II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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 - UNIVEM – São Paulo
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 – Goías
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

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Magno Federici Gomes; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-148-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 02 a 08 de dezembro de 2020, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios.

Esta publicação é derivada da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação stricto sensu no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, realizado em 05 de dezembro de 2020, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos doze trabalhos, efetivamente debatidos, dos quais nove integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: pandemia e processo; constitucionalização do processo e processos coletivos, individuais e extrajudiciais.

No primeiro bloco, denominado pandemia e processo, iniciaram-se os trabalhos com A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA, de autoria de Galdino Luiz Ramos Junior, Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Rute Rodrigues Barros de Abreu, que apresentou os princípios da conciliação e os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sobre o irrisório êxito na autocomposição no referido Estado membro durante o isolamento social. Após, debateu-se AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA, de José Miguel Garcia Medina, Anna Fernanda Scalla Menotti e Julia Izabelle Toneto Romano Maziero que, a partir do círculo hermenêutico, estudou como deve ser interpretada a análise das consequências práticas das decisões judiciais, a partir da técnica da ponderação (coerência, proporcionalidade e razoabilidade).

No segundo eixo, chamado constitucionalização do processo, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se por CIÊNCIA INEQUÍVOCA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de autoria de Alana Caroline Mossoi, Kamila Rezende e Celso Hiroshi Iocohama, um dos coordenadores do Grupo de Trabalhos, que fez

um adequado desenvolvimento do instituto da ciência inequívoca, bem como a sua leitura de acordo com os princípios constitucionais do processo. Após, debateu-se o ÔNUS ARGUMENTATIVO E DIALETICIDADE NOS PRECEDENTES JUDICIAIS, SOB A ÓTICA DO PROCESSO COOPERATIVO, de Vinicius Vilela dos Santos e Luiz Fernando Bellinetti, que estudou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o ônus das partes em cumprir o princípio recursal da dialeticidade. Por sua vez, A DIALETICIDADE PROCESSUAL E OS AFORISMOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS, de Kelly Cardoso, Laís Silva Zimiani e Miriam Fecchio Chueiri, valoriza a dialeticidade processual para efetivar a proibição da decisão surpresa, concluindo que os aforismos não outorgam superpoderes ao Juiz. Depois, o texto a FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM MEIO PARA PROTEGER OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, de Isabela Franco Arruda Brasil e Thaís Andressa Carabelli, faz um contraponto entre o vício de fundamentação das decisões judiciais e o interesse público, quando o direito de um incapaz está em litígio.

No derradeiro bloco, intitulado processos coletivos, individuais e extrajudiciais, o primeiro trabalho OS REFLEXOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA O DELINEAMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: PERSPECTIVAS DO PROCESSO CIVIL TRANSINDIVIDUAL, de autoria de Ricardo Benvenhu e Luiz Fernando Bellinetti, utilizou-se da teoria do diálogo das fontes para desenvolver o acordo de não persecução cível, com base no seu similar criminal. O segundo artigo foi os 25 ANOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS (9.099/1995): CONSIDERAÇÕES SOBRE A NORMA DO ARTIGO 14 E O ACESSO À JUSTIÇA, de Francisco de Assis Diego Santos de Souza, que analisou o atermação e o acesso à justiça nas causas de pequeno valor, demonstrando a importância dos Juizados Especiais na jurisdição brasileira. Finalmente, o texto USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UMA DAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de Regiane Nistler e Jéssica Cindy Kempfer, pretendeu dar publicizar ao instituto da usucapião extrajudicial.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade desta publicação é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados ao processo, à jurisdição, à efetividade da justiça e ao direito processual sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para

expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com o processo, a jurisdição e a efetividade da justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 09 de dezembro de 2020.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magnofederici@gmail.com

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente titular do PPGD da Universidade Paranaense (UNIPAR)

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente titular do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

Nota técnica: O artigo intitulado “A DIALETICIDADE PROCESSUAL E OS AFORISMOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS” foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ÔNUS ARGUMENTATIVO E DIALETICIDADE NOS PRECEDENTES JUDICIAIS, SOB A ÓTICA DO PROCESSO COOPERATIVO

ARGUMENTATIVE BURDEN AND DIALETICITY IN JUDICIAL PRECEDENTS, UNDER THE COOPERATIVE PROCESS

Vinicius Vilela Dos Santos
Luiz Fernando Bellinetti

Resumo

Propõe-se uma abordagem dos precedentes judiciais e sua construção fundamentada pelo processo cooperativo, como forma de legitimação pelo princípio democrático. O pilar de sustentação se encontra na dialeticidade como atividade do contexto decisório, e, para isso, aponta como principais métodos a aplicação da própria cooperação processual e a vertente filosófica do agir comunicativo de Jürgen Habermas, convocando as partes e o julgador para se dedicarem ao seu ônus argumentativo. Desenvolve-se o trabalho mediante pesquisa bibliográfica e descritiva. E, utilizando-se do método dedutivo, analisa-se os pressupostos para garantir respeito ao princípio democrático e ao devido processo legal.

Palavras-chave: Sistema de precedentes, Cooperação processual, Dialeticidade processual, Ônus argumentativo, Agir comunicativo

Abstract/Resumen/Résumé

It proposes an approach to judicial precedents and their construction based on the cooperative process, as a way of legitimizing the democratic principle. The support pillar is found in dialectic as an activity in the decision-making context, and, for this, it points out as main methods the application of the procedural cooperation itself and the philosophical aspect of Habermas' communicative action, calling on the parties and the judge to dedicate themselves to the its argumentative burden. The work is developed through bibliographic and descriptive. Using the deductive method, are analyzed to ensure respect for the democratic principle and due process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precedent system, Procedural cooperation, Procedural dialecticity, Argumentative burden, Communicative action

Introdução

A temática dos precedentes judiciais, como uma das inúmeras reformas levadas a cabo no sistema processual civil brasileiro, é um tema que tem ganhado destaque no debate acadêmico e prático.

O princípio da colaboração processual tem trazido um novo conceito de processo, atraindo deveres a todos os participantes do processo, sempre com vistas a eticizar as relações processuais.

O sistema de precedentes estruturado pelo Código de Processo Civil se mostra como um instrumento que almeja assegurar a estabilidade e coesão do Direito, assegurando celeridade processual e segurança jurídica. No entanto, não se pode perder de vista a legitimação desses precedentes pelo princípio democrático, apresentando como forma de integração ao debate de formação dos precedentes

O fundamento último de sustentação do sistema de precedentes sobre a temática se encontra na prática da dialeticidade processual como importante atividade a ser tomada no contexto decisório, de forma a legitimar o precedente, e, para isso, o presente trabalho aponta como principais métodos a aplicação da própria cooperação processual que é prevista pelo Código de Processo Civil, como, também, da vertente filosófica do agir comunicativo de Jürgen Habermas.

O objetivo é que, de fato, haja maior dialeticidade na seara processual, tanto na construção do precedente, como na aplicação da *ratio decidendi* em casos posteriores, convocando as partes para se dedicarem ao seu ônus argumentativo e o órgão decisório para o seu dever de fundamentação (artigo 489, §1º, I, CPC).

O diálogo processual se presta a conferir ao precedente que alcance de fato sua finalidade, a essência de instrumento tendente a fornecer justiça, segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

Assim, o que se demonstra é que o precedente não se trata de decisão que deverá ser subsumida automaticamente, ao contrário, deverá depender de um efetivo embate jurídico para suprir o ônus argumentativo capaz de dar validade à sua aplicação, dinamizando o entendimento, e, de fato, promovendo justiça.

Nesse sentido, mostra-se pertinente analisar o sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, mediante pesquisa bibliográfica

e descritiva verificando sua inserção como instrumento para assegurar a integridade, coesão e coerência do direito.

Além disso, utilizando-se do método dedutivo, serão analisados, ainda, os reflexos dessas modificações e os pressupostos para garantir respeito ao princípio democrático e ao devido processo legal.

1. Da Cooperação Processual

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a cooperação processual em seu primeiro capítulo, que trata das normas fundamentais do processo civil, de forma que permite inferir que a cooperação deverá ser aplicada por todos os participantes do processo.

Outro ponto essencial é que o dispositivo processual parece exigir dos participantes do processo uma postura ativa de cooperação, com o escopo de melhorar a prestação jurisdicional através de uma maior dialeticidade processual.

A intenção deste princípio é que os sujeitos processuais possam ter uma postura menos beligerante, e que possam se preocupar, sobretudo, com a célere e efetiva prestação jurisdicional.

E o diálogo argumentativo das partes deve ser visto como uma responsabilidade social decorrente do processo.

Sob esse prisma, é interessante o diálogo de Jürgen Habermas com Robert Alexy (1997, p. 288):

> As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo "introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso"... Contra isso é possível objetar, com grande plausibilidade, que todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão.

É evidente que, quando se fala em deixar a postura egoísta, não se pode pretender o abandono ou desinteresse com o êxito no processo ou com a pretensão almejada pela parte. As partes continuam com a intenção de almejar uma decisão que lhe seja favorável, entretanto, devem fazê-lo com uma conduta moral de boa-fé,

contribuindo com o diálogo processual, o que contribuirá, diretamente, na decisão do órgão jurisdicional.

A introdução estratégica dos argumentos das partes serve como contribuição para que haja uma dialeticidade, que servirá ao juiz quando da sua formação imparcial do juízo. (HABERMAS, 1997)

Verificar um processo com boa-fé, cooperação e na busca de resultados justos, trata-se de uma tarefa desafiadora, já que o simples fato de existir uma pretensão resistida que justifique a necessidade do processo (interesse de agir) já exclui a possibilidade de relação processual extremamente amigável como um "conto de fadas".

Entretanto, para ser cooperativo, não significa que as partes devam abrir mão de seus interesses no processo, mas que possa haver uma mudança de cultura, de modo a trazer a ética ao processo, e melhorar o principal escopo da jurisdição que é de pacificar com justiça.

Assim, o comportamento ético e moral é resultado de um processo de aprendizagem, em que a interação entre os sujeitos implique na construção de valores éticos e princípios morais, sendo que o processo ético é resultado do crescimento individual e da maturidade (BANNWART JUNIOR, 2017, p. 27).

Nesse sentido, interessante se mostra o conceito trazido por Leonardo Carneiro da Cunha (2012, p. 151), para quem a cooperação:

> [...] impõe deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma 'eticização' semelhante à que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa-fé e do abuso de direito.

Não se pode perder de vista que a cooperação processual exige uma elevada comunicação entre os sujeitos processuais, de forma a obstar decisões surpresa, isto é, sem a prévia manifestação das partes.

A concretização do princípio da cooperação é uma concretização do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, não mais como simples espectador do "duelo" das partes. O contraditório passa a ser valorizado como instrumento de aprimoramento da decisão judicial. (DIDIER JR. 2016, p. 350-352)

Importante destacar que "*o diálogo deve compreender não apenas as partes do processo, mas todos aqueles que direta ou indiretamente sofrem reflexos e, sobretudo, nele interferem, como é o caso dos julgadores*". (CARVALHO; BELLINETTI, 2019, p. 28)

Neste mesmo sentido também leciona Leonard Ziesemer Schmitz:

> Cooperação não significa, veja-se bem, uma visão utópica de que as partes devem deixar de manifestar interesses conflitantes entre sim. O processo é um ambiente de litígio por definição, essa visão quase romântica do que significa "cooperar" induziria à desconfiguração da própria relação adversarial, já que "esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesas carga de trabalho.
> O que o código que, ao invés disso, é estabelecer um dever de comportamento cooperativo e coerente entre parte e juiz, uma verdadeira comunidade de trabalho (Arbeitgemeinschaft) na qual a divisão de trabalho entre os sujeitos do processo é equitativa. Isso tudo conduz à prolação de uma decisão que não só respeita, mas é fruto do contraditório. (2016, p. 419-420)

Acerca do juiz do processo cooperativo, Daniel Mitidiero afirma que:

> O juiz do processo cooperativo é um juiz *isonômico* na condução do processo e *assimétrico* no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão. Visa alcançar um "ponto de equilíbrio" na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira "comunidade de trabalho" entre pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo. (2011, p. 81)

Neste novo modelo de processo cooperativo, não há que se falar mais em protagonismo das partes ou do julgador, mas em uma comunidade de trabalho em que todos os sujeitos assumem papeis igualmente relevantes, de forma que cada ato processual, até mesmo a decisão, passa a ser resultado dessa cooperação (TUNALA, 2015, p. 144)

Outro aspecto da cooperação é que as partes contribuam para que a prestação jurisdicional seja célere e efetiva, evitando atos protelatórios, sendo que a legislação processual prevê a possibilidade de concessão de tutela provisória de evidência quando caracterizado a manifesta intenção de retardar a entrega da prestação jurisdicional (artigo 311, inciso I).

Sintetizando, é possível conceituar a cooperação como uma série de adequações de conduta dos sujeitos da relação processual no tocante ao exercício de seus direitos, visando a otimização da prestação jurisdicional.

2. Do Sistema de Precedentes

Um dos grandes problemas apontados pela doutrina brasileira acerca das decisões emanadas do Poder Judiciário, é que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida, e essa dificuldade se deve ao fato de os juízes e tribunais não seguirem padrões mínimos de racionalidade ao decidirem (MARINONI, 2018, p. 69)

O autor aponta que o desrespeito aos precedentes das Cortes Superiores é porta aberta para desigual e aleatória distribuição da "justiça", com perversas consequências. (MARINONI, 2018, p. 70-71)

Outro ponto de crítica ao Judiciário brasileiro é a morosidade em se alcançar uma decisão definitiva às demandas que lhe são postas à apreciação.

E é importante mencionar que "*o governo tem a responsabilidade abstrata de tratar o destino de cada cidadão com a mesma importância.*" (DWORKIN, 2014, p. 356)

E complementa:

> O direito serve melhor sua comunidade quando é tão preciso e estável quanto possível, e isso se aplica particularmente ao direito fundamental, constitucional. Isso oferece uma razão geral para ligar a interpretação das leis e de uma constituição a algum fato histórico que seja, pelo menos em princípio, identificável e imune a convicções e alianças efêmeras. (DWORKIN, 2014, p. 438)

Diante deste cenário, constata-se uma agenda criteriosa de reformas legislativas com a tentativa de sanar esses problemas, dentre as quais ganha relevância o sistema de precedentes vinculantes estruturado pelo Código de Processo Civil de 2015.

É importante mencionar que estas mudanças realizadas no sistema jurídico brasileiro, embora sinalizem uma aproximação do *common law* (PORTELA, 2018, p. 51), contudo, não significam que o Brasil tenha abandonado sua tradição do *civil law* para integrar-se ao *common law.* (CÂMARA, 2018, p. 56)

Para corroborar, Alexandre Freitas Câmara esclarece:

> Significativo da ideia, aqui sustentada, de que a adoção dos precedentes como instituidores de padrões decisórios no Direito brasileiro não provoca

> uma saída do *civil law* para ingressar-se no *common law* está no fato de que, diferentemente do que se dá nos países de tradição anglo-saxônica, o precedente brasileiro precisou, para passar a ter eficácia vinculante, de disposição legal expressa neste sentido. No *common law* não costuma existir lei a afirmar a eficácia vinculante dos precedentes. (CÂMARA, 2018, p. 58)

Dworkin já reconhecia a importância da estabilidade da interpretação das normas, arrazoando que uma comunidade política seria, a longo prazo, mais bem-sucedida, se assegurar a estabilidade da correta interpretação e não a decisões interpretativas. (DWORKIN, 2014, p. 439)

Nesse sentido que Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma estruturação ao sistema de precedentes, com vistas a alcançar a almejada segurança jurídica, garantindo uniformização e estabilização da jurisprudência.

E, pensando num modelo comparticipativo de processo, é evidente que incumbe ao advogado indicar os riscos da propositura da demanda ao seu cliente, mas, não só isso, é necessário também que o operador do direito tenha consciência do papel de auxiliar no aperfeiçoamento do precedente, tanto quanto às técnicas de formação, quanto à aplicação do precedente.

Assim leciona Luiz Guilherme Marinoni:

> Contudo, num sistema de precedentes, a orientação jurídica se torna efetivamente factível. Os advogados tem como cumprir o seu papel, que deixa de ser o de simplesmente arriscar – ainda que com custosa e convincente argumentação – a obtenção de uma decisão que, entre as várias que podem ser dadas, favoreça o seu cliente. Nesta dimensão, os advogados podem dar aos seus clientes uma previsibilidade acerca de uma dada situação jurídica ou de um possível litígio. Em suma: para que os advogados possam adequadamente exercer as suas funções e para que os cidadãos possam realmente ser orientados acerca dos seus direitos, o Judiciário deve ser confiável, ou melhor, as suas decisões devem ser previsíveis. (MARINONI, 2011, p. 178).

Não obstante, o sistema jurídico deve ser visto com integridade e coerência:

> Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel e precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. (DWORKIN, 2014, p. 264)

E a visão do direito como integridade exige que os julgadores reconheçam o direito como instituto estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a

justiça, equidade e devido processo legal, aplicando-o nos novos casos que lhes são apresentados, de modo que cada jurisdicionado receba a resposta justa e equânime segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 2014, p. 291)

Portanto, o sistema de precedentes privilegia o direito como integridade e como um sistema coerente e estável.

É importante destacar que o precedente judicial não tem o objetivo de dar imutabilidade ao Direito, ao contrário, seu objetivo é justamente assegurar estabilidade e coesão das decisões judiciais, garantindo um tratamento isonômico entre todos aqueles que se encontrarem em situações jurídicas idênticas.

Veja-se que a decisão judicial, qualificada como precedente vinculante, é capaz de criar duas normas jurídicas, uma norma de caráter geral e outra individual.

A norma de caráter geral é fruto da interpretação e compreensão dos fatos envolvidos na causa, bem como da subsunção ao direito positivo. Por outro lado, a norma de caráter individual, é exatamente a decisão para aquela situação específica. (DIDIER JÚNIOR; et. al., 2016, p. 442)

A doutrina denomina a norma de caráter geral como "*ratio decidendi*", que se trata dos fundamentos determinantes da decisão, e é exatamente essa parte da decisão (razões de decidir) que será de observação obrigatória (natureza vinculante) para futuras decisões futuras.

Também conhecida como "*holding*" (mais utilizada nos direito norte-americano), a *ratio decidendi* (termo mais utilizado no direito inglês) tem uma certa dificuldade para sua identificação no julgado, porque "*não obstante a construção de enunciados, quer seja de súmulas vinculantes, quer seja em repetitivos ou ainda na repercussão geral, tais, diante dos longos debates, não conseguem sintetizar as razões determinantes*" (PORTELA, 2018, p. 67).

Destaca-se que a norma do precedente é moldada em casos posteriores, onde a abrangência é mais bem delimitada e distinguida de outras situações, enquanto a fundamentação utilizada no precedente continua íntegra (MACÊDO, 2019, p. 249)

Nesse sentido também é a lição de José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 123):

> Cumpre esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao

> examinarem-na como precedente, extrair 'a norma legal' (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.

Não obstante haja um consenso na doutrina de que a *ratio decidendi* é o elemento vinculante da decisão, não há consenso sobre o que constitui a própria *ratio decidendi*.

Nessa toada, a *ratio decidendi* poderá ser constituída pelas razões necessárias para se chegar àquela decisão, como pelas razões suficientes para a conclusão.

Marinoni ainda acrescenta uma importante observação:

> Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*. (2011, p. 293)

Com efeito, viu-se que a *ratio decidenci* se trata do fundamento essencial do precedente, porém, de outro lado, também integra o precedente judicial o *obiter dictum*, ou simplesmente *dictum*, que se trata de qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que seja irrelevante ou prescindível para a conclusão, ou seja, será *dictum* qualquer motivação de caráter secundário, que não influencie no julgamento. (DIDIER JUNIOR; et. al., 2016, p. 458)

Pode-se afirmar que o *obiter dictum* é a parte imprestável do precedente obrigatório para a construção de sua norma. Por exclusão, *dictum* é tudo aquilo que não se configura como *ratio decidenci.* (MACÊDO, 2019, p. 274)

Por conseguinte, a principal ideia é que a *ratio decidendi* é obtida a partir da identificação dos fundamentos de relevância que levaram à conclusão, desprezando-se, para esse efeito, o *obiter dictum*, que são argumentos incidentais, não tendo relevância para a decisão.

3. Dialeticidade e Ônus Argumentativo nos Precedentes Judiciais

O instituto da cooperação processual tem relevante importância para a construção dos precedentes judiciais.

Os precedentes judiciais devem ser construídos de forma a assegurar a representatividade democrática e participativa, no qual se exige das partes e do juiz um comportamento cooperativo, baseado na dialeticidade, através da constituição de uma autêntica "comunidade de trabalho" entre as partes e o juízo (MITIDIERO, 2011, p. 80-81).

Ademais, não se pode perder de vista que todo precedente judicial invocado deve ser reinserido à esfera dialética da argumentação judicial, tanto pelas partes, quanto pelo julgador.

Na Inglaterra, as decisões judiciais, notadamente as dos tribunais superiores, são "escrupulosamente exaurientes", pois compreendem um "exame minucioso de todos os precedentes pertinentes ao caso que está sendo decidido", ou seja, invocar um precedente não significa aplicá-lo automaticamente, dever haver procedimento dialético para que sua aplicação tenha legitimidade. (ANDREWS, 2011, p. 105)

Entendendo os precedentes judiciais como fonte de Direito, é fundamental que se observe a dialeticidade na construção do precedente, pois os integrantes do Poder Judiciário não são eleitos, o que poderia ocasionar um déficit à legitimidade democrática do precedente como norma jurídica. Ora, esse déficit poder ser suprido pela efetiva participação das partes no processo em cooperação com a atividade decisória.

Sobre a legitimação da democracia representativa, destaca-se:

> Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor da participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais. (MITIDIERO, 2001, p. 49-50)

É neste contexto que encontra guarida a teoria do agir comunicativo do filósofo alemão Jürgen Habermas, de modo que haja dialeticidade entre o agir instrumental e o agir comunicativo.

Nesse prisma, o Estado e todo seu aparato estaria vinculado ao agir instrumental, enquanto o mundo da vida se vincularia ao agir comunicativo, que são os valores inerentes a cada um de nós, individualmente ou coletivamente.

Habermas (2007, p. 65) expressa o agir comunicativo como um agir orientado pelo entendimento, aduzindo:

> A expressão "agir comunicativo" assinala as interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado pelo entendimento assume o papel de coordenador da ação. Por meio da comunicação linguística, as pressuposições idealizadoras emigram para um agir orientado pelo entendimento.

Com efeito, o agir comunicativo ganha relevo na postura de agir-refletir-agir coletivamente, que é oportuno para a realização de uma atitude crítica, investigativa e argumentativa, cujo fundamento principal está no uso da linguagem dos sujeitos de ação, que tende a conduzir mudanças através das interações sociais.

O movimento racional de dialeticidade contribui para a autonomia da coletividade, que, por consequência, também gera uma relevante contribuição para a emancipação do homem, já que será capaz de construir seu ponto de vista crítico sobre a realidade e sua autonomia argumentativa.

Sobre essa racionalidade dialética:

> A conceituação de razão, o claro entendimento do que seja razão, para Habermas é de fundamental importância. Se em Kant a razão é subjetiva, inata, transcendental, e se em Popper ela é objetiva, em Habermas ela é comunicativa, dialógica. Se para o positivismo ela é a capacidade de manipular corretamente regras formais, para a ação comunicativa ela é a capacidade de dialogar seguindo a lógica do melhor argumento. (PINENT, 1995, p. 37)

Efetivamente, a proposta de Habermas se enquadra na formação de um regime democrático aberto ao diálogo, com grande potencial emancipatório, inclinado a incluir os indivíduos para a formação legítima dos resultados obtidos discursivamente, o que está umbilicalmente ligado com a construção dialética dos precedentes judiciais.

Em outras palavras, a participação das partes, bem como de terceiros intervenientes, a exemplo do Ministério Público e do *amicus curiae,* na atividade decisória cria uma institucionalização jurídica do procedimento pelo agir comunicativo.

Por certo, havendo a dialeticidade, todos os participantes do processo se tornam, ao mesmo tempo, autores e destinatários do direito construído pelo precedente judicial.

Não se pode perder de vista, ainda, o *ônus argumentativo,* que, embora pouco abordado, estrutura a formação do discurso judicial, além de possuir um relevante papel na definição do objeto do contraditório e do próprio procedimento, já que todo o processo é guiado pelas afirmações realizadas pelos sujeitos processuais. (MACÊDO, 2019, p. 422-423)

E a argumentação conforme o precedente judicial é um ônus dos sujeitos do processo, que deve ser cumprido de forma específica, ou seja, a parte, ao formular suas alegações deve avaliar o precedente invocado, identificando a *ratio decidendi* do precedente, demonstrando e justificando que aquela norma é aplicável ou não ao seu caso. Caso a parte não se desincumba desse ônus o julgador estaria desobrigado a avaliar a argumentação da parte, o que se trata de uma *exigência de dialeticidade.* (MACÊDO, 2019, p. 424-425)

Aurélio Viana e Dierle Nunes advertem que:

> O advogado, ao desprezar o ônus argumentativo que lhe é imposto em virtude da sistematização do direito jurisprudencial, colabora para o esvaziamento do seu próprio papel, tendo em vista que a sua deficiência argumentativa contribui para o deslocamento da centralidade (protagonismo) no órgão jurisdicional, considerando-se a própria virtude do contraditório, que veda as decisões-surpresa. (2018, p. 361)

Neste sentido também que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o AgInt no AREsp 853152/RS, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, afirmou que as partes também devem observar o §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil[1], alertando para a necessidade todos os sujeitos processuais se adaptarem ao processo cooperativo.

A criação do sistema de precedente é fundamental em razão do acúmulo de processos. No entanto, a adoção deste sistema não pode partir exclusivamente

---

[1] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

desta premissa. É essencial que o desígnio maior seja a qualidade da prestação jurisdicional, por meio de procedimentos argumentativos que garantam a correção do raciocínio do operador que irá aplicar os precedentes. Somente deste modo, que se estaria atendendo o princípio democrático e a adequada (e suficiente) motivação das decisões judiciais.

De outro lado, deve-se esclarecer que o precedente judicial não objetiva a imutabilidade do Direito, mas, visa garantir estabilidade e coerência a este, buscando o tratamento isonômico entre pessoas que se deparam em idêntica situação.

A finalidade precípua desse sistema deve ser a efetividade do Estado de Direito quando da aplicação da lei, o que assegurará a legitimidade da adoção do sistema de precedentes, fincado nas bases sólidas da dialeticidade processual e participação democrática.

Não obstante, o Direito não se torna imutável justamente pelas hipóteses de distinção (*Distinguishing*) ou superação (*Overruling*) do precedente. Todavia, é importante destacar que, nestas hipóteses, a argumentação deve ser ainda mais pormenorizada.

Nessa lógica, quando as partes formularem argumentação amparada em precedente judicial ou quando a decisão judicial se basear em um precedente, as partes e o juiz devem submeter o precedente invocado a uma reconstrução argumentativa de forma a extrair a *ratio decidendi* e amoldá-la ao caso concreto.

Vale dizer, ainda, que a simples apresentação de um precedente judicial não pode ser considerada como argumentação necessária (e suficiente) para justificar a pretensão da parte ou a fundamentar a decisão do julgador. Mas, torna-se necessária a submissão do precedente a um contexto dialético processual que fundamente e dê legitimidade à nova decisão.

Portanto, a utilização do precedente judicial, a pretexto da segurança jurídica e da celeridade processual, não pode significar um julgamento antecipado do caso, mas, deve ser reinserido no contexto argumentativo da nova demanda, de modo a concretizar o contraditório e da ampla defesa, e o modelo de processo cooperativo.

Considerações finais

O estudo visou analisar as reformas pelas quais o sistema processual tem passado, notadamente quanto ao estabelecimento de um novo sistema processual – o processo cooperativo, estudando os deveres impostos a todos os participantes do processo, com vistas a eticizar as relações processuais.

A proposta do presente trabalho foi desenvolvida mediante a devida apresentação das reformas ocorridas no sistema processual brasileiro, com a implantação do processo colaborativo, e estruturação do sistema de precedentes.

Outrossim, apresentou-se linhas gerais do sistema de precedentes, como método de corroborar a previsibilidade e estabilidade às decisões judiciais, e como um importante instrumento para assegurar a integridade, coesão e coerência do direito.

Analisou-se, também, a importância de identificar no precedente a *ratio decidendi* como elemento vinculativo do precedente, expondo a dificuldade de sua precisa identificação.

Através de uma proposta objetiva, foi analisado esse (novo) contexto processual e as problematizações que os precedentes trazem para legitimidade democrática da norma criada pelo precedente, sendo essencial a dialetização tanto na construção do precedente, como em sua posterior aplicação.

Desta forma, embora haja uma mitigação à liberdade decisória, viu-se que é necessário o estímulo ao intenso diálogo entre as partes e o julgador, haja vista o dever (ou ônus) de debater pormenorizadamente a aplicação do precedente (*ratio decidendi*) ao caso concreto.

Referências Bibliográficas

ANDREWS, Neil. **Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 36, v. 192, p. 99-127, fev. 2011.

BANNWART JUNIOR, Clodomiro José; CATARINO, Dilson; LIMA, Gleiton; NUNES, Liliane. **Responsabilidade Integral. Metodologia Estratégica para o Desenvolvimento Pessoal, Corporativo e Educacional.** Londrina: Midiograf, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando padrões decisórios a sério.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Cláudio César; BELLINETTI, Luiz Fernando. **O Processo Civil de 2015 como Qualificador da Linguagem, Socialização e Interação Humana.**

Revista Cidadania e Acesso a Justiça. e-ISSN: 2526-026X. Belém. V. 5, n. 2, p. 17-34, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio do contraditório e a cooperação no processo**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 20, nº 79, p. 147-159, jul./set. 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Princípio da Cooperação.** Normas Fundamentais. Coordenadores Fredie Didier Jr. [et. al.]. Salvador: JusPodivm, p. 345-358, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução: Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tomo I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião: Estudos filosóficos**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.** 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Dierle. **Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização - Paradoxos do sistema jurídico brasileiro: uma abordagem Constitucional democrática**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PINENT, Carlos Eduardo da Cunha. **Situando Habermas**. Educação, Porto Alegre, ano XVIII, n. 29, p. 31-40, 1995.

PORTELA, João Filho de Almeida. **O precedente obrigatório e o dilema entre garantias constitucionais e a estandartização do direito.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15.** Normas Fundamentais. Coordenadores Fredie Didier Jr. [et. al.]. Salvador: JusPodivm, p. 411-450, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.** WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

TUNALA, Larrissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório.** Salvador: JusPodivm, 2015.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.