes através de decisões diversas daquelas relacionadas no artigo 927 do NCPC. Assim, os órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também poderão, evidentemente, originar precedentes, os quais igualmente precisarão ser respeitados pelos tribunais e juízes hierarquicamente inferiores no plano recursal. Portanto, conquanto não mencionados no rol do artigo 927 do NCPC, não havendo precedente do Plenário do STF ou da Corte Especial do STJ, buscar-se-á a existência de um oriundo de um órgão fracionário de cada um dos

tribunais, conforme a matéria seja constitucional ou infraconstitucional, respectivamente (MACÊDO, 2014, p. 388).

Por outro lado, uma vez que a doutrina e o próprio ordenamento jurídico caminhavam para a valorização do precedente judicial como referencial normativo do sistema processual, o novo Código de Processo Civil pecou ao atribuir tamanha importância à súmula. Se a incidência da norma jurídica no caso concreto faz nascer o precedente judicial, atribuindo-se a ele uma força obrigatória, sendo também ele a base para a edição do enunciado da súmula, o caminho natural seria o gradativo desuso do instituto do instituto das súmulas, não o contrário (MACÊDO, 2015b, p. 478). Não se pretende, obviamente, desvalorizar o papel da súmula; o que se está aqui a afirmar é que súmula não deve ser considerada o precedente. Ela sintetiza o entendimento do precedente, servindo, quem sabe, como índice e elemento de pesquisa, próprio do direito brasileiro e que, como se disse, desempenhou relevante importância na construção de um sistema precedentalista no Brasil.

Assim, quando o § 1º do artigo 926 do NCPC determina a edição de enunciados de súmulas, com ou sem caráter vinculante, cria inegável entrave à boa operação da teoria dos precedentes obrigatórios, pois, como é intuitivo, o precedente judicial é que deverá ocupar a posição de referencial normativo, não a súmula (MACÊDO, 2014, p. 386).

Seguindo na análise da regulamentação teórica do sistema de precedentes, constatase não ter sido conceituada a *ratio decidendi* do precedente no âmbito do NCPC, ficando a cargo da doutrina a delimitação de seu conteúdo, como a "proposição jurídica essencial e necessária ao julgamento do caso precedente. É a norma extraída do caso concretamente julgado e vincula os tribunais inferiores. Encontra-se no centro do sistema, com força vinculante para os casos futuros" (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 349).

Esse conceito de *ratio decidendi* pode ser extraído mediante uma interpretação sistemática de diversos dispositivos do NCPC, tais como o art. 926, § 2°, quando se fala em "circunstâncias fáticas dos precedentes" que motivaram a edição de súmula; também o art. 927, § 2°, se encontra menção à "tese jurídica adotada"; e o art. 489, § 1°, inciso V, relativo aos "fundamentos determinantes da decisão".

De igual forma, é possível identificar a previsão da técnica da distinção no NCPC, quando o art. 489, § 1°, inciso VI, impõe a nulidade à decisão que "deixar de seguir súmula, jurisprudência ou precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

Distinção ou *distinguishing* "é o que os juízes realizam quando fazem a distinção entre um caso e outro" (DUXBURY, 2008, p. 113). Seu fundamento reside no pressuposto de

que fatos distintos autorizam julgamento em sentido diverso daquele assentado no precedente invocado (BRITO; BRITO, 2016, p. 92).

Tratando da técnica, assim orienta o Enunciado nº 306 do FPPC: "O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa".

Analisados, portanto, os deveres dos tribunais e o regramento necessário à formação e operação dos precedentes judiciais, é necessário tratar da forma adequada para a construção da decisão de superação do precedente, no âmbito do NCPC.

3 A DECISÃO DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O dever de manutenção de uma jurisprudência uniforme pelos tribunais, os quais deverão exercer sua atividade mediante decisões estáveis, íntegras e coerentes, indica que "sempre haverá uma forte pressão normativa pela manutenção do precedente, sendo a superação a última opção a ser feita pela Corte, justamente pela possibilidade de gerar instabilidade no ordenamento jurídico" (PEIXOTO, 2015, p. 200).

Um tribunal não deve modificar seu precedente sem refletir adequadamente sobre o tema, apresentando motivos sérios e bem examinados, dado o radical abalo à vida jurídica do cidadão (MAXIMILIANO, 1995, p. 234).

A prática judicial exige constantemente que as partes e o juiz do caso sucessivo busquem a *ratio decidendi* do precedente, para depois realizar a comparação com o novo caso, e, assim, decidir por aplicar ou não o precedente (TOSTES, 2001, p. 202). Todavia, nada impede que o tribunal criador do precedente ou outro a ele superior faça mais do que simplesmente distinguir os casos, pois ele pode concluir pela necessidade de sua revogação. Isso acontece quando se constata que a *ratio decidendi* teve formação equivocada, ou não mais se coaduna com as exigências do direito, em face da ocorrência de mudanças sociais, alteração do quadro fático-normativo, criação de novas tecnologias, dentre outros motivos (ROSITO, 2012, p. 305).

Assim, um precedente poderá ser superado ou revogado se houver alteração nos paradigmas interpretativos que levaram a sua criação no passado, para se permitir uma nova concepção judicial do direito, atendendo às exigências da sociedade, já em uma nova realidade cultural (TUCCI, 2004, p. 180). A possibilidade de revogação de um precedente

confere dinamicidade ao sistema jurídico, pois não há exigência de cega obediência às decisões passadas, se elas forem errôneas ou desarrazoadas (RE, 1994, p. 285).

À superação ou revogação de um precedente dá-se o nome de *overruling*. No *common law*, na maioria das vezes, *o overruling* é precedido pela técnica da sinalização, pelo qual o tribunal dá indícios e alertas, à comunidade jurídica, de que o precedente está perdendo a sua força e que, em breve, poderá ser revogado. Isso traz, sem dúvida alguma, segurança jurídica, já que a revogação não ocorre de surpresa, como tantas vezes ocorre no Brasil.

Assim, a revogação terá lugar quando, mesmo após a reavaliação dos fundamentos que embasaram a formação do precedente, não se tenha obtido meio adequado para a sua correção ou emenda, ocasionando a substituição de sua *ratio decidendi* por outra no ordenamento jurídico (BUSTAMANTE, 2012, p. 387).

Diferentemente da *distinguishing*, a *overruling* ocorrerá em relação à questão de direito, não de fato. Quando um precedente é revogado, o tribunal está dizendo que a aplicação da regra jurídica dele decorrente não é mais admitida daquela forma, exigindo uma nova interpretação. Portanto, não se trata de diversidade de bases fáticas entre o caso originador do precedente e o caso em julgamento (DUXBURY, 2008, p. 117).

Na hipótese de um precedente possuir mais de uma *ratio decidendi* e apenas uma delas ser objeto de *overruling*, sempre haverá a possibilidade de manutenção do precedente, no que tange às *ratios* não afetadas (CROSS; HARRIS, 1991, p. 131-132).

A revogação da *ratio decidendi* do precedente poderá ocorrer de modo explícito ou implícito, quando será chamada de *transformation*. Sendo expressa ou tácita, sempre será medida será excepcional, o que se comprova pelo fato de a *House of Lords* inglesa não ter revogado mais de um precedente por ano nas últimas décadas (MARINONI, 2016, p. 251), sendo apenas 08 entre os anos de 1966 e 1991 (DUXBURY, 2008, p. 128). A Suprema Corte americana, por sua vez, registrou 210 superações expressas entre os anos de 1789 e 2009 (GERHARDT, 2011, p. 11).

Se sobrevier lei nova tratando de modo diverso determinada hipótese fática, o julgador deverá aplicá-la aos casos ocorridos em sua vigência em detrimento do precedente, salvo se ela for objeto de declaração de inconstitucionalidade, ou realizada interpretação conforme ou pronunciada sua nulidade sem redução de texto (FPPC, Enunciado nº 324). Nessas hipóteses, não há de se falar em desrespeito ao precedente ou em *overruling*.

O sistema judiciário somente será íntegro e coeso quando, além de respeitarem a hierarquia, os tribunais superiores assumirem seu papel de orientação através dos precedentes e submeterem-se a regras adequadas para a sua revogação (OLIVEIRA; ANDERLE, 2014, p.

320). Por isso, a revogação de um precedente será tolerada e incentivada quando dela decorrer uma interpretação mais justa da regra jurídica aplicável ao caso em julgamento (MARINONI, 2016, p. 225-227).

A possibilidade virtual de superação do entendimento nele estampado não significa, em absoluto, uma ampla liberdade para que os juízes o façam em qualquer situação. Estarão presentes os motivos autorizadores da prática da overruling apenas quando um precedente deixar de corresponder aos padrões de *congruência social* e *consistência sistêmica* e a sua manutenção for menos indicada pelos valores de estabilidade (isonomia, confiança justificada e vedação da surpresa injusta) que sua própria manutenção (EISENBERG, 1988, p. 350).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 252), um precedente não atenderá aos padrões de *congruência social* quando três espécies de proposições forem por ele negados. As proposições morais refletem o consenso moral geral da comunidade, enquanto as políticas retratam uma situação boa ou má diante do bem-estar geral, e as proposições de experiência, por fim, referem-se ao modo de funcionamento do mundo, como as condutas de determinados grupos da comunidade. Além disso, a *consistência sistêmica* não estará satisfeita por um precedente quando o mesmo tribunal que o originou proferir decisões com ele incoerentes.

Na utilização de tal técnica, entretanto, o tribunal deverá avaliar prévia e pontualmente se não será o caso de manutenção do precedente, como forma de preservar a estabilidade do sistema e garantir a segurança jurídica do cidadão que nele confiou, pois a revogação do precedente com efeitos retroativos poderá constituir medida tão ou mais injusta que sua própria manutenção (ROSITO, 2012, p. 307).

Na teoria do precedente judicial, a *ratio decidendi* possui o caráter de norma jurídica e, como tal, compõe o ordenamento jurídico. Da mesma forma que a revogação de um ato oriundo do Poder Legislativo necessita ser submetida a determinado procedimento legal, a prática de um *overruling* pelo Poder Judiciário precisa encontrar justificativa plausível e atender a determinados requisitos, já que, do contrário, a decisão por meio da qual ela se realiza estaria desprovida de legitimidade democrática no Estado brasileiro.

Nesse sentido, para suprir o baixo teor democrático das decisões mediante as quais ocorra distinção ou revogação de um precedente, a *overruling* foi tratada pelo art. 927, § 2°, do NCPC, cujo objetivo foi indicar a possibilidade de serem realizadas audiências públicas e admitida a participação de *amicus curiae* na rediscussão da tese (arts. 138, 927, § 2°, 983, § 1°, 1.038, inciso II), antes de se tomar a decisão de sua alteração ou superação.

Devido ao tamanho do impacto ocasionado por uma decisão de superação de precedente, é muito importante um contraditório qualificado, capaz de amadurecer a discussão

e aprimorar a fundamentação. Por isso, "o relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas" (Enunciado nº 175 do FPPC).

O art. 927, § 3°, do NCPC, permite a modulação dos efeitos da decisão que alterar a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, no interesse social e no da segurança jurídica. É de se notar, a esse respeito, que, "pelos pressupostos do § 3° do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto", de acordo com o Enunciado nº 55 do FPPC.

Por sua vez, o § 4º, do art. 927, do NCPC autoriza a revogação ou modificação de um precedente, desde que o julgador se desincumba da maior carga argumentativa em sua decisão, que deverá conter fundamentação adequada e específica a respeito das razões para o abandono do precedente existente, tudo para garantir respeito aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, conforme análise realizada a seguir.

4 A APLICAÇÃO DA INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA DECISÃO DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL

Apontando existir nulidade na decisão que não respeita um precedente sem demonstrar as razões jurídicas de sua superação, o NCPC claramente incorporou o *princípio da inércia argumentativa* à obrigação de fundamentação das decisões de *overruling*.

A justificativa para isso é a de que, depois de instituído, um precedente somente deverá ser revogado ou modificado quando as vantagens decorrentes de tal medida sejam superiores aos prejuízos que todo o sistema suportará pela quebra da estabilidade e segurança jurídica (EISENBERG, 1988, p. 122). Por isso que, em atenção ao interesse social e à segurança jurídica, o art. 927, § 3°, do NCPC, permite a modulação dos efeitos da decisão promotora de "alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos".

Assim, para se modificar enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de recurso repetitivo, por aplicação do *princípio da inércia argumentativa* (ATAÍDE JR, 2014, p. 389-399), o julgador encontrará maior dever de fundamentação, a qual deverá ser "adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia" (art. 927, § 4°, NCPC).

A revogação de um precedente significa a retirada de uma norma ordenamento jurídico, quase que equivalendo ao processo legislativo de revogação de uma lei. Por isso, quando o julgador recusa um precedente - e isso somente pode ocorrer no âmbito de um tribunal, pois juiz de primeira instância não possui essa atribuição -, deve-se exigir dele justificativas que ultrapassam as razões ordinárias para a fundamentação de uma decisão.

O abandono de uma trilha seguida por inúmeras vezes necessita ser acompanhada da apresentação de fundamentos complementares, para justificar a incoerência histórica, tanto pela força do hábito quando pela coerência na conduta que se esperava ver nas outras ocasiões em que o quadro fático fosse repetido (TUCCI, 2004, p. 180-181).

Na física, a primeira Lei de Newton permite compreender a inércia como a tendência de um corpo em repouso manter infinitamente esse estado, salvo se uma força atuar sobre ele. Sob a ótica do dever de respeito aos precedentes, a inércia atuaria no campo da argumentação a ser desenvolvida no âmbito do processo, que poderia compor duas modalidades de fundamentação: *i*) a primeira, com forte ônus argumentativo, será destinada a quem sustenta tese oposta à do precedente, ou ao julgador que se afasta da *ratio decidendi* ao decidir um caso posterior; e *ii*) na segunda, diminui-se a carga argumentativa daquele que sustenta tese alinhada ao precedente, ou ao julgador que incorpora a *ratio decidendi* à fundamentação da decisão do caso presente (ATAÍDE JR., 2014, p. 379).

Dentre os seus vários benefícios para a manutenção e operação de um sistema de precedentes obrigatórios, destaca-se a exigência de maior carga argumentativa para fundamentar as decisões de *overruling*, tornando-a legítima somente quando existirem maiores razões para a revogação que para a manutenção do precedente:

A desconsideração do precedente, quer na dimensão vertical, quer na horizontal, exige uma argumentação qualificada, (a) ora demonstrando que o precedente se formou inadequadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica (overruling); (b) ora demonstrando que no caso em julgamento há fatos relevantes que o distancia do caso em que se firmou o precedente (distinguishing). [...] a inércia argumentativa intervém em favor do estado de coisas existente, que só deve ser alterado se houver razões a favor da mudança, se houver prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete. No direito, as razões a favor da mudança funcionam de forma bastante semelhante à força resultante que pode pôr em movimento um corpo em repouso, ou a alterar a velocidade ou direção de um corpo em movimento (ATAÍDE JR., 2014, p. 389).

É elementar que, no bojo de um processo, cada parte invocará o precedente favorável à sua tese e, ao mesmo tempo, argumentará no sentido de demonstrar a inaplicabilidade ao caso do precedente trazido pelo adversário. No momento de decidir, competirá ao julgador a

apreciação dos fatos, das provas produzidas e fundamentar a sua decisão sem se esquecer que a segurança decorrente do precedente e a confiança nele depositada pelos jurisdicionados recomenda a sua manutenção no ordenamento jurídico. Assim, o respeito aos precedentes é fundamental nessa etapa e a inércia argumentativa é capaz de manter a regularidade do estado das coisas, como destaca Chaim Perelman (2004, p. 219):

O fato de seguir uma jurisprudência constante é suficiente para motivar uma sentença, ao passo que a reforma de uma jurisprudência estabelecida deve ser seriamente motivada. Pois, por causa do grande crédito atribuído à regra de justiça, que ordena o tratamento igual para casos essencialmente semelhantes, são necessárias razões imperiosas para motivar uma reforma de jurisprudência. De fato, mesmo que não sejam obrigadas à regra do *stare decisis*, no direito continental, as instâncias inferiores hesitam em contradizer as instâncias superiores, que poderiam cassar-lhes a sentença, a menos que possam argumentar de modo suficientemente convincente em favor de uma mudança de jurisprudência. Esta é, aliás, a razão pela qual cada uma das partes tem interesse em mostrar ao juiz que a solução que propõe afasta-se o menos possível da jurisprudência tradicional. Ou, caso se afaste, que se insere numa linha de evolução indicada por arestos anteriores. Mas, a cada vez, será necessário mostrar que a solução que se propõe é a mais justa, a mais razoável, que corresponde melhor aos interesses da sociedade.

A outorga de maior importância às decisões judiciais no Brasil não foi acompanhada da constatação acerca da necessidade de o defensor de tese antagônica à *ratio decidendi* bem como do julgador que distingue ou revoga um precedente terem de apresentar uma fundamentação melhor qualificada, para possibilitar o respeito aos princípios da isonomia, da segurança jurídica e da motivação das decisões. (ATAÍDE JR., 2014, p. 379).

A inércia argumentativa é valiosa para o direito brasileiro justamente por exigir essa maior carga argumentativa na fundamentação da decisão veiculadora da *overruling*, sob pena de nulidade (art. 489, § 1°, inciso VI, do NCPC), agregando conteúdo democrático à atividade judicial, pois somente será legítima a revogação de uma *ratio decidendi* quando ela já não mais encontrar espaço no ordenamento jurídico.

Portanto, se a manutenção de um precedente pode vir a causar injustiça ao cidadão ou sua *ratio decidendi* já não se demonstrar apropriada à realidade jurídica atual, sua revogação deve ser admitida, desde que observada a necessidade de adequada, específica e qualificada fundamentação, em respeito à segurança jurídica e à isonomia dos jurisdicionados.

CONCLUSÕES

No presente trabalho, foram contextualizadas as crises da segurança jurídica e da igualdade na aplicação do direito como consequências da imprevisibilidade dos provimentos

jurisdicionais, que o novo Código de Processo Civil buscou solucionar através de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

Na construção das decisões judiciais, desde então, os tribunais passaram a ter de observar diversos deveres que lhes foram atribuídos pelo NCPC, tais como o de estabilidade, integridade, coerência e publicidade dos precedentes, tudo com o objetivo de tornar seguro seu manejo e aplicação, permitindo ao cidadão saber as consequências jurídicas decorrentes de cada um deles.

No âmbito do NCPC, há uma tendência de manutenção do precedente, para se evitar a instabilidade do ordenamento jurídico causada por uma decisão de superação de precedente judicial, que somente ocorrerá em hipóteses excepcionais. Assim, tem lugar o dever de diálogo com os precedentes (técnica da autorreferência), aplicando-se a inércia argumentativa, que exige maior carga argumentativa na fundamentação, sob pena de nulidade da decisão veiculadora da *overruling*, em nome da segurança jurídica do cidadão.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, n. 229, ano 39, mar/2014.

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica:* fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRITO, Jaime Domingues; BRITO, Tiago Domingues. Os precedentes vinculantes e a liberdade religiosa. In: COSTA, Ilton Garcia da et al (Org.). *Paz, educação e liberdades religiosas*. Curitiba: Instituto da Memória, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Estudos de direito*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 786, abr./2001.

; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. <i>In:</i> DIDIER JR., Fredie et al. <i>Precedentes</i> . Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.
CÁRCOVA, Carlos Maria. A opacidade do Direito. São Paulo: LTR, 1998.
CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. <i>Precedent in English Law</i> . 4.ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.
CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. <i>Revista de Processo</i> , n. 209, ano 37, jul./2012.
DIDIER JR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In:; et al. <i>Precedentes</i> . Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.
DUXBURY, Neil. <i>The nature and authority of precedent</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
EISENBERG, Melvin Aron. <i>The nature of the common law</i> . Cambridge: Harvard University Press, 1988.
FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. <i>Revista da Faculdade de Direito da UFMG</i> . n. 67, juldez./2015.
GERHARDT, Michael J. <i>The power of precedent</i> . Oxford: Oxford University Press, 2011.
HELLMAN, Renê Francisco. <i>Precedentes e decisão judicial no processo civil brasileiro:</i> a necessidade da busca pela resposta correta. 190 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2015.
MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie; et al. <i>Precedentes</i> . Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015a.
O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. <i>Revista de Processo</i> , n. 237, ano 39, nov/2014.
Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015b.
MANCUSO, Rodolfo de Camargo. <i>Divergência jurisprudencial e súmula vinculante</i> . 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
MARINONI, Luiz Guilherme. <i>Julgamento nas cortes supremas:</i> precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Pedro Miranda; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito? *Revista de Processo*, n. 232, ano 39, jun./2014.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: JusPodivm, 2015.

PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POLICHUK, Renata. *Segurança jurídica dos atos jurisdicionais*. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, n. 122, mai.-jun./1994.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. *Precedente judicial no novo Código de Processo Civil:* tensão entre segurança e dinâmica do direito. Curitiba: Juruá, 2015.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Ticiano Alves e. Jurisprudência banana boat. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 309, ano 37, jul./2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMIK, D. Neil; _____ (Ed.) *Interpreting Precedents:* a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise

da convergência entre *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, n. 189, ano 35, nov./2010.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 104, ano 26, out.-dez./2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.