

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

DANIELA MARQUES DE MORAES

EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

VALTER MOURA DO CARMO

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo Civil [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes; Eduardo Augusto Salomão Cambi; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-303-0

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

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Civil. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos a presente publicação, fruto das pesquisas apresentadas a partir dos artigos aprovados no Grupo de Trabalho Processo Civil I do III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado virtualmente nos dias 23, 24, 25, 26 e 28 de junho de 2021.

A terceira edição virtual do CONPEDI foi organizada com o intuito de garantir a oportunidade de realização de tão importante evento acadêmico-científico, mesmo diante da crise sanitária que se vivencia no país e no mundo em decorrência da pandemia da COVID-19, assegurando a concretização de discussões plurais e democráticas entre as pesquisadoras e os pesquisadores com fluência de suas pesquisas jurídicas, cuja potencialidade é a de influir nas práticas legislativas e judiciais.

No GT Processo Civil I, foram apresentados 26 resultados de pesquisa, por meio de artigos que discutiram temas caros ao sistema de justiça: recursos para os tribunais superiores; juizados especiais; negócios jurídicos processuais; precedentes judiciais; princípios constitucionais-processuais; atuação jurídica extrajudicial; processo estrutural; fundamentação das decisões judiciais; coisa julgada; demandas repetitivas; medidas executivas-satisfativas; e técnicas para o saneamento do processo.

Todas as pesquisas, além de bem apresentadas, foram colocadas em discussão, momento no qual foi possível estabelecer o debate horizontal sobre cada um dos assuntos, com as contribuições que, certamente, engrandecerão as etapas futuras das explorações dos temas para que as investigações sejam aprofundadas, se assim desejarem as autoras e os autores dos artigos científicos.

Importante frisar o compromisso e a sensibilidade das e dos integrantes do GT quanto ao impacto da pandemia na estrutura e nas dinâmicas do sistema de justiça, resultante de novas práticas jurídicas, e que foram exploradas nos artigos apresentados.

Desejamos, a quem se lançar à esta publicação, uma excelente e prazerosa leitura! Há muito o que refletir neste volume.

Prof^a. Dr^a. Daniela Marques de Moraes (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo (Universidade de Marília - UNIMAR)

PRECEDENTES E O DIREITO À CONSTRUÇÃO PARTICIPATIVA DA DECISÃO JUDICIAL: APLICAÇÃO DO ARTIGO 10 DO CPC

PRECEDENTS AND THE RIGHT TO PARTICIPATIVE CONSTRUCTION OF THE JUDICIAL DECISION: APPLICATION OF ARTICLE 10 OF THE CPC

Tamara Brant Bambirra ¹
Danilo de Matos Martins ²

Resumo

O presente trabalho busca, através do método descritivo-analítico, trazer reflexões acerca do sistema de precedentes com o objetivo de alcançar uma maior segurança jurídica, buscando evitar decisões instáveis e imprevisíveis, e demonstrar que a adoção dos precedentes como padrões decisórios deve ser compatibilizada com a garantia ao contraditório, assegurado através de um devido processo argumentativo, visando garantir uma maior efetividade do processo diante da aplicação do precedente judicial e do exercício do contraditório. A metodologia é baseada nas pesquisas documentais e de revisões bibliográficas.

Palavras-chave: Precedentes, Contraditório, Vedação à decisão surpresa, Devido processo legal, Segurança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

The present work seeks, through the descriptive-analytical method, to bring reflections on the precedent system in order to achieve greater legal security, seeking to avoid unstable and unpredictable decisions, and to demonstrate that the adoption of precedents as decision standards must be compatible with the guarantee to the adversary, ensured through a due argumentative process, aiming to guarantee a greater effectiveness of the process before the application of the judicial precedent and the exercise of the adversary. The methodology is based on documentary research and bibliographic reviews.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent, Contradictory, Prohibition of surprise decision, Due to legal process, Legal security

¹ Mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pela Faculdade Dom Hélder Câmara.

² Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário FIPMoc.

1. Introdução

O objetivo do trabalho é demonstrar a importância da garantia do contraditório e da fundamentação racional das decisões, uma vez que a correta interpretação do caso e aplicação da tese jurídica somente é possível a partir do devido processo argumentativo.

Há alguns anos, os teóricos da democracia vêm demonstrando a preocupação em assegurar direitos fundamentais processuais em seus ordenamentos jurídicos, visando a proteção do jurisdicionado contra o arbítrio, e a garantia de uma maior segurança jurídica.

Com este espírito, o Código de Processo Civil adotou o sistema de precedentes judiciais, instituindo procedimentos que têm como objetivo alcançar uma padronização decisória indicando que determinadas decisões possuem força vinculante, devendo sempre ser observado os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Entretanto, a adoção dos precedentes não importa na possibilidade de decisões serem tomadas ou construídas de modo unilateral, sem a garantia da participação dos contraditores na sua construção, possibilitando evidenciar que, em circunstâncias fáticas distintas sejam julgadas de forma diferente. Ainda é necessário que sejam garantidos meios para uma possível superação da tese jurídica, buscando sempre alinhar o direito com as transformações sociais, políticas, jurídicas e econômicas.

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro assegurou que a fundamentação jurídica das decisões judiciais deve respeitar o pleno e efetivo direito ao exercício do contraditório, sendo vedada a chamada decisão surpresa, que consiste em um fundamento fático ou de direito que não tenha sido previamente considerado pelas partes.

A primeira parte do artigo busca discorrer acerca da decisão surpresa no Processo Civil brasileiro, e a previsão do art. 10 do CPC. A segunda parte do trabalho discorre sobre os precedentes judiciais e o Código de Processo Civil Brasileiro. A terceira parte do artigo, por sua vez, tratará propriamente da aplicação do precedente judicial e o princípio do contraditório.

A justificativa do trabalho dá-se no propósito de analisar o efetivo exercício do contraditório, para que a parte possa provocar a distinção ou superação da tese jurídica, diante da fundamentação de aplicação do precedente judicial.

O presente estudo utiliza-se da pesquisa bibliográfica. Valeu-se do método descritivo-analítico. Foi realizado a partir do estudo de dispositivos legais, artigos e doutrinas para apresentar melhor reflexão sobre o tema central da presente pesquisa.

A metodologia da pesquisa é feita em três vertentes, que são elas a: análise documental e revisão bibliográfica. A documental tem o propósito de analisar dados, enquanto as fontes doutrinárias e de revisão bibliográfica, que são as principais do presente artigo, são usadas para

trazer reflexões que vão ao encontro da busca de uniformização da jurisprudência brasileira, com o objetivo de proporcionar aos indivíduos maior previsibilidade das demandas e diminuir a insegurança jurídica existente, devendo ser observado o exercício do contraditório.

2. Decisão surpresa no processo civil brasileiro

Prevaleceu por anos no Brasil o entendimento de que o processo jurisdicional é instrumento da jurisdição, por meio do qual o Estado exerce seu poder. O processo era entendido como uma relação jurídica que se realiza entre autor e réu, sob o comando do Estado-Juiz.

A chamada teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Oskar von Bülow e foi adotada no Direito brasileiro pelo Código de Processo Civil de 1973. A referida teoria trata o processo como uma relação jurídica peculiar, ou seja, um elo de direitos e de obrigações recíprocos que determinam faculdades e deveres e colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal (BÜLOW, 2005, p. 5). O magistrado seria o responsável por garantir entre as partes a efetivação da atuação da vontade concreta da lei.

Dessa feita, o processo é entendido como uma relação jurídica constituída pelas partes (autor e réu), perante o judiciário, através da qual o juiz se coloca em posição hierarquicamente superior, excluindo toda e qualquer forma de participação direta ou indireta das partes na construção do ato jurisdicional. Pautado na ideologia do julgamento justo, o juiz tem liberdade para valorar provas e conduzir toda a instrução processual, de modo a formar seu convencimento. A decisão decorre da percepção que o juiz tem sobre o caso concreto, visão que se tornou incompatível com o modelo democrático de processo jurisdicional inaugurado, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, em razão da constitucionalização dos princípios processuais, tornou-se fonte objetiva do sistema processual civil no país, o que implica uma mudança teórico-processual que renova os conceitos de jurisdição e do devido processo legal, visando resguardar a validade e legitimidade das decisões judiciais. Assim, qualquer decisão jurisdicional deverá ser construída pelos interessados processuais, num processo lógico-discursivo.

Nesse sentido, há que se destacar a teoria do processo como procedimento realizado em simétrico contraditório entre as partes, elaborada por Elio Fazzalari, e desenvolvida, no Brasil, por Aroldo Plínio Gonçalves. Nessa teoria, o processo é entendido como “um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica

o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

Para essa teoria, processo e procedimento não se confundem, pois são fenômenos distintos, mas conexos. O procedimento não se constitui em pura sequência estática de atos e de condutas que exterioriza a relação jurídica processual. O procedimento, como estrutura normativa de descrição de condutas e de qualificação de direitos e obrigações, é gênero do qual o processo é espécie mais articulada e complexa, sobretudo porque há que se garantir o simétrico contraditório entre os interessados ao provimento jurisdicional final (FAZZALARI, 2006). Desse modo, o procedimento constitui-se em uma concatenação de normas e de posições subjetivas (GONÇALVES, 2012), que é preparatória de um provimento estatal destinado a produzir efeitos na esfera jurídica de seus destinatários.

Logo, o discurso processual deverá ser construído sob um enfoque constitucional do processo, que, por meio do contraditório, propicie um diálogo entre as partes processuais na formulação das decisões jurisdicionais. Trata-se de um sistema processual co-participativo de modo a justificar a efetividade de um direito que se pretende democrático. Não existe entre os sujeitos processuais submissão, mas, sim, interdependência, fazendo inaceitável o esquema da relação jurídico-processual que impõe submissão das partes ao juiz (NUNES, 2011, p. 204).

Assim, parece evidente não ser possível uma convivência teórica entre o modelo da relação jurídico-processual, adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, e a nova lógica trazida pela fundamentação constitucional do processo. A relação jurídica põe em ênfase o protagonismo judicial como forma de alcançar a justiça. Já a concepção constitucional propõe que para haver legitimidade há que possibilitar o discurso em contraditório entre as partes do processo, de forma compartilhada.

É nessa perspectiva que é editado o novo Código de Processo Civil, que traz em suas disposições a previsão de 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” (art. 10 do CPC) (BRASIL, 2015).

O citado artigo, como se vê, impõe ao julgador que a decisão jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, seja construída sob a efetiva participação das partes. Essa mudança teórico-processual vai além do mero formalismo do linguajar jurídico, consistindo em tentativa de conferir às decisões judiciais maior legitimidade, mediante a participação das partes.

O disposto no artigo 10 parece conformar-se com as garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, caput e inciso LIV) e do contraditório (art. 5º, inciso LV) ao

proibir que juiz ou tribunal decidam sem que seja dado às partes se manifestar, retirando delas a possibilidade de influenciar na decisão (BRASIL, 1988).

Nesse tocante, Cássio Scarpinella Bueno destaca que:

O art. 10, aplicando (e desenvolvendo) o que se pode extrair do art. 9º, quer evitar o proferimento das chamadas ‘decisões-surpresa’, isto é, aquelas decisões proferidas pelo magistrado sem que tenha permitido previamente às partes a oportunidade de influenciar sua decisão e, mais do que isso, sem permitir a elas que tivessem conhecimento de que decisão como aquela poderia vir a ser proferida (BUENO, 2015, p. 89).

O Código de Processo Civil traz em seu bojo outros dispositivos com idêntica finalidade, como, por exemplo, o artigo 493, parágrafo único, que prevê que: “Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”; e, também, o artigo 921, parágrafo 5º: “O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo” (BRASIL, 2015).

O artigo 10 do CPC exige uma reflexão acerca da jurisdição, já que visa assegurar a participação dos sujeitos processuais em todos os momentos do procedimento judicial. Isso porque, ao estabelecer a garantia de participação, em qualquer grau de jurisdição, o dispositivo concretiza a nova realidade de um processo constitucional, democrático.

Portanto, a participação das partes na construção do provimento judicial não é mais uma faculdade do Estado-Juiz. Trata-se, agora, de uma exigência do ordenamento jurídico, sob pena de nulidade. Com a novel previsão, a atividade jurisdicional deverá sofrer limitações, já que o exercício do poder deverá se dar de forma compartilhada entre as partes processuais. A função jurisdicional, no modelo constitucional de processo, não é mais operacionalizada de acordo com a livre consciência do juiz e tem a Constituição como fonte objetiva que estabelece os critérios de fundamentação e demarcação teórica da decisão jurídica.

O exercício da atividade jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, coloca as partes em uma condição de isonomia, não apenas formal, mas de igualmente influenciar na formação das decisões judiciais. Nesse sentido, o artigo 10 do CPC impõe uma compreensão teórica não somente da atividade jurisdicional, mas também do devido processo legal (DE SÁ, 2014, p. 217).

De Sá, ao comentar o artigo 10, do ainda projeto de novo CPC, destacou:

O artigo 10 do projeto do novo CPC reforça a ideia de uma estrutura técnico-procedimental que estabeleça uma dialética entre os sujeitos de um processo jurisdicional democrático. Percebe-se, no projeto de dispositivo legal em análise, uma pertinente preocupação em assegurar um espaço jurídico-argumentativo (procedimento

normativo) como condição sine qua non para que a decisão judicial tenha validade perante o ordenamento jurídico pátrio (DE SÁ, 2014, p. 218).

Logo, não há que se falar em devido processo legal sem um procedimento que não permita às partes a possibilidade de influenciar o ato jurisdicional que lhes afetará.

Insta frisar que o artigo 10 não somente assegura a participação das partes na construção do provimento judicial, mas é também garantia contra o que se convencionou chamar de “decisão surpresa”. Nesse sentido, é possível asseverar que o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso (NUNES, 2011, p. 204).

A decisão surpresa é vedada pela garantia decorrente do contraditório, e considera que o juiz tem o dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo que serão decididos por ele, seja via requerimento da parte ou interessado, seja de ofício, uma vez que a principal finalidade do contraditório passou a ser a influência das partes no desenvolvimento e no provimento final. O juiz deverá agir sob o princípio do contraditório, evitando surpreender as partes com decisões inesperadas, cujo fundamento sequer foi previamente conhecido ou discutido pelas partes (NERY JÚNIOR, 2013, p. 237-242).

O magistrado, para evitar as “decisões surpresa”, sempre deverá submeter, com antecedência, à manifestação das partes, a matéria a ser julgada, ainda que se trate de matéria que o juiz possa conhecer de ofício. Caso assim não faça o magistrado, a decisão por ele proferida estará ofendendo o princípio do contraditório, tendo em vista a ausência de participação dos sujeitos processuais na formação do convencimento judicial.

Assim, eventual violação à proibição da decisão surpresa violaria o princípio constitucional do contraditório, e traria como consequência a nulidade do julgado (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 225).

O princípio do contraditório, portanto, garante aos sujeitos processuais o direito de serem notificadas de todos os atos do processo, de manifestar e ver seus argumentos considerados, a ponto de influir na decisão judicial, bem como de não serem surpreendidos por decisões que contenham fundamentos, de fato e de direito, sobre os quais não tenham manifestado, ou pelo menos, que tal manifestação tenha sido oportunizada.

3. Precedentes judiciais e o Código de Processo Civil brasileiro

Um dos pontos marcantes do Código de Processo Civil é sua preocupação com a racionalidade e a coerência das decisões judiciais. Houve uma preocupação em controlar a ocorrência de julgados divergentes em matéria de direito, sob o entendimento de que tal

divergência prejudicaria, feriria os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

O código, já no início do livro III da Parte Especial, que regula os precedentes, intitulado de “Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais”, trouxe dispositivo regulando nesse sentido, visando dar estabilidade às decisões. Eis a previsão do art. 926: “Os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

A utilização dos adjetivos estabilidade, integridade e coerência, por óbvio, não foi utilizada sem razão. A estabilidade diz tanto respeito a julgados anteriores, como faz referência à proibição da decisão surpresa.

A coerência, por sua vez, é muito bem abordada por Streck:

Coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonomia aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto o possível, seja vista como coerente nesse sentido (STRECK, 2016).

A integridade exige dos juízes a construção de argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. É uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, pois limita a atuação dos juízes, impondo restrições contra atitudes voluntaristas e que tendem a debandar para a arbitrariedade (STRECK, 2016).

Por outro lado, em sentido pragmático, sabidamente, não somente tal diretriz será suficiente para alçar o que se pretende, qual seja, a virtude do respeito quanto à verticalidade das decisões.

Na sequência, o legislador intentou direcionar a responsabilidade pelo respeito às decisões dos órgãos superiores nos seguintes termos:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Impõem-se algumas observações. A primeira, diz respeito ao comando inserto no *caput* impondo um “dever” de observação, pelos juízes e tribunais das decisões, enunciados, acórdãos, súmulas, orientações mencionadas nos incisos do artigo 927.

Obviamente, o dever de observação mencionado no *caput* do artigo não deverá ser feito de qualquer modo. O próprio artigo 927, no seu parágrafo primeiro, prescreve que o julgador, no seu mister, deverá respeitar as exigências dos artigos 10 e 489, § 1º, que dispõe sobre requisitos de validade dos fundamentos das decisões, o primeiro, como já destacado no item anterior, regula a necessária oportunidade que deve ser dada às partes de se manifestar sobre o que se fulcra como fundamentação, evitando a chamada decisão surpresa. Já o artigo 489 traz limitações, tais como a impossibilidade de se invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e ainda, 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 (art. 489, §1º, V e VI) (BRASIL, 2015).

A segunda observação diz respeito ao caráter substantivo, ou, noutras palavras, aos conteúdos que juízes e tribunais devem observar ao proferir suas decisões, previstos nos incisos do artigo 927.

Com efeito, não se trata de mera faculdade, mas um dever de juízes e tribunais observarem as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2015).

Lado outro, o Código de Processo Civil previu a possibilidade de modificação ou revogação dos precedentes, visando evitar a eternização de um precedente já ultrapassado ou dissociado das necessidades sociais. O código permite a modificação dos mesmos, via procedimento próprio, com fundamento, entre outros, na revogação de norma em que se fundou a tese ou mesmo mudanças econômicas, políticas ou sociais.

Para tanto, poderá o tribunal, no procedimento de alteração da tese jurídica, se valer da realização de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir nesta tarefa, conforme dispõe o §2º do art. 927:

§ 2º 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 (BRASIL, 2015).

Ainda tratando da modificação de tese jurídica de enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, tal mudança deverá vir acompanhada de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (§ 4º do art. 927) (BRASIL, 2015).

O artigo 927, § 5º ainda prevê que caberá aos tribunais dar publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores (BRASIL, 2015).

Por fim, a fim de sanar qualquer dúvida sobre o que vem a ser “julgamento de casos repetitivos”, o legislador optou, no artigo 928, a limitá-los às decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos (BRASIL, 2015).

4. Aplicação do precedente judicial e o princípio do contraditório

O Código de Processo Civil adota um modelo normativo de precedentes vinculantes, considerados como fontes primárias do ordenamento jurídico brasileiro, assim como a lei. É importante destacar que o modelo anterior tinha caráter meramente persuasivo da jurisprudência, e o modelo atual assumiu o papel de precedentes vinculantes.

O precedente vinculante encontra-se situado no âmbito de uma decisão judicial que possua como característica essencial a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados, magistrados e advogados. Não é de toda decisão judicial que se extrai um precedente, embora todo precedente seja extraído de uma decisão judicial, desde que marcada pela característica apresentada (MARINONI, 2013, p.215).

A partir da análise das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em um tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Sendo assim, os precedentes judiciais não devem ser confundidos com jurisprudências e súmulas (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 487).

Uma decisão judicial somente terá força suficiente para tornar-se um precedente se em aplicação análoga futura se verificar que seus fundamentos determinantes se aplicam ao caso futuro devido às suas identidades jurídicas e fáticas (THEODORO; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 305).

Deste modo, vê-se que o caso pendente de julgamento é que tem potencial de criar ou não o precedente e não o inverso. Por encontrar-se situado em uma determinada decisão judicial específica, o precedente nasce como a regra destinada a solucionar um caso concreto, que, apenas posteriormente, poderá ou não tornar-se a regra de uma série de casos análogos (TUCCI, 2015, p. 111).

Neste sentido, uma das premissas essenciais para o desenvolvimento da sistemática dos precedentes judiciais é que a ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão somente ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório), devem ser criados métodos idôneos da possibilidade de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social – como ordinariamente ocorre em países de common law (NUNES, 2011, p.69).

Sendo assim, é necessário que o órgão julgador, quando for aplicar um precedente, realize comparações para verificar se os fatos determinantes para a construção da tese jurídica encontram-se presentes, de forma análoga, no caso concreto. Ou seja, a decisão de aplicar o precedente ao caso concreto é presidida e informada por uma análise de princípios, que se encontra na base do processo de comparação de casos por meio de analogias e contra-analogias (DERZI; BUSTAMATE, 2013. p. 353).

Posto isso, pode-se observar que é necessária a análise comparativa entre o caso concreto atual e o precedente judicial, buscando analisar se os fatos demarcados para a construção da tese jurídica estão presentes no caso em questão. Dependendo assim de uma análise interpretativa pelos sujeitos do processo, que a partir do pleno exercício do contraditório, poderão apresentar argumentos contrários ou favoráveis à correta aplicação do precedente.

Deste modo, o órgão julgador, ao aplicar ou afastar determinado precedente, deverá considerar a contribuição das partes do processo, a partir dos seus discursos argumentativos no caso concreto. Sendo primordial a observância às garantias do contraditório e do devido processo legal para o desenvolvimento da teoria dos precedentes no direito brasileiro, uma vez

que só é possível a sua correta aplicação quando assegurado e observado o devido processo argumentativo.

O contraditório é integrado pelos seguintes elementos: a) direito das partes à ciência, informação e participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática ou formal); b) prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão dinâmica ou material); c) direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, em correlação com o dever do órgão jurisdicional de efetivamente apreciar todas as questões deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento (dimensão participativa, na qual a motivação decisória é elemento do contraditório) (JAYME; FRANCO, 2014, p. 346-347).

O contraditório é componente essencial do devido processo legal, sendo um direito humano inerente à atividade judiciária. A Constituição Federal é enfática ao garantir, em processo administrativo ou judicial, às partes, o contraditório e a ampla defesa.

Essa garantia se concretiza mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (fatos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito, de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo. (FREITAS, 1996, p. 96-97).

A utilização do direito jurisprudencial não deve ter finalidade de prevenir o debate acerca de determinada questão jurídica, com o intuito de evitar a profusão das demandas. A Constituição da República de 1988 outorga aos tribunais superiores o papel de uniformizar as decisões judiciais, com o esgotamento das razões jurídicas, por meio do devido processo legal, e não o de evitar o debate, pacificando precocemente o entendimento jurisprudencial. A atual sistemática do código reformado e do Projeto de novo CPC viabilizam a utilização de julgados com a finalidade preventiva, toda vez que se percebe a possibilidade de profusão de demandas.

Nesses termos, ao receber uma das primeiras demandas ou recursos, o Judiciário afetaria como repetitivo e o julgaria com poucos argumentos, antes mesmo da ocorrência do salutar dissenso argumentativo. Padrões decisórios não podem empobrecer o discurso jurídico, nem tampouco serem formados sem o prévio dissenso argumentativo e um contraditório dinâmico, que imporia ao seu prolator buscar o esgotamento momentâneo dos argumentos potencialmente aplicáveis à espécie. Não se trata de mais um julgado, mas de uma decisão que

deve implementar uma interpretação idônea e panorâmica da temática ali discutida. O papel dos precedentes deve ser o de uniformizar e não o de prevenir um debate (NUNES, 2012, p. 245-276).

Portanto, garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa na aplicação do precedente judicial é fundamental para se oportunizar à parte a distinção ou superação da tese jurídica. Sendo assim, se no caso concreto a parte apresentar um argumento novo capaz de confrontar ou colocar em dúvida a tese jurídica formada, que não foi considerada na formação do precedente judicial, o órgão jurídico deve analisar a nova argumentação, sob pena de violar o princípio do contraditório.

Uma vez que deve ser observada a garantia do contraditório, somente terá conformidade a aplicação do precedente e consequente vinculação das partes e do órgão jurisdicional, se todos os argumentos apresentados pelas partes no caso concreto já tiverem sido considerados para a formação do precedente judicial. Ou seja, o precedente judicial é construído pela tese jurídica, pelos fatos e pela argumentação. Sendo assim, se o órgão julgador entender que a nova argumentação é capaz de infirmar a tese jurídica, ele deve afastar a aplicação do precedente, em razão desse elemento que não foi analisado na formação do precedente judicial, deixando assim de se vincular ao precedente judicial, em razão da distinção entre argumentação jurídica do caso concreto e a do precedente judicial.

Em se tratando da formação e aplicação dos precedentes, o artigo 927, §1º do Código de Processo Civil exige que o órgão jurisdicional respeite o disposto nos artigos 10 e 489, §1º também do Código de Processo Civil. Isso porque, o atual diploma legal tem como objetivo evitar que a aplicação do precedente seja realizada de forma mecânica; mas sim, que seja realizada uma interpretação e adequação do precedente ao caso concreto, inclusive podendo ser extraída de sua *ratio decidendi* uma aplicação mais ampla do que aquela que foi originalmente pensada na criação do precedente (MARINONI, 2015, p. 2.081).

O processo não necessita apenas de rapidez e não se legitima a jurisdição-relâmpago sustentada tão somente por índices de produtividade, ante a flagrante ofensa ao poder de influência assegurado pelo contraditório. O mecanismo de prestação jurisdicional é sustentado por elos que asseguram a racionalidade democrática. A tutela do processo efetua-se pelo império das previsões constitucionais, tendo como premissa que a lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição (BARACHO, 1999, p. 89).

É evidente e necessária uma preocupação com a celeridade processual, e consequentemente, com a redução dos recursos que são submetidos aos tribunais. Entretanto,

essa preocupação não pode cercear o devido processo legal, restringindo o exercício do contraditório, devendo assim buscar uma evolução qualitativa das decisões judiciais.

5. Considerações finais

A teoria dos precedentes judiciais adotada pelo Código de Processo Civil resguarda o devido processo legal, conforme modelo constitucional, sendo que na formação e aplicação dos precedentes judiciais deve ser observado a garantia ao contraditório

Portanto, ao aplicar um precedente ao caso concreto, o órgão julgador deve se atentar para a similaridade dos elementos fáticos com os que foram apresentados no julgamento do precedente vinculante e dos argumentos enfrentados na formação da *ratio decidendi*. Uma vez que, ao desconsiderar um argumento novo apontado no caso concreto, capaz de invalidar a tese jurídica firmada no precedente vinculante, violaria a garantia constitucional do contraditório.

Sendo assim, no sistema de precedentes brasileiro, deve-se garantir que a aplicação do precedente vinculante não se dê de forma automática e mecânica pelos operadores de direito, devendo respeitar o caso concreto e preservar a importância dos argumentos, estimulando assim o desenvolvimento de um processo interpretativo.

O aumento da qualidade decisória está diretamente ligado ao respeito pelo contraditório durante as etapas do processo, reduzindo até mesmo a chance de uma posterior nulidade e retrocesso do procedimento, causando um impacto positivo e eficaz na razoável duração do processo.

A morosidade processual não pode justificar a mitigação ao direito constitucional do contraditório, um erro não pode ser justificado por outro mais grave. A gestão ineficiente do judiciário não pode levar o Estado a violar o contraditório.

A garantia ao contraditório também deve ser observada como a garantia de não surpresa, impedindo assim que sejam proferidas decisões judiciais sem a prévia ciência da parte e sua possibilidade de manifestação. O devido processo legal deve ser respeitado para que o processo tenha legitimidade democrática, devendo o juiz propiciar o debate a respeito das questões levadas para julgamento, não podendo, as decisões, decorrerem unicamente da atuação valorativa do juiz, sem ter dado às partes a possibilidade de apresentarem os fundamentos de fato e de direito da causa.

A participação das partes na construção do provimento judicial não é mais uma faculdade do Estado-Juiz. Trata-se, agora, de uma exigência do ordenamento jurídico, sob pena de nulidade. O disposto no artigo 10 do CPC trouxe limitações à atividade jurisdicional, já que o exercício do poder deverá se dar de forma compartilhada entre as partes processuais. A função

jurisdicional, no modelo constitucional de processo, não é mais operacionalizada de acordo com a livre consciência do juiz e tem a Constituição como fonte objetiva que estabelece os critérios de fundamentação e demarcação teórica da decisão jurídica.

O artigo 10 não somente assegura a participação dos sujeitos processuais na construção do provimento judicial, mas é também garantia contra o que se convencionou chamar de “decisão surpresa”, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as que pode conhecer de ofício.

O Código de Processo Civil traz em seu bojo outros dispositivos com idêntica finalidade, como o artigo 493, parágrafo único, que prevê a oitiva das partes em caso de constatação, pelo juiz, de fato novo, e, também, o artigo 921, parágrafo 5º, que prevê que “O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo”.

O disposto no artigo 10 parece conformar-se com as garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, caput e inciso LIV) e do contraditório (art. 5º, inciso LV) ao proibir que juiz ou tribunal decidam sem que seja dado às partes se manifestar, retirando delas a possibilidade de influenciar na decisão.

O contraditório deve ser visto como um mecanismo de influência na tomada de decisão do juiz no processo, sempre priorizando as peculiaridades do caso concreto. Deste modo, é possível concluir que a vedação à decisão surpresa pode ser entendida e concretizada através da interpretação do princípio do contraditório.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, 90, 69-170. 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/4-Texto%20do%20Artigo-12-1-10-20121221.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2020

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN. 2005.

DE SÁ, S. B. **Decisão jurisdicional: uma análise do art. 10 do projeto do novo CPC**. Revista de Direito, [S. l.], v. 6, n. 02, p. 205-228, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1549>. Acesso em: 10 dez. 2020.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMATE, Thomas da Rosa de. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?**. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Organização: Alexandre Freire. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. **O princípio do contraditório no projeto do novo Código de processo civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 227, p. 335-359, jan. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Organização. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 237-242.

NUNES, Dierle José Coelho. **Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização: paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem constitucional democrática**. Direito Jurisprudencial. Organização: Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!**
Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em 08.12.2020

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedentes Judiciais e a Atuação do Advogado**. Salvador: Juspodivm, 2015.