

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

FERNANDA NUNES BARBOSA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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

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

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

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

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

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

Comunicação:

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

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

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

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

P963

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

Coordenadores: Angela Araujo da Silveira Espindola; Celso Hiroshi Iochama; Fernanda Nunes Barbosa. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-753-3

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre, Rio Grande do Sul, aconteceu entre os dias 14 de novembro a 16 de novembro de 2018, com o tema Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito. Os Grupos de Trabalhos desenvolveram suas atividades com a apresentação de trabalhos no Campus da UNISINOS de Porto Alegre, ao lado da exposição de pôsteres, painéis, fóruns, oficinas, workshop e lançamento de livros. Na tradição do evento, fomentou-se o encontro de uma pluralidade de pensamentos e pesquisas em desenvolvimento ou produzidas pelas mais diversas regiões do país.

No Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I foram apresentados dezessete trabalhos, submetidos à discussão, com importantes trocas de experiências e sugestões. Representantes de vários programas de Mestrado e Doutorado puderam apresentar seus estudos de forma a também contribuir para com a formação jurídica dos presentes e para a área do Direito. Seus trabalhos, que formam a presente obra, são os seguintes:

01. O artigo (IR)RACIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA REFLEXÃO SOBRE CASOS NA JUSTIÇA DE PRIMEIRO GRAU de autoria de Laerte Radtke Karnopp e Maria Das Graças Pinto De Britto, trata de pesquisa empírica que aborda a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva de um modelo de racionalidade fundado em argumentos de autoridade, dedicando-se a analisar decisões de primeiro grau, buscando identificar características reveladoras da argumentação por autoridade e em que medida isto pode afetar a coerência interna do poder judiciário mediante a existência de decisões contraditórias entre si.

02. O artigo A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSUS A RESISTÊNCIA DE SUA OBSERVÂNCIA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de autoria de Elaine Harzheim Macedo e Camila Victorazzi Maratta dedica-se a pesquisa doutrinária focada em analisar o princípio da motivação judicial e na crítica ao protagonismo judicial no STF, tendo por objeto questões históricas, formas de motivação e uma análise da reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que introduz consequentialismo como objeto de fundamentação das decisões.

03. O artigo CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A CIÊNCIA SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES, de autoria de Mariana Bisol Grangeiro, faz uma análise crítica do art. 489, § 1º do NCPC sob a perspectiva da doutrina e, especialmente, sob a perspectivas dos conhecimentos científicos sobre o funcionamento do cérebro no processo de motivação.

04. O artigo O PRECEDENTE JUDICIAL E A ADSCRIÇÃO DE SENTIDO À CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO de Augusto Tanger Jardim e Fernanda Nunes Barbosa pretende explorar a necessidade da adoção de técnicas típicas de um sistema de precedentes para atribuir sentido às cláusulas gerais. A pesquisa, por meio do exame da evolução do precedente em uma determinada hipótese (a responsabilidade da seguradora da transportadora frente aos danos ocasionados por ato de terceiro em contrato de transporte terrestre de carga) teve por objetivo demonstrar que, no Brasil, as técnicas típicas de um sistema de precedentes já vêm sendo utilizadas desde muito, bem como que esta circunstância é inerente ao papel esperado das cortes supremas.

05. O artigo TÉCNICAS DA DISTINÇÃO NOS PRECEDENTES E RECURSOS REPETITIVOS: DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL E TECNOLOGIAS DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO de Carlos Fernando de Barros Autran Gonçalves, trata das técnicas da distinção no direito processual civil brasileiro, em matéria de precedentes judiciais e de recursos repetitivos.

06. O artigo O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: CRÍTICA A AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO EM FACE DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, de Augusto Rodrigues Porciuncula e Daiane Moura De Aguiar trata da necessidade de manifestação prévia das partes antes do juízo de admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, verificando, assim, as implicações da ausência de previsão legal do contraditório e a possibilidade de adequação legislativa ou jurisprudencial desta omissão legislativa, culminando na conclusão de que a valorização do instituto na sociedade da informação, em especial, pela celeridade do processo eletrônico e necessidade da efetiva utilização dos bancos de dados dos Tribunais Superiores, somente será alcançada com a efetiva participação das partes no juízo de admissibilidade mediante a oportunidade do contraditório.

07) Partindo de uma perspectiva transdisciplinar, o artigo intitulado DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE À PRODUÇÃO NORMATIVA PROCESSUAL DEMOCRÁTICA, de André Antônio Graciolli procura verificar a possibilidade e a legitimidade de se internalizar

este paradigma ao Direito, considerando o quadro de pluralidade e complexidade social que exige novas e adequadas soluções ao Direito.

08) Jean Carlos Menegaz Bitencourt e Sergio Menegaz apresentam seu estudo sob o título IN (APLICABILIDADE) DO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA AÇÃO MANDAMENTAL. Neste sentido, analisam a sistemática implementada pelo referido artigo, que estabelece o prosseguimento da sessão em outra data a ser designada quando o resultado da apelação não for unânime, com o apontamento da natureza jurídica dessa técnica processual e análise jurisprudencial sobre o tema.

09) O CONTRADITÓRIO EFETIVO COMO FUNDAMENTO PARA DECISÕES DEMOCRÁTICAS E A VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA – UMA ANÁLISE A PARTIR DA TUTELA DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO, de Francele Moreira Marisco, analisa a importância da condução do processo de conformidade com os ditames constitucionais, dentro de uma perspectiva histórica e em consideração ao Estado Democrático de Direito, com a respectiva aplicação das normas fundamentais constitucionais.

10) O artigo A (IN)COMPATIBILIDADE DA CONTAGEM DO PRAZO EM DIAS ÚTEIS COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988: REFLEXÕES ACERCA DA ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.467/2017 NO PROCESSO DO TRABALHO, de Max Emiliano da Silva Sena e Sérgio Henriques Zandona Freitas, aborda os efeitos da reforma trabalhista para o andamento do processo judicial perante a Justiça do Trabalho, tendo por base uma interpretação realizada a partir dos direitos fundamentais e princípios constitucionais.

11) Com o foco no princípio do contraditório, Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves e Flávia Ávila Penido apresentam o artigo A APLICAÇÃO DA MULTA EM AGRAVO INTERNO – UMA ANÁLISE DO POSICIONAMENTO DO STJ A PARTIR DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. O estudo busca o analisar julgamento do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela não aplicação automática da multa prevista no artigo 1021, § 4º, do Código de Processo Civil e sua repercussão na legitimidade decisória no processo civil.

12) O trabalho sob o título COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÃO NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, de Raimundo José de Sales Júnior, propõe analisar a

competência sob os enfoques constitucional e infraconstitucional, ao lado da contribuição doutrinária estrangeira e nacional, com o fito de indicar a extensão de sua aplicação e dos sujeitos aptos a exercê-la.

13) O trabalho intitulado **FORUM NECESSITATIS: UMA PROPOSTA DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**, de Paula Soares Campeão e Yandria Gaudio Carneiro, dedica-se ao estudo do princípio do forum necessitatis no Brasil como forma de evitar-se a denegação da justiça, a despeito da ausência de previsão expressa na legislação pátria. Fundamentando a sua defesa no princípio do acesso à justiça, as autoras abordam o tema a partir de sua origem até chegar à aplicação do princípio em ordenamentos alienígenas, por meio da apresentação de casos concretos.

14) Já o artigo **NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**, de Clarice Santos da Silva e Rosalina Moitta Pinto da Costa, investiga a possibilidade de realização de convenções processuais em sede dos Juizados Especiais Cíveis, concluindo, ao final, que a especialidade da Lei 9.099/95 não exclui a flexibilização de seu procedimento por vontade das partes.

15) Também foi apresentada neste GT a pesquisa intitulada **PROCESSO CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO FUNDAMENTAL À INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL COMO FUNDAMENTO DE ALCANCE AO PROCESSO JUSTO**, de Alexandra Mattos Silva. Nela a autora analisa os impactos do avanço das novas tecnologias no Processo Civil, com especial relevo para o processo eletrônico, assinalando se tratar de um caminho irreversível e necessário na contemporaneidade, mas que não pode obstaculizar direitos da parte ao desumanizar a prestação jurisdicional enquanto garantia constitucional de alcance ao processo justo.

16) No artigo **PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**, os autores Patrícia Brusamarello Nardello e Alexandre Fernandes Gastal apontam a importância do processo coletivo para a efetivação de direitos, fazendo uma análise crítica, no Brasil, do tratamento dado ao procedimento coletivo, especialmente após a edição do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que frustrou as expectativas de um tratamento adequado à questão, sob a justificativa de que o processo coletivo estaria suprido pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

17) Ainda, no trabalho **AS DECISÕES NOS PROCESSOS QUE DISCUTEM O FUNRURAL E SUAS LACUNAS**, de Murilo Couto Lacerda e Carolina Merida, procedeu-

se a uma abordagem analítica, de caráter exploratório, da questão jurídica discutida nos autos dos processos que examinam o FUNRURAL, apontando-se, no trabalho, a ausência de fundamentação nas referidas decisões, em desconformidade com o art. 93, IX, e art. 150 ambos da CF/88, além da violação ao princípio constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

Assim, recomenda-se a leitura dos textos produzidos, que se somam ao necessário debate que envolve a atividade jurisdicional, suas técnicas e instrumentos, sem perder de vista a efetividade para o plano material e à proteção dos jurisdicionados.

Angela Araujo da Silveira Espindola – Universidade Federal de Santa Maria - UFSM

Celso Hiroshi Iocohama – Universidade Paranaense - UNIPAR

Fernanda Nunes Barbosa – Centro Universitário Ritter dos Reis

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRECEDENTE JUDICIAL E A ADSCRIÇÃO DE SENTIDO À CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO

THE JUDICIAL PRECEDENT AND THE ADSCRIPTION OF SENSE TO THE GENERAL CLAUSE OF CIVIL LIABILITY FROM A CASE STUDY

Augusto Tanger Jardim ¹
Fernanda Nunes Barbosa ²

Resumo

O presente artigo pretende explorar a necessidade da adoção de técnicas típicas de um sistema de precedentes para atribuir sentido às cláusulas gerais. Além disso, o estudo, por meio do exame da evolução do precedente em uma determinada hipótese (a responsabilidade da seguradora da transportadora frente aos danos ocasionados por ato de terceiro em contrato de transporte terrestre de carga) tem por objetivo demonstrar que, no Brasil, as técnicas típicas de um sistema de precedentes já vêm sendo utilizadas desde muito, bem como que esta circunstância é inerente ao papel esperado das cortes supremas.

Palavras-chave: Precedente judicial, Cláusula geral, Responsabilidade civil, Cortes supremas, Contrato de transporte

Abstract/Resumen/Résumé

The present article intends to explore the need of adopting typical techniques of a precedent system to assign meaning to the general clauses. In addition, the study, by examining the evolution of the precedent in a given hypothesis (the civil liability of the cargo carrier insurer for the damages caused by act of third party in contract of land transportation of cargo) aims to demonstrate that in Brazil, the typical techniques of a precedent system have been used for a long time, as well as that this circumstance is inherent in the expected role of supreme courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent system, General clause, Civil liability, Supreme courts, Transportation contract

¹ Doutorando em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor FMP/RS e do UniRitter.

² Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora do Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter.

1. Introdução

Se a origem do direito remete ao problema de como é possível obter justiça para quem dele se socorre, ao longo da sua evolução (em que pese o problema da distribuição da justiça jamais ter desaparecido do escopo de análise do jurista), passou a ser tema de grande preocupação a adoção de mecanismos que garantam, por outro lado, segurança às relações jurídicas e aos sujeitos nela inseridos.

Cogitando do aspecto material da segurança jurídica de acordo com a Constituição Federal brasileira de 1988, Humberto Ávila a define como sendo “um estado de cognoscibilidade, de confiança e de calculabilidade” (ÁVILA, 2014, p. 264). Traduzindo esse direito para o plano processual, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero indicam que “o direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 784).

Essa perspectiva de segurança decorre da necessidade de limitar-se o arbítrio dos agentes que fazem valer o direito na sociedade. Adverte-se que, por uma necessidade de delimitação do objeto de análise, o presente artigo não se ocupará de problemas relacionados à aplicação do direito anteriores à formação do estado moderno, cujo marco de referência indica-se, dentre outros possíveis, a Revolução Francesa de 1789.

No período que sucedeu a formação do estado de direito moderno¹, de uma maneira geral, os países europeus pertencentes à tradição de *civil law* buscaram, na figura da lei, a segurança jurídica pretendida (iniciando um período de grande movimento de codificação do direito²). Paralelamente a isso, o direito de *common law* (em especial na Inglaterra) buscava a segurança jurídica por meio da obrigatoriedade dos tribunais, inclusive o Tribunal que criava o precedente – a House of Lords –, seguirem, de forma absoluta, os precedentes (MITIDIERO, 2016, p. 33-34).

No entanto, este projeto de segurança jurídica baseado em texto normativo - seja por fonte de lei, seja pela fonte do precedente - esbarrou em aspectos inerentes à própria natureza

¹ Aponta-se, tradicionalmente, como termo inicial da formação do Estado de Direito moderno o momento subsequente às revoluções burguesas que culminaram com o fim do Estado absolutista. Ainda que convencionadas as revoluções burguesas como marco inicial da formação do Estado de Direito moderno é necessário referir que, como normalmente ocorre com o estudo histórico, existe um amplo espaço de tempo entre o estabelecimento das condições culturais para que tais revoluções ocorressem e, inclusive, é perceptível um transcurso substancial de tempo entre a primeira (a revolução inglesa de 1688, que marca o fim da dinastia Stuart) e a última (a revolução francesa de 1789, que ainda foi antecedida pela revolução que culminou com a independência dos Estados Unidos da América em 1776).

² Sobre o tema, veja-se: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, vol. 56, p. 11, Out/2013.

da ciência do direito³. Na medida em que o Direito tem a expectativa de regular as relações sociais, a evolução da própria sociedade, bem como a complexidade que as relações assumem, impedem que o direito seja previamente conhecido em um signo linguístico dotado de autoridade institucional.

Diante desse problema, enquanto os países de tradição de *civil law* buscaram soluções normativas que permitissem uma maior flexibilidade ao sistema (por meio da ressignificação dos princípios e da valorização das cláusulas gerais⁴ e conceitos indeterminados⁵); a Inglaterra, por meio do *Practice Statement* de 1966, permitiu que os precedentes fossem superados pela House of Lords “em determinadas situações a fim de não perpetuar soluções injustas e não frustrar a necessária abertura que o direito deve proporcionar para acolher a evolução social” (MITIDIERO, 2016, p. 41).

³ Hespanha critica o uso da expressão “ciência jurídica”, com o argumento de que “insinua que o saber jurídico obedece a um modelo de discurso semelhante ao das ‘ciências’: ou seja, em que há uma ‘verdade’ (e uma só), em que se reproduzem resultados objectivos, por métodos dotados de rigor e univocidade, sobre uma realidade objectiva, exterior ao observador (‘positiva’), de modo a obter um saber geral (de ‘leis’), sobre o qual as pré-compreensões ou as opções (filosóficas, políticas, existenciais) do estudioso (do ‘cientista’) não têm qualquer influência (‘neutralidade’ da ciência). [...] A expressão banalizou-se; mas, implicitamente, continua a funcionar como uma certa forma de conferir legitimidade ao saber dos juristas”. (HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 30). Eros Roberto Grau, apontando os inúmeros sentidos de uso do vocábulo “ciência”, sustenta que a decisão jurídica, porque há de ser previsível, se “estrutura cientificamente”, mas defende que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da *ciência*, mas sim no âmbito da *prudência*, a qual é sempre implementada segundo certas regras, que asseguram um mínimo de previsibilidade à decisão nela fundada. (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63).

⁴ Sobre o tema das cláusulas gerais aplicado ao direito civil, veja-se: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais. *Revista de Direito Renovar*, n. 18, p. 11-19, set./dez. 2000; MARTINS-COSTA, Judith Martins. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, v. 680, p. 47-58, Jun / 1992; _____. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 753, p. 24-48, Jul/1998; MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, p. 9-35, Abr.-Jun./2004; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; FERRONATTO, Rafael Luiz; FERRETO, Karine. Cláusulas gerais e sensibilidade comunicativa: direitos fundamentais privados na sociedade global. *Revista de Direito Privado*, v. 25, p. 250 – 270, Jan - Mar/2006.

⁵ Acrescente-se a importância do movimento de constitucionalização do direito que se desenvolveu ao longo do século XX. Sobre o tema, ensina Maria Celina Bodin de Moraes que, “colapso do modelo liberal, explicitado pela sucessão de graves crises econômicas, enseja a construção de um modelo de intervenção na economia, o chamado Estado do bem-estar social. De outro lado, a legitimidade jurídica formal que acabou por permitir o florescimento dos regimes totalitaristas na Europa ocidental revela o fracasso do paradigma do positivismo normativista. (...) A transformação se inicia no direito internacional, através das declarações de direitos humanos que, a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, proliferaram em número e abrangência das garantias oferecidas a todas as pessoas. Concomitantemente, o direito interno sensibiliza-se àquela transformação com a positivação, nas longas Constituições, de um rol de direitos e garantias individuais fundamentais (Itália em 1948 e Alemanha em 1949). A positivação dos direitos fundamentais e da proteção à dignidade da pessoa humana nos textos constitucionais acabou por ter um papel determinante na mudança de um ponto nevrálgico na metodologia contemporânea: o da força normativa das normas constitucionais. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, vol. 56, p. 11, Out/2013).

Diante dessa mudança de rumo, o papel da interpretação do direito ganhou indiscutível relevância. Isso se deve ao fato de que a adoção ampla de cláusulas gerais e conceitos indeterminados acarreta uma maior margem interpretativa (à luz dos princípios que regem o tema interpretado) por parte do juiz (intérprete), restando superado o dogma do silogismo-aplicativo da lei (MITIDIERO, 2014, p. 51-74). Por outro lado, como o Direito é dinâmico, as alterações no tecido social reclamam a revisão constante das interpretações já existentes, sejam elas dadas pela atuação do poder legislativo, sejam dadas pelo exercício da atividade jurisdicional.

Necessitando interpretar o texto normativo, em especial em razão da sua textura cada vez mais aberta, é indispensável, a fim de garantir a tão almejada segurança jurídica, que um órgão institucionalmente investido de autoridade delimite o sentido, ou os sentidos, possíveis de seu significado, dando unidade ao direito⁶. Deve-se compreender por unidade a necessidade de interpretar o direito reduzindo sua margem de indeterminação de forma hierárquica, coerente e igual (MITIDIERO, 2016, p. 92), para assim atribuir uma maior segurança jurídica a todo o sistema⁷.

É exatamente diante desse contexto que devem ser investigadas as funções das cortes supremas e dos elementos estruturantes do precedente.

2. As cortes supremas como instituições dotadas da função de adscrever sentido ao direito por meio do precedente

Inicialmente, é necessário destacar a importância do papel que uma corte suprema tem a desempenhar no estado democrático de direito. Para que seja possível aferir como uma corte dessa natureza deve atuar concretizando o desiderato democrático, antes, é relevante

⁶ Sobre a multiplicidade de significados do direito é importante a reflexão de Marinoni no sentido de que: “No Brasil, muitos juízes ainda imaginam que podem atribuir significado aos textos que consagram direitos fundamentais a seu bel-prazer – como se a Constituição fosse uma válvula de escape para a liberação dos seus valores e desejos pessoais – e, assim, decidir sem qualquer compromisso com os precedentes constitucionais, numa demonstração clara de ausência de compreensão institucional. Estão por detrás da falta de respeito aos precedentes argumentos retóricos de natureza jurídica, valores culturais e, inclusive, um nítido interesse num sistema judicial incoerente e aberto a mudanças repentinas. É importante perceber que a falta de autoridade das decisões das Cortes Supremas não deriva apenas da rejeição teórica à ideia de que as suas decisões devem definir o sentido do direito e, portanto, orientar os demais tribunais, mas também do desinteresse de posições sociais significativas na racionalização da distribuição do direito no país. Bem vistas as coisas, várias posições que estão no mercado, assim como governos, corpos de juízes e parcela dos próprios advogados podem ter mais interesse na incoerência e na irracionalidade do que no contrário. Esse ponto, apesar de nunca descortinado, tem grande relevância nos países de civil law marcados por culturas avessas à racionalidade e à impessoalidade na Administração Pública, inclusive na administração da Justiça. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura e previsibilidade do direito*. *Revista de Processo Comparado*, v. 1, p. 271-292, Jan.-Jun./2015).

⁷ Luiz Guilherme Marinoni aponta como elementos de identificação de uma ideia de segurança jurídica a previsibilidade e a estabilidade. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios* (2010). 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95/102).

investigar os elementos essenciais que as caracterizam, que, para o fim do presente artigo, se aplicam ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ).

O primeiro elemento a ser explicitado na caracterização de uma corte diz respeito aos seus aspectos estruturais. Compreende-se aspectos estruturais, para este propósito, a posição no sistema judiciário, a composição, o acesso e a dimensão.

No que tange ao primeiro aspecto (posição que a corte ocupa no organograma judiciário), Michele Taruffo aponta que todas as cortes são consideradas supremas na medida em que configurem órgão de última instância, ou seja, não admitindo recursos contra as suas decisões (TARUFFO, 2013, p. 118). Isso significa que uma corte suprema deve ocupar a posição mais elevada na estrutura judicial quando se trata do tema submetido à sua apreciação. Em outras palavras, a corte suprema deve ser a última a se manifestar sobre o tema, não existindo outro órgão hierarquicamente superior para apreciar o mesmo ponto.

Importante referir que uma corte suprema pode assumir uma posição de vértice ou não na estrutura judicial. Isso se deve ao fato de que, dependendo de como o Poder Judiciário estiver estruturado, o direito pode ser interpretado de maneira final (sem possibilidade de recursos) por cortes distintas de acordo com a pretensão veiculada na causa. Esse fenômeno pode se dar em face de uma estrutura judicial dividir funções de cortes supremas em cortes distintas. Essa divisão (que se trata de opção política, normalmente, adotada nas constituições) não tem o condão de retirar a natureza de cortes supremas, mas tem por finalidade promover uma divisão de trabalho na prestação da tutela jurisdicional, circunstância em certa medida coerente com o aumento da complexidade das relações sociais.

Parece adequado, portanto, identificar a posição que uma corte suprema ocupa no sistema judiciário não a partir de um organograma administrativo do Poder Judiciário, mas a partir da dinâmica processual em que esteja sendo desempenhado o exercício de suas funções. Assim, se a corte é a designada para assentar, de forma insuscetível de discussão posterior, um entendimento sobre um direito, estar-se-á diante de uma corte suprema, ainda que, do ponto de vista administrativo, possa existir outra corte com igual ou superior hierarquia do ponto de vista administrativo ou organizacional.

Quanto à composição de seus membros, as cortes supremas devem ser ocupadas por todos os perfis de profissionais dedicados ao direito, preferencialmente, de vários extratos sociais, e com diversas compreensões políticas. Assim como exigido para a composição das cortes de justiça⁸, os juízes das cortes supremas devem possuir aptidões técnicas e éticas

⁸ A composição das Cortes de Justiça se dá pela predominância de juízes de carreira mais experientes dentre os selecionados junto a todos os segmentos da sociedade. O critério para a seleção dos juízes (singulares) deve levar

notáveis, devendo gozar do respeito e reconhecimento da comunidade jurídica⁹. Esses requisitos, que devem ser aferidos de forma rigorosa, são somados à necessidade de que os juízes das cortes supremas representem da forma mais plural possível a sociedade, não sendo recomendado o emprego de concurso público para o provimento de tais cargos, mas de eleição dentre os profissionais de direito de diversas classes e referendo por órgão político. Salienta-se, desde logo, conforme indicam José Alcebiades de Oliveira Júnior e Leonardo da Rocha de Souza, que a legitimidade democrática dos juízes não decorre da sua forma de ingresso, mas está “ancorada na função de aplicação da lei, chamada de legitimidade de exercício ou legitimidade funcional” (OLIVEIRA JR.; SOUZA, 2016, p. 121).

O acesso das causas às cortes supremas deve, ao contrário do que ocorre com as cortes de justiça, ser bastante restrito. Cortes supremas somente devem ser chamadas a atuar em causas que permitam a interpretação do direito a partir do caso, dando-lhe unidade para casos futuros. Diante disso, devem existir mecanismos de eleição das (poucas) causas¹⁰ que serão julgadas por essas cortes¹¹. Segundo Michele Taruffo, “la corte compie dunque scelte ampiamente discrezionali, orientate a risolvere conflitti nella giurisprudenza dele corti inferior o tra decisioni di corti inferior e la giurisprudenza della stessa corte” (TARUFFO, 2012, p. 349). Reforçando a necessidade de um filtro no acesso às cortes supremas, aponta Ovídio

em conta, considerando as peculiaridades de cada sociedade, a necessidade de que as posições sejam exercidas pela maior pluralidade de perfis possíveis, a fim de dar maior representatividade. Não significa dizer que os juízes devam ser, necessariamente, eleitos para que se concretize sua representatividade social, mas é possível, também assegurar representatividade por meio do acesso à carreira por concurso público. Por fim, o acesso dos juízes de carreira às cortes deve levar em conta não apenas o critério objetivo do tempo, mas, também, critérios de natureza subjetiva relacionados à qualidade do profissional que ascende ao posto.

⁹ Segundo René David, a manutenção da concepção de um Poder Judiciário verdadeiro foi favorecida, na Inglaterra, por diferentes fatores, sendo um deles “o alto prestígio desses juízes, decorrente das condições em que são recrutados (...) entre os advogados de renome, e a nomeação a uma função judiciária na Corte superior sempre foi considerada como o sinal de um fulgurante êxito e como a coroação de uma carreira bem-sucedida na advocacia”. (DAVID, René (1906-1990). *O direito Inglês* (Le droit anglais -1965). São Paulo: Martin fontes, 2006, pp.18/19)

¹⁰ Entretanto, é possível verificar que há países onde não existe esse mecanismo. Segundo Hiroshi Itoh, “the Japanese Supreme Court does not have certiorari, decides each case on the merits, and writes highly simplified explanations for its judicial holdings” (ITOH, Hiroshi. *The role of precedent at japan's supreme court. Washington University Law Review*. v. 88:1631, 2010-2011, p. 1632)

¹¹ Sobre os potenciais reflexos nos interesses privados com a adoção de filtros recursais pelas cortes, ensina Christoph A. Kern que: “Mesmo as restrições sobre a viabilidade de recursos à Corte Suprema, que são tipicamente consideradas como existentes em função de interesses públicos, como para evitar custos ou o congestionamento da corte, tem um reflexo no 'interesse privado'. Primeiro, as restrições na viabilidade de recorrer à Corte Suprema previne as partes de investir tempo e dinheiro em mais outra instância, um investimento que frequentemente se mostra em vão, mas é, ainda sim, realizado em razão do excesso de confiança do recorrente. Segundo, as partes impedidas de recorrerem à Corte Suprema alcançam o caráter definitivo (*finality*) de suas relações jurídicas mais cedo. Isso pode ser mais benéfico que uma melhor, mas tardia, decisão. Terceiro, as partes geralmente se beneficiam, como contribuintes de tributos, da redução de custos no judiciário e, por último, mas não menos importante, também podem se beneficiar da menor duração de outros casos seus em decorrência de pautas judiciais mais leves (*lighter court dockets*).” (KERN, Christoph A. *O papel das Cortes Supremas*. Tradução de Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochem. *Revista dos Tribunais*, vol. 948/2014, p. 47 – 76, Out/2014).

Baptista da Silva que “é indispensável que se lhes dê competência seletiva, permitindo-lhes escolher, dentre o número de processos que lhe são encaminhados, aqueles que, pelo grau de relevância para o sistema, mereçam apreciação” (BAPTISTA DA SILVA, 2006, p. 258).

Em razão desse rigoroso controle no acesso às cortes supremas, o número de juízes de uma corte dessa natureza não tem relação direta com o número de processos que tramitam em sua dimensão de atuação jurisdicional (as decisões de cortes supremas abrangem toda a dimensão territorial em que é exercida a jurisdição de um país), pois, afastado do exame irrestrito dos casos (tarefa das cortes de justiça), o volume de tarefas será medido de acordo com a necessidade de atuação interpretativa do ordenamento jurídico. Essa circunstância permite que as cortes supremas possuam um pequeno número de juízes julgando e, conseqüentemente, seja mais fácil a uniformização dos seus entendimentos (aspecto essencial às cortes dessa espécie).

O segundo elemento caracterizador das cortes supremas reside na função prevalente por elas exercida. A função das cortes supremas tem sido reconstruída contemporaneamente no sentido de abandonar uma preocupação com a exata e “correta” aplicação da legislação (cortes de controle vinculadas ao paradigma do formalismo interpretativo), para assumir uma função de cortes de interpretação, “preocupadas com a *uniformização do direito*, vinculadas ao paradigma realista interpretativo do *ceticismo moderado* no campo da interpretação jurídica” (ZANETI JR., 2016, p. 292). Assim, partindo da perspectiva de que texto e norma não se confundem e de que é possível a elaboração da norma a partir do caso concreto e da Constituição, a Corte Suprema passa a ser o órgão com a função de definir o sentido que deve ser extraído do texto legislativo (MARINONI, 2014, p. 165)¹².

Juntamente a essa nova compreensão das funções da corte suprema, apresenta-se um novo significado à ideia de “uniformidade”¹³, na medida em que não se busca mais controlar as decisões (com a declaração do sentido exato da lei para propiciar a “uniformidade das decisões” dos tribunais ordinários). Busca-se, isto sim, definir o direito que deve orientá-las (o

¹² No mesmo sentido, Daniel Mitidiero aponta que “A Corte Suprema – seja como Corte de Vértice da organização judiciária, seja como corte constitucional alocada fora da estrutura do Poder Judiciário – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre texto e norma jurídica, o reconhecimento da normatividade dos princípios ao lado das regras, bem como a existência de postulados normativos para a adequada aplicação das normas, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação jurídica e a compreensão da jurisdição como atividade de *reconstrução* da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente* (2013). 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 76).

¹³ Para uma ideia convencional da função da corte suprema como promotora da uniformidade da jurisprudência, ver: TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Vol. 68, N° 1, 2014, p. 35-46.

"sentido e a unidade do direito" para a orientação da sociedade e para a promoção da igualdade) (MARINONI, 2014, p. 165).

O certo é que as cortes supremas exercem uma função pública na medida em que possuem a capacidade de orientar decisões futuras acerca de questões jurídicas supra-individuais, valendo-se da seleção de causas e da formação de precedentes (TARUFFO, 2012, p. 348). A questão da seleção de causas é de suma importância para que as cortes possam cumprir os seus propósitos. Isso porque, não havendo uma seleção de causas a ser apreciada, o volume exigido de julgamentos tornaria impossível que uma corte de dimensão pequena produza, com a devida adequação, decisões capazes de orientar¹⁴ (vinculativamente) a aplicação do direito pelos juízos ordinários.

A partir desse aspecto – necessidade de formação de precedentes – é possível depreender uma segunda importante função das cortes supremas: dar unidade ao direito por meio do precedente¹⁵. É através da formação dos precedentes que as cortes supremas, além de reduzir a indeterminação inerente à aplicação do direito, “enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future” (EISENBERG, 1991, p. 7).

Partindo da compreensão de que a função das cortes supremas é exatamente interpretar a lei, Hermes Zaneti Júnior reconhece como natural a atribuição de uma teoria dos precedentes vocacionada à garantia da unidade do direito, vinculando normativamente as cortes supremas aos seus próprios precedentes e, somente a partir disso, a vinculação desta interpretação para os órgãos de hierarquia inferior (ZANETI JR., 2016, p. 336). Oportuno mencionar que parte da doutrina, no Brasil, entende que os precedentes somente produzirão eficácia vinculante se o ordenamento jurídico positivo assim dispuser¹⁶. Caso contrário, sua eficácia somente possuirá força persuasiva¹⁷.

¹⁴ Outro ponto importante sobre a função das cortes supremas na orientação da sociedade e dos órgãos ordinários diz respeito à necessidade de que existam meios adequados de divulgação dos precedentes. Segundo Michele Taruffo, um julgamento pode se tornar um precedente somente quando ele é conhecido não apenas pelas partes do caso, mas também por outras cortes, pelos advogados e pelo público em geral (TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (coords.). *Interpreting precedents: a Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 451).

¹⁵ No Brasil, Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira definem precedente como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2 (2007), 11ª ed., Salvador: JusPovum, 2016, p. 455. Parece-nos, no entanto, mais adequada a definição de Daniel Mitidiero sobre o tema. Nas palavras do autor: “Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação* (2016). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 104).

¹⁶ Por exemplo: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2 (2007), 11ª ed., Salvador: JusPovum, 2016, p. 455. Didier Jr. [et. al] identificam seis

Por fim, o terceiro elemento que identifica uma corte suprema diz respeito à eficácia das suas decisões. Como é possível depreender das suas próprias funções, as decisões das cortes supremas não possuem eficácia limitada às partes do caso. Do mesmo modo, não possuem alcance somente a fatos pretéritos (a exemplo do que ocorre com decisões das cortes de justiça). Ao contrário, possuem atuação prospectiva (voltada para o futuro) frente ao direito (compreendido como o direito interpretado) e produzem efeitos que vinculam toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário¹⁸.

Em orientação prospectiva, pode ser compreendida a circunstância de que a corte olha para o futuro, para que os casos com traços similares ao julgado sejam guiados pela decisão (TARUFFO, 1997, p. 444). Ou seja, “a tarefa de um juiz que define o sentido do direito se projeta para o futuro, vinculando não apenas a sua posição pessoal como também a regulação dos casos vindouros” (MARINONI, 2015, p. 30).

Justificada e compreendida a função das cortes supremas no sentido de orientar a aplicação do direito, para que seja possível desenvolver os objetivos do presente artigo e demonstrar como, na prática, as decisões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro têm cumprido o seu jaez de corte suprema, é necessário apresentar alguns elementos estruturais no que tange ao tema dos precedentes.

Inicialmente, é preciso estabelecer do que trata um precedente. Ao contrário do que se possa imaginar, o precedente não possui relação com um conjunto de decisões proferidas por (qualquer) tribunal. Ao contrário, o precedente pode ser formado a partir de um único julgamento proferido por uma corte (corte suprema) que possua a missão institucional de atribuir unidade interpretativa ao direito. Decorre, exatamente, da tarefa institucional atribuída à corte suprema (no Brasil, ao STF, a “guarda” da Constituição e ao STJ¹⁹, a promoção da unidade do direito infraconstitucional), a força vinculante (vertical) dos seus precedentes.

efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: “(i) vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão das decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficazante; e (vi) de revisão da sentença” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2 (2007), 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 467)

¹⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 454/455; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 13. Hermes Zaneti Jr. prefere identificar o efeito persuasivo de uma decisão à jurisprudência (jurisprudência persuasiva) e não ao precedente (que enquanto tal irá possuir força normativa [não factual], normativa formal e normativa formal forte) (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* (2015). 2ª ed. rev. e atual., Salvador: Juspodivm, 2016, p., p. 324/327).

¹⁸ Sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da superação dos precedentes, veja-se: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 321/372.

¹⁹ Sobre o STJ como corte de precedente, veja-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

No entanto, importante mencionar que nem toda a decisão de uma corte suprema irá produzir um precedente. Isso se deve ao fato de que o precedente se revela somente quando existam “razões necessárias e suficientes”²⁰ constantes da justificação judicial ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso” (MITIDIERO, 2017, p. 83-84), ou seja, quando seja possível identificar uma *ratio decidendi*.

Para que um precedente seja aplicado por um tribunal inferior (corte de justiça), faz-se necessária a comparação analógica entre o caso que o deu origem (*precedent case*) e o caso sob exame (*instant case*), identificando similaridades ou distinções relevantes (MITIDIERO, 2017, p. 99). Em sendo encontradas similaridades, impõe-se a aplicação do precedente pela corte de justiça ao caso em análise. Do contrário, havendo circunstâncias fático-jurídicas que revelem se tratar de caso distinto do precedente, a corte de justiça não deve observar o precedente não por desobediência ou divergência de entendimento, mas por se tratar de caso distinto. Frise-se: para que a corte de justiça deixe de aplicar o caso deve assumir ônus argumentativo, no plano da justificação da decisão, no sentido de demonstrar as diferenças existentes entre o precedente e o caso em julgamento (na tradição de *common law*, o processo equivalente é chamado de *distinguishing*; no Brasil, a mesma consequência pode ser extraída do art. 489, §1º, VI, do CPC/15).

Outro aspecto indispensável para a compreensão do tema diz respeito à possibilidade de que o precedente venha a ser superado ou modificado e quais são as condições para que isso ocorra.

Um precedente será superado (*overruling*) quando diante da sua incongruência social e inconsistência sistêmica ou quando há um evidente equívoco na sua solução (MITIDIERO, 2017, p. 103). De outro lado, pode a Corte promover a reconfiguração do precedente sem revogá-lo, hipótese em que se estará diante da sua transformação (*transformation*) (MARINONI, 2016, p. 243). A adoção da técnica da transformação é necessária quando for necessário tomar “em consideração aspectos fático-jurídicos *não tidos por relevantes* na decisão anterior”, a fim de “alterar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível” (MITIDIERO, 2017, p. 103). Do ponto de vista formal, a distinção entre a *transformation* e o *overruling* está em que, na primeira técnica, “a Corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressar isso formalmente”, enquanto na segunda, “a Corte expressamente anuncia a revogação do precedente” (MARINONI, 2016, p.

²⁰ “As razões que não são necessárias e nem suficientes para a solução da questão são *obiter dicta* e não integram a parte vinculante do julgado. Pouco importa para a sua configuração ainda se um caso ou vários casos são julgados. Nessa linha, o conceito de precedente não é um conceito quantitativo”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação* (2016). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90).

243). Diante da ausência de negativa do precedente, a transformação permite que várias decisões apresentem elementos concorrentes para a aplicação do direito ao caso concreto, de um lado ampliando o debate em toda da questão, mas, de outro, militando contra a estabilidade desejada pela adoção de um sistema de precedentes (MARINONI, 2016, p. 245).

Além da modificação do precedente pela transformação, também é possível cogitar da sua reescrita (*overriding*). Segundo Daniel Mitidiero, “Há *reescrita* quando a corte *redefine o âmbito de incidência* do precedente”, normalmente reescrito com o fim de restringir o âmbito de aplicação do precedente, a partir da análise de algo que *não foi considerado* na decisão anterior (MITIDIERO, 2017, p. 103). Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “O *overriding* se baseia na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente formado. A distinção que se faz, para se deixar de aplicar o precedente em virtude do novo entendimento, é consistente com as razões que estiveram à base da decisão que deu origem ao precedente” (MARINONI, 2016, p. 245).

Frise-se que somente possui autoridade para superar ou modificar um precedente a Corte com poderes institucionais para a criação do precedente. Ou seja, somente pode superar ou modificar um precedente a Corte que possui poderes para instituí-lo. Às cortes de justiça, cuja missão institucional é examinar o caso concreto e não dar unidade ao direito, cumpre realizar as devidas distinções, mas jamais superar um precedente, pois não possuem atribuição para tanto.

Essa possibilidade de alteração do precedente garante à necessária dinamicidade do Direito em face da sua natureza de ciência social aplicada. Se de um lado o precedente está a serviço da segurança jurídica (na medida em que reduz a margem interpretativa das fontes do Direito), de outro, não pode cristalizar a aplicação do direito, mostrando-se insensível às alterações das circunstâncias sociais²¹. Conceber o contrário seria retornar ao paradigma racionalista-iluminista que percebia o Direito como uma ciência avaliativa e, portanto, passível de adoção *a priori* de soluções para todos os casos concretos.

3. Um estudo de caso: a aplicação da cláusula-geral de responsabilidade civil pelo STJ para a responsabilidade da seguradora da transportadora frente aos danos decorrentes de ato de terceiro em contrato de transporte terrestre de carga

²¹ Ensina Mitidiero: que “Como observa a doutrina, a superabilidade constante das normas é uma característica do Direito como um todo, de modo que semelhante argumento também não serve para infirmar a força vinculante do precedente”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação* (2016). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 88).

Superada a abordagem geral do problema proposto para investigação, faz-se necessário estabelecer os seus contornos conceituais. Nesse sentido, torna-se indispensável a compreensão e o estudo dos desdobramentos jurídicos práticos da atribuição de sentido à cláusula geral de responsabilidade civil no Brasil.

Relembre-se que as cláusulas gerais são caracterizadas por sua “estrutura normativa, isto é, o modo que conjuga a previsão ou hipótese normativa com as conseqüências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas”²². Diante dessa particularidade:

constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo²³.

Neste contexto, insere-se a cláusula-geral de responsabilidade civil.

O direito brasileiro, até a promulgação do Código Civil de 2002, de regra, imputava a responsabilidade ao agente por danos ocasionados quando agia este com culpa²⁴. No Código anterior, somente por exceção era admitida a responsabilização sem culpa²⁵. A partir do Código Civil de 2002, há a inserção de uma nova cláusula de responsabilidade civil no Brasil. Ao lado da responsabilidade derivada da conduta culposa²⁶, passa a ser possível a responsabilização objetiva (independentemente da culpa do agente) pelo dano causado, quando “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza,

²² MARTINS-COSTA, Judith Martins. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de informação Legislativa*, a. 35, n. 139, p. 9, Jul / Set. 1998. Sobre o tema, ver, também: MARTINS-COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

²³ MARTINS-COSTA, Judith Martins. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de informação Legislativa*, a. 35, n. 139, p. 6/7, Jul / Set. 1998.

²⁴ Estabelecia o art. 159 do CC/1916 que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

²⁵ No próprio Código Civil de 1916 o art. 1523, ao regular as obrigações decorrentes de ato ilícito, dispunha que: “Excetuadas as do art. 1.521, nº V [os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia], só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522 [O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles], provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte. Além disso, diversas leis especiais disciplinavam situações em que o causador do dano respondia pelos prejuízos causados independentemente de culpa (cujo exemplo mais vivo pode ser observado no Código de Defesa do Consumidor).

²⁶ Prevista no *caput* do art. 927 do CC/2002, cujo teor é: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 [Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito] e 187 [Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes]), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

risco para os direitos de outrem”²⁷. Com a identificação de uma nova cláusula geral de responsabilidade civil baseada na ideia do risco, atuante simultaneamente com a já existente, baseada na ideia da culpa, há uma quebra de paradigma a respeito do tema. Há uma desvinculação da responsabilidade civil da ideia de punição-sanção em favor da reparação da vítima, optando o ordenamento por priorizar os princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento da função sancionatória (BODIN DE MORAES, 2006, p. 11-37). Assim, é correto afirmar que, em um ambiente de constitucionalização do direito civil, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva vem a dar concretude aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade, superando, pois,

o modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do *Code Napoléon* e do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista²⁸, baseado na Constituição da República, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado (BODIN DE MORAES, 2006, p. 233-258).

Ocorre que mesmo diante da adoção de um sistema dual, que permite a responsabilização do dano com ou sem culpa na conduta do seu causador, a estrutura normativa da cláusula geral impõe que seja investigada a peculiaridade de cada caso em que se cogita da aplicação. Consoante leciona Ricardo Lorenzetti, faz-se necessário empreender uma tarefa de 'reconstrução' teórica da responsabilidade por danos, que deve partir dos casos, isto é, das responsabilidades especiais, para constatar quanta heterogeneidade há nelas. A partir daí deve ser construída então uma nova 'teoria geral', capaz, de fato, de compreender os diversos subsistemas (LORENZETTI, 2008, p. 212-242).

É exatamente a partir do estudo de casos que se pode iniciar a reconstrução da teoria da responsabilidade civil, atenta e aderente à realidade fática e social do direito aplicável em um determinado tempo. A partir dos casos e de um processo de identificação de similaridades e distinções entre precedentes é que pode ser possível a atribuição de sentido à cláusula geral de responsabilidade civil.

Com este propósito, é analisada a evolução do caso escolhido. Pretende-se demonstrar, a partir dele, a construção de uma resposta jurisdicional a um problema recorrente da sociedade. Demonstrar-se-á, pois, a possibilidade da adoção de ferramenta do estudo dos precedentes como meio útil (se não necessário) para a consecução da solução concreta.

²⁷ A redação completa do parágrafo único do art. 927 do CC/2002 é: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²⁸ Sobre o desenvolvimento da ideia de solidariedade da responsabilidade civil em um estado de bem estar social, ver: SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2015.

Apresentada a noção de cláusula-geral da responsabilidade civil, passa-se à tarefa de apresentar o caso (circunstâncias fático-jurídicas) que se pretende estudar.

Em linhas gerais o conflito que foi levado à decisão pelo Superior Tribunal de Justiça decorre de relação jurídica “triangularizada” envolvendo a contratação, pelo dono de mercadoria, de seguro que cubra os prejuízos advindos de contrato de transporte de carga terrestre rodoviário²⁹ celebrado com empresa dedicada a essa atividade. A circunstância fática que origina o problema em questão se apresenta quando, em face de ato de terceiro (furto ou roubo), a mercadoria transportada se perde e o dono da mercadoria exige o pagamento da indenização por parte da seguradora. Diante do pagamento por parte da segurando, nasce a pretensão de a mesma propor ação regressiva em face da transportadora, exigindo indenização pelos danos suportados pelo contratante do transporte de carga.

O primeiro precedente produzido pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema veio à luz no julgamento do Recurso especial nº 38.891³⁰, ainda na vigência do Código Civil de 1916. Na oportunidade, quanto as circunstância de fato, ficou estabelecido que “a controvérsia dos autos está em classificar-se ou não o fato danoso como caso fortuito ou força maior, de sorte a isentar a recorrida da responsabilidade civil decorrente do roubo à mercadoria por ela transportada, e não em perquirir a verificação da culpa”. O precedente foi firmado no sentido de existirem dois argumentos que caracterizam a força maior e exoneram a transportadora da responsabilidade. O primeiro porque “o ato lesivo praticado por terceiro não guarda conexão com o transporte de coisas em si, constituindo-se em motivo de força maior, impeditivo do cumprimento de dever de segurança e incolumidade da transportadora”. O segundo, porque à transportadora não pode ser atribuído o poder de polícia, nem o dever de evitar sinistro como o que ocorreu com a mercadoria furtada. Diante dos argumentos, chega-se à conclusão de que existe o dever de segurança por parte da transportadora, mas deve ser afastada a sua responsabilidade em face do acontecimento (roubo) configurar força maior.

²⁹ Exclui-se do âmbito de aplicação do precedente outras modalidades de transporte, tais como, transporte aéreo, marítimo e ferroviário, por constituírem contexto fático-jurídico distinto do caso investigado. A título de demonstração da realização de distinção, é possível o julgamento do REsp 218.852/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, realizado em 27/03/2001, quando o STJ explicitou que o roubo a transporte de passageiros possui circunstâncias fático-jurídicas distintas das que envolvem o roubo a transporte de carga. No julgamento, o relator teceu as seguintes considerações: “Certo é que alguns arestos deste Tribunal repelem a ocorrência de força maior na hipótese de roubo em transporte coletivo, diante da habitualidade com que se dão tais acontecimentos em nosso País, mormente nas zonas periféricas das grandes cidades. Refiro-me aos REsp's nºs 50.129-6/RJ, relator Ministro Antônio Torreão Braz, mencionado pelo V. Acórdão impugnado, e 175.794-SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Entretanto, tais julgados carregam peculiaridades que não se afeiçoam ao presente litígio (aludem ao transporte coletivo e a zona de freqüentes roubos)” (BRASIL, REsp 218.852/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 27/03/2001, DJ 03/09/2001, p. 226).

³⁰ BRASIL, REsp 38.891/SP, Rel. Ministro Claudio Santos, Terceira Turma, julgado em 22/02/1994, DJ 28/03/1994, p. 6317.

Julgando caso com as mesmas circunstâncias fático-jurídicas, a Quarta Turma do STJ, em 13/06/1994, lavrou o acórdão do Recurso Especial nº 43.756³¹, que passou a ser mencionado em quase todos os julgamentos posteriores. Na oportunidade foi promovida uma reescrita (*overriding*) do precedente firmado pela Terceira Turma no sentido de limitar o significado e a aplicação da ideia de força maior no caso em apreço. Assim, a partir desse julgamento, ficou estabelecido que, para a configuração da força maior, o acontecimento há de ser externo. Isso porque o acontecimento interno, oriundo da falta de cautela e precaução do devedor no exercício do seu mister, não constitui causa de exoneração de responsabilidade. Além disso, o evento externo terá de ser inevitável para o transportador isento de culpa, a quem cabe o ônus de provar tais pressupostos. Levando em consideração as circunstâncias sociais presentes no momento do julgamento, ressaltou o relator que: “diante do quadro que se nos apresenta no campo do transporte rodoviário de carga, para que fique caracterizada a força maior, conforme seja o caso, basta o transportador provar o seu não acumplicimento no roubo”. Diante desse novo julgamento é possível extrair as seguintes conclusões: 1) passa a integrar a solução do caso um dever de conduta subjetiva, ou seja, cautela e precaução, 2) para a exclusão da responsabilidade é necessário que o fortuito seja externo decorrente de ato inevitável (e não imprevisível), 3) a análise do fortuito deve ser feita caso-a-caso e 4) para caracterização da força maior basta o transportador provar o seu não acumplicimento no roubo.

O precedente originalmente firmado recebeu nova reescrita com o julgamento do Recurso Especial nº 160.369³², pela Quarta Turma do SJT, em 25/06/1998, no que tange à identificação do ato inevitável caracterizado do fortuito externo (item 2 das conclusões extraídas do julgamento do Recurso Especial nº 43.756). Na oportunidade, o Relator, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assentou que: “A presunção de culpa da transportadora pode ser ilidida pela prova da ocorrência de força maior, como tal se qualificando o roubo de mercadoria transportada, com ameaça de arma de fogo, comprovada atenção da ré nas cautelas e precauções a que está obrigada no cumprimento do contrato de transporte”. Assim, o julgamento passou a caracterizar o emprego de arma de fogo na subtração da mercadoria como fato hábil a materializar a força maior.

No que respeita à delimitação dos deveres de cautela e de precaução (item 1 das conclusões extraídas do julgamento do Recurso Especial nº 43.756), o julgamento do Recurso

³¹ BRASIL. REsp 43.756/SP, Rel. Ministro Antonio Torreão Braz, Quarta Turma, julgado em 13/06/1994, DJ 01/08/1994, p. 18658

³² BRASIL, REsp 160.369/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 25/06/1998, DJ 21/09/1998, p. 190

Especial nº 119.202³³, em 27/03/2001, acrescentou que o fato que não exonera a responsabilidade do transportador “é o que se vincula aos riscos específicos do deslocamento”.

O debate sobre o tema no STJ seguiu com a realização de uma distinção (*distinguishing*). Quando do julgamento do Recurso Especial nº 278.524³⁴, em 12/06/2001, o Relator do acórdão, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, identificou a necessidade de realizar a distinção entre a responsabilidade havida entre o transportador e o dono da mercadoria e a responsabilidade havida entre a seguradora e o transportador. O relator admitiu “a responsabilidade do transportador na sua relação com o proprietário da carga, nos casos de perda da mercadoria por assalto, quando: a) reconhecida a culpa concorrente do transportador, facilitando a prática do assalto (REsp. 168.200/SP); b) o fato era previsível, nas circunstâncias do evento, assim como admitidas nas instâncias ordinárias (REsp 50129-RJ, Min. Torreão Braz), caso em que ela se exoneraria, provando que adotou as cautelas possíveis e recomendadas”, mas, analisando o caso concreto que envolvia relação entre seguradora e transportador afirmou que “tanto uma quanto outra empresa assumem o risco do seu negócio, sabendo-se que a seguradora existe exatamente para cobrir o dano resultante do fato do assalto, fato previsível”.

Circunstância bastante interessante ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 433.738³⁵, em 12/11/2002. No mencionado julgamento, o Relator aplicou o precedente, mas ressaltou sua posição pessoal nos seguintes termos:

Penso, no entanto, que sendo o roubo um acontecimento bastante comum desde muitos anos para cá, quem exerce a atividade de transporte de mercadorias conhece os riscos que lhe são próprios, entre os quais a possibilidade de perda da carga por assalto. E, em assim sendo, já considera eventos dessa ordem em seus custos, repassando-os ao consumidor, qual seja, o contratante do serviço. (...) A simples inevitabilidade do assalto não me parece suficiente para eximir o dever de reposição pelo prestador do serviço. (...) Coloco-me, portanto, em respeitosa dissonância com a orientação da Colenda 3ª Turma, que sufraga a tese oposta, no sentido da isenção da responsabilidade do transportador por motivo de força maior, causado por fato de terceiro”. Assim agindo, sinalizou a presença de eventual desgaste do precedente firmado em face de alteração no contexto social em que os fatos são produzidos (o roubo ser “um acontecimento bastante comum desde muitos anos para cá.

Mais uma vez no plano da reescrita, a Quarta Turma, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.241.124³⁶, entendeu que não caracteriza falha no dever

³³ BRASIL, REsp 119.202/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/05/1999, DJ 23/08/1999, p. 120.

³⁴ BRASIL, REsp 278.524/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 27/08/2001, p. 344.

³⁵ BRASIL, REsp 433.738/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 12/11/2002, DJ 17/02/2003, p. 287

de segurança “a frequência com que ocorriam os roubos e de não ter a transportadora contratado escolta armada ou seguro”. Decidindo dessa forma delimitou a aplicação do item 1 das conclusões extraídas do julgamento do Recurso Especial nº 43.756.

No entanto, passados 12 anos da formação do precedente, e depois de sucessivas reescritas, em 05/05/2016, o julgamento do Agravo Regimental do Recurso Especial nº 908.814³⁷ promoveu uma modificação por meio da transformação (*transformation*) do precedente. Na oportunidade, o relator conduziu o voto vencedor no sentido de que:

O roubo de carga constitui força maior e exclui a responsabilidade da transportadora perante a seguradora do proprietário da mercadoria transportada, quando adotadas todas as cautelas necessárias para o transporte seguro da carga. Na hipótese, o col. Tribunal de origem, analisando o acervo fático-probatório constante dos autos, concluiu pela caracterização da negligência da ora agravante, ao transportar, no horário noturno, carga muito visada para roubo - medicamentos - em rodovia de grande incidência de assaltos, sem adotar as cautelas necessárias para o transporte seguro da carga, tais como comboio, escolta armada e sobretudo instalação de equipamentos de segurança no caminhão. Não há como na via estreita do recurso especial afastar tais premissas fáticas, que corroboram a responsabilidade da transportadora.

Ou seja, a partir desse julgamento há uma cisão nas circunstâncias fáticas no que respeita à espécie de carga a ser transportada. Se no precedente original para que fosse reconhecido o fortuito hábil a excluir a responsabilidade bastava a demonstração da prática de roubo e de que o transportador não estivesse acumpliciado com o autor do delito; a partir desse entendimento, de acordo com o tipo de carga transportada, passou a ser exigida conduta adicional por parte do transportador a fim de evitar que o ilícito ocorresse (ônus que, inicialmente, era afastado em face de, no entendimento do tribunal, trata-se de responsabilidade do estado coibir a prática de atos ilícitos).

Saliente-se que essa transformação de entendimento já vem sendo acolhida e aplicada pelo STJ (vinculação horizontal), em turma distinta, como se pode perceber no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.374.460³⁸. Nas palavras do seu relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

Esclareça-se que a cautela que razoavelmente se pode esperar da transportadora, mormente em não se tratando de cargas especiais – tais como explosivos, inflamáveis, valores, etc –, refere-se ao devido manuseio, acondicionamento e efetivo transporte do conteúdo, não se exigindo, como entendeu o tribunal de apelação, a instalação de rastreadores por satélite ou escolta especializada.

³⁶ BRASIL, AgRg no REsp 1241124/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 27/08/2015.

³⁷ BRASIL, AgRg no REsp 908.814/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016.

³⁸ BRASIL, AgRg no REsp 1374460/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 09/06/2016.

Importante frisar que não se trata de superação do precedente original (*overruling*) porque, além de não ter havido menção expressa da superação, o julgamento não altera a totalidade do precedente, mas apenas altera um dos significados propostos (quanto ao ônus de adotar cautelas para impedir o ilícito em se tratando de cargas especiais).

4. Conclusão

Pretendeu-se demonstrar por meio do estudo do caso proposto algumas premissas. Inicialmente, por meio do presente artigo é possível observar que a compreensão e funcionalização de uma lógica de precedentes não é inaugurada a partir do advento do Código Processo Civil. Essa dinâmica, inerente à interpretação do direito e do papel das Cortes Supremas, vem sendo desempenhada, ainda que de forma sujeita à crítica, desde muito tempo.

Além disso, fica patente no estudo que, dentro da estrutura e organização do Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça desempenha função típica de uma corte de interpretação e de formação de precedente.

Fica evidente a partir do estudo de caso o esforço interpretativo levado a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça a fim de atribuir sentido a conceitos jurídicos dotados de vagueza considerando as peculiaridades do caso (partindo da interpretação da cláusula-geral de responsabilidade e enfrentando os significados de “ato inevitável”, “dever de cautela e precaução” etc).

Também, não restam dúvidas de que o STJ adota, ainda que sem ter clareza sobre isso, técnicas típicas de um sistema de precedentes, sem que com isso se cogite de um engessamento do direito, como parte dos críticos do precedente sustenta. Antes pelo contrário, é revelada uma ampla revisão e delimitação de um precedente anteriormente criado quando demonstrada a mutação de contexto fático-jurídico experimentado pela sociedade em que se presta a tutela jurisdicional.

5. Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O poder judiciário e a concretização das cláusulas gerais. *Revista de Direito Renovar*, n. 18, p. 11-19, set./dez. 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica* (2011). 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v.9, n.29, p 233-258, jul./dez., 2006.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, vol. 854, p. 11-37, Dez./2006.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida do *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2013.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 68, p. 212-242, Out.-Dez./2008.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (coords.). *Interpreting precedentes: A Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. *Revista de Processo Comparado*, v. 1, p. 271-292, Jan.-Jun./2015

_____. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*, vol. 950/2014, Dez / 2014.

_____. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Precedentes obrigatórios* (2010). 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, v. 680, p. 47-58, Jun / 1992.

_____. O direito privado como um "sistema em construção" - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 139, p. 5-22, Jul / Set. 1998

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, p. 9-35, Abr.-Jun./2004.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente* (2013). 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação* (2016). 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do trabalho entre a seguridade social e a responsabilidade civil: elementos para uma teoria do bem-estar e da justiça social*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; FERRONATTO, Rafael Luiz ; FERRETO, Karine. Cláusulas gerais e sensibilidade comunicativa: direitos fundamentais privados na sociedade global. *Revista de Direito Privado*, v. 25, p. 250 – 270, Jan - Mar / 2006.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedentes. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (coords.). *Interpreting precedentes: A Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

_____. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Vol. 68, Nº 1, 2014, p. 35-46.

_____. Le funzioni delle corti supreme. Cenni Generali. In MITITDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo [coord]. *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

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

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes (2015)*. 2ª ed. rev. e atual., Salvador: Juspodivm, 2016.