II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO

MAGNO FEDERICI GOMES

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

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. 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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Hugo de Brito Machado Segundo; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-180-7
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

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

A coordenação de Grupos de Trabalho no âmbito do CONPEDI sempre propicia momentos de alegria e aprendizado, permitindo contato com valiosa amostra do que a Pós-Graduação em Direito tem pesquisado, em todo o país, em torno do tema correspondente. Com o GT de PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II não foi diferente, contemplando debates em torno de assuntos atuais, relevantes e de intensa repercussão prática, sem prejuízo de um embasamento teórico e filosófico.

Com este volume, fruto e consequência das pesquisas apresentadas no GT, o público leitor passa a dispor também dessa amostra, agora ampliada, porquanto se acham aqui publicados os próprios trabalhos escritos, completos, objeto das apresentações.

No primeiro deles, O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: UMA BREVE REFLEXÃO NAS ÁREAS CIVIL E PENAL, Victória Santos Marques e Paolo Roberto de Angelis Bianco examinam os problemas inerentes ao processo e seu tempo, avaliando as consequências especialmente de uma demora excessiva e desnecessária à entrega da tutela jurisdicional.

Por um outro enfoque, um pouco mais específico e empírico, a mesma temática é objeto do trabalho seguinte, que problematiza, por igual, os efeitos da pandemia da COVID19 sobre a duração do processo. Trata-se de LIDANDO COM A MOROSIDADE DO SISTEMA JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE ESTATÍSTICA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, de autoria de Luciane Mara Correa Gomes e Durcelania da Silva Soares.

Saindo um pouco da temática do tempo, da celeridade e da indesejável morosidade, mas ainda tendo a COVID19 como pano de fundo, Francielle Benini Agne Tybysch e Gislaine Ferreira Oliveira escrevem sobre O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO E O PODER JUDICIÁRIO ALÉM DOS NÚMEROS: OS IMPACTOS DA INFLUÊNCIA RACIONALISTA E OS DESAFIOS DA PANDEMIA COVID19.

No trabalho seguinte, intitulado PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DA JUSTIÇA, Camila Tavares de Albuquerque, Ana Elizabeth Lapa e Wanderley Cavalcanti cuidam deste importante e atual tema, relacionado à informatização do

Judiciário, em especial do Processo Eletrônico, e de algumas das repercussões daí decorrentes. O processo eletrônico, além de gerar questionamentos ligados à pertinência de institutos construídos por séculos à luz do processo de papel, permite ou facilita a leitura das peças por algoritmos de inteligência artificial, abrindo as portas para o uso dessa tecnologia, a qual inclusive é objeto de exame por outro trabalho deste mesmo volume.

Trazendo à lume as inovações produzidas pela Lei n.º 13.994/2020 sobre a norma geral dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/1995), Francisco de Assis Diego Santos de Souza destaca seu estudo com o foco nos JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO VIRTUAL (LEI N.º 13.994/20) À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO BRASILEIRO, também compatibilizando o tema com a pandemia decorrente do COVID19 e a preocupação com o acesso à justiça.

Fabrício Veiga Costa, Talita Sebastianna Braz Santos e Flávio Marcos Dumont Silva, por sua vez, apontam a ADI como uma ação coletiva lato sensu, em razão de seu objeto, e na perspectiva de fortalecer a constituição de um julgamento democrático do mérito, apresentam seu trabalho sob o título ADIN COMO MODELO DE PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO E A INDISPENSABILIDADE DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.

Atento aos interesses da sociedade de massa e da coletivização de conflitos, Vinicius Medina Campos, Luiz Alberto Pereira Ribeiro escrevem o trabalho intitulado O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO, SOB A ÓTICA DO INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO, investigando as repercussões do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), em especial o seu art. 927.

Dentro do contexto do CPC/2015, o trabalho INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA: A NECESSIDADE DE GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, de Sofia Perez de Carvalho, Kathia França Silva e Adriano da Silva, traça críticas à atuação jurisdicional que se afasta da compreensão democrática do processo judicial, que implica a adoção do sistema trazido pela Lei 13.105 /2015, em especial ao respeito aos precedentes do mesmo modo em que se possa dar a necessária individualização da lide por meio da distinção criteriosa das semelhanças de fato e de direito.

Tecendo críticas envolvendo o desrespeito ao direito do consumidor e à dignidade da pessoa humana, André Murilo Parente Nogueira e Renata Carrara Bussab apresentam seu trabalho A SÚMULA 385, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB A ÓTICA DE SEUS PRECEDENTES: BANALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL, com

investigação que compara decisões já realizadas pelo Tribunal e os problemas decorrentes de sua inconsistência e aplicação.

Raquel Lauriano Rodrigues Fink e Luiz Manoel Gomes Junior, por sua vez, trazem seu estudo sob o título ATENUAÇÃO DE PRINCÍPIOS E PROCESSOS ESTRUTURAIS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, considerando a complexidade dos litígios e a necessidade de se apresentarem meios adequados para a tutela jurisdicional, tendo por base o modelo das medidas estruturantes, originárias na experiência da Commow Law americana com o nome de estrutural reform, cujo desenvolvimento teorico teve como precursor o professor da Universidade de Yale, Owen Fiss.

Também seguindo a perspectiva das medidas estruturantes, Leão Pereira Neto demonstra seus estudos sob o título PROCESSO ESTRUTURAL E A QUESTÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO, propondo uma nova leitura em institutos do processo civil para a aplicação do processo estrutural em matéria de direito público brasileiro, analisando a capacidade do ordenamento albergar decisões dessa natureza.

Entrelaçando estudos sobre a prorrogação de competência e a conexão, o trabalho intitulado O INSTITUTO PROCESSUAL DA CONEXÃO E O MAL-ESTAR CRIADO POR DECISÕES CONFLITANTES NO PODER JUDICIÁRIO, de Sofia Perez de Carvalho, Kathia França Silva e Adriano da Silva Ribeiro analisa as vantagens e desvantagens da união dos processos, com comparativos amparados na doutrina e na jurisprudência.

Ao abordar os elementos utilizados na concretizacao da norma decisoria, que poderao servir ao avanco da estruturacao/fundamentacao das decisoes em tutela de evidencia, Cristiny Mroczokoski Rocha, Adriana Fasolo Pilati e Carime Tagliari Estacia trazem à baila o seu trabalho intitulado TUTELAS DA EVIDÊNCIA E A TERIA PÓS-POSITIVISTA DE FRIEDRICH MÜLLER, diante da insegurança jurídica decorrente da utilização do princípio do livre convencimento.

A produção da prova, não como mera formalidade mas como efetivo instrumento para garantir maior segurança jurídica e proteção, além da defesa da boa-fé nas relações processuais, é foco de estudo do texto PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOTADAMENTE QUANTO À PRODUÇÃO DA PROVA, de Kamila Rezende, Heloisa Cristina Luiz Cappellari e Celso Hiroshi Iocohama.

Com o trabalho sob o título SISTEMA RECURSAL E OS LIMITES PARA AS CORREÇÕES DE FALHAS PROCEDIMENTAIS, Bruno Martins Duarte Ortiz e Miriam

Fecchio Chueiri abordam o art. 932, parágrafo único, do CPC/2015 e os limites de sua aplicabilidade, com destaque à visão contemporânea do acesso à justiça com a importância da análise do mérito das pretensões.

Os avanços tecnológicos e as incertezas na implementação das novas tecnologias, devem ser tratados dentro da perspectiva de atenderem à qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário. Esta proposta norteia o artigo JULGAMENTO VIRTUAL DOS PROCESSOS: NECESSIDADE EMERGENTE E CRÍTICAS DA JURISPRUDÊNCIA, de Larissa Bisetto Breus Felde, Caroline Alessandra Taborda dos Santos Dallegrave e José Edmilson de Souza Lima, que versam sobre os plenários virtuais e julgamentos por meio eletrônico no contexto de sua implementação, qualidade e efetividade.

Finalizando este conjunto de excelentes estudos, Fabrício Veiga Costa, Graciane Rafisa Saliba e Samuel Meireles abordam o tratamento da inadimplência da dívida de pensão alimentícia com o trabalho PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS: POSSIBILIDADE JURÍDICA DA PRISÃO DOMICILIAR DO DEVEDOR DE ALIMENTOS E O USO DE TORNOZELEIRAS ELETRÔNICAS COM MEDIDA COERCITIVA, por meio do qual analisam a jurisprudência sobre o tema diante do princípio da dignidade da pessoa humana, na execução menos gravosa e dos reflexos da COVID-19.

Os Coordenadores deste Grupo de Trabalho – Jurisdição, Processo e Efetividade da Justiça II, agradecem e parabenizam o CONPEDI e seus participantes enquanto organizadores e expositores/pesquisadores, os quais, na somatória de esforços, contribuíram para que mais este evento se concretizasse, mantendo-se a seriedade e o comprometimento para com a ciência do Direito e pela grande responsabilidade social da área para o desenvolvimento da sociedade.

Dentro desta perspectiva, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 14 de dezembro de 2020.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Hugo de Brito Machado Segundo

Docente titular do PPGD da Universidade Federal do Ceará (UFC)

hugo.segundo@ufc.br

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente titular do PPGD da Universidade Paranaense (UNIPAR)

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Magno Federici Gomes

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

magnofederici@gmail.com

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II 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.

INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA: A NECESSIDADE DE GARANTIA DO CONTRADITÓRIO

INSTRUMENTS OF OVERCOMING JUDICIAL PRECEDENTS AND ARGUMENTATIVE INERTIA: THE NECESSITY OF GUARANTEE OF THE CONTRADITORY

Sofia Perez de Carvalho [1]
Kathia França Silva [2]
Adriano da Silva Ribeiro [3]

Resumo

O sistema de precedentes judiciais inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 visou superar a crise de imprevisibilidade das decisões judiciais que violavam a segurança jurídica e a isonomia dos jurisdicionados. A efetividade desse sistema, no que respeita os métodos de superação, pressupõe a garantia do contraditório que não se compatibiliza com a inércia argumentativa dos órgãos jurisdicionais. Pretende-se utilizando o método dedutivo discorrer acerca do instituto de precedentes judiciais e os deveres dos tribunais e dos magistrados para que seus fins sejam concretizados.

Palavras-chave: Sistema de precedentes judiciais, Código de processo civil, Deveres dos tribunais, Garantia do contraditório, Inércia argumentativa

Abstract/Resumen/Résumé

The system of judicial precedents inaugurated by the Civil Procedure Code aimed at overcoming the crisis of unpredictability of judicial decisions that violated legal security and the isonomy of the jurisdictional ones. The effectiveness of the system, as regards the methods of overcoming it, presupposes the effective guarantee of the contradictory that is not compatible with the argumentative inertia of the jurisdictional organs. It is intended using the deductive method to talk about the institute of judicial precedents and the duties of the courts and magistrates so that their ends are realized.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The system of judicial system, Code of civil procedure, Duties of the courts, Guarantee of contradictory, Argumentative inertia

---

[1] Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

[2] Mestre em Direito pelo PPGD/FUMEC. Advogada.

[3] Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Mestre em Direito pelo PPGD/FUMEC. Professor no IESLA/ESJUS. Assessor Judiciário do TJMG. Editor Chefe das Revistas e Pesquisas do IMDP.

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade intitulada modernidade líquida pelo sociólogo Zygmund Bauman (2001), necessária criação de instrumentos que confiram objetividade e previsibilidade ao comportamento do Poder Judiciário, uma vez que a segurança jurídica e a harmonização social são premissas do Direito que não comportam antinomias ocasionadas pela jurisdição lotérica.

O jurisdicionado clama por pilares sólidos na modernidade que instalou o caos decorrente da insegurança do amanhã, o Direito não pode ser fluido de forma a perder a segurança jurídica e aumentar o poder de subjetividade do magistrado, sob pena de perder o seu verdadeiro sentido.

A hermenêutica constitucional e a teoria dos princípios legitimaram de forma equivocada, a interpretação da lei dissociada da técnica e dos limites do enunciado normativo e, com isso, permitiu-se que jurisdicionados, em idênticas situações sociais e jurídicas obtivessem soluções dispares, ocasionando o ruir das bases do Direito: a isonomia, a previsibilidade e a segurança jurídica.

A Lei n.13.105/15 não representa apenas a promulgação do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), mas ruptura da epistemologia jurídica processual anterior veiculando na nova sistemática processual os preceitos do contraditório efetivo, da cooperação, da autonomia privada na condução do procedimento, da boa-fé processual, dentre outros.

O sistema de precedentes judiciais obrigatório determina, peremptoriamente, que a decisão dê igual solução jurídica aos litígios nos quais os jurisdicionados postulam pretensões com identidade fática e jurídica ao caso pretérito que empolgou a tese normativa do precedente judicial vinculante. Lado outro, na hipótese do processo, ventilar bases sociais e/ou jurídicas diversas que reclame outra solução jurídica, deve o magistrado proceder à individualização da lide por meio do instrumento de distinção dos precedentes judiciais.

Nesse sentido, a jurisprudência de observância obrigatória não pode ser aplicada automaticamente, mas, com criteriosa análise da semelhança de fato e de direito, para que se possa estabelecer a posição atual da corte em relação à anterior.

Infere-se que a construção do precedente judicial se faz na dinâmica estabelecida entre o ser (fatos sociais) e o dever ser (enunciado normativo) razão pela qual é necessário garantir a concretização do devido processo legal em sentido substancial para legitimidade do instituto de precedentes judiciais que não se coaduna com o princípio da inércia argumentativa.

Assim, o giro paradigmático do processo não pode ser apreendido senão mediante análise da transformação do direito desde a ascensão do Estado Constitucional do século XVIII até o Estado Constitucional contemporâneo que erigiu a dignidade da pessoa humana, em detrimento do patrimônio, o centro gravitacional de proteção e acrescentou os princípios como espécie normativa do ordenamento jurídico.

O Estado Democrático de Direito na sua concepção contemporânea não prescinde de instrumentos capazes de conter o poder, digo, o decisionismo fortuito e a voluntariedade subjetiva dos órgãos judiciais que se destacaram nos ordenamentos jurídicos com a expansão dos direitos fundamentais e da ideia da força normativa da constituição.

O presente estudo, a luz desse pano de fundo, utilizando o método o dedutivo, com base em pesquisa doutrinária, objetiva captar os fins do instituto dos precedentes judiciais frente ao dever dos tribunais em adequar a fundamentação por meio da qual se pretenda afastar a *ratio decidendi* de precedente judicial, além de fazer breve análise dos efeitos da inércia argumentativa na efetividade do sistema de precedentes judiciais.

2 BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

O estado constitucional é fruto de movimentos sociais, econômicos, políticos e culturais: movimento jurídico-filosófico recente na história da evolução das civilizações, decorrente do clamor legítimo da sociedade contra as arbitrariedades e ingerências praticadas nas monarquias absolutistas.

O Estado Constitucional de Direito encampou a teoria tripartite de Montesquieu: o Estado, detentor do poder de coação legítimo o exerce através de funções distintas numa dinâmica em que os Poderes são independentes, mas sempre e, invariavelmente, sob a real possibilidade de controle de uns sobre os outros. Sistema de freios e contrapesos.

Este modelo foi idealizado na vã inocência de estar garantida a segurança jurídica e da liberdade tão almejada no estado liberal, especialmente a Burguesia necessitava da certeza que o Estado não agiria de forma arbitrária com a sua liberdade. Logo, a revolução francesa encampou o positivismo jurídico e, acaba sendo assentada a premissa de que o direito é o conjunto de leis, fruto do Poder Legislativo, legítimo representante do povo e, por isso, a sua vontade representaria o verdadeiro espírito das leis.

No estado liberal há uma hipertrofia da função legislativa, centro máximo do poder, representando a negativa direta ao absolutismo e consequência da separação de poderes.

Nessa linha, aos Poderes Executivo e Judiciário competia cumprir as leis, atuação essa, de cunho negativo. O juiz, considerado, "boca da lei", nada podia fazer, senão repetir o determinado por ela. Tais Poderes eram, portanto, em última análise, controlados pelo Parlamento, que exercia a função legislativa. Ganharam relevo, nesse período, os direitos fundamentais de abstenção, direitos de primeira dimensão (civis e políticos).

A questão social preterida à atuação do mercado no Estado liberal deu azo às injustiças sociais e provocou uma nova mudança estatal. Inaugurou-se a era social e a busca pelo bem-estar social. O Estado abandona a atuação negativa e dá início a uma atuação positiva a fim de garantir direitos fundamentais, sobretudo de igualdade. Surgem ao lado dos direitos fundamentais de abstenção, os de prestações, de segunda dimensão (direitos sociais).

O fenômeno da intervenção estatal nas relações privadas é denominado pelos constitucionalistas de publicização do direito ou dirigismo contratual, pois atrai a ideia do avanço do direito público sobre o espaço reservado ao direito privado.

A ingerência do público sobre o privado, em razão do interesse social relevante, indispensável à concretização da isonomia em sentido substancial acabou por causar a relativização da autonomia privada.

No Estado do bem-estar social há expressiva expansão da máquina pública estatal e aumento das demandas judiciais, em razão do Estado ter reclamado para si a responsabilidade de garantir, mediante intervenção nas relações jurídicas econômicas e execução de políticas públicas, a efetivação dos direitos sociais.

A globalização, o avanço tecnológico, as crises econômicas de 1970 e o enfraquecimento galopante da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e da Alemanha (países de viés socialista) revigorou o capitalismo estadunidense e provocou a derrocada do Estado do bem-estar social.

O Estado neoliberal do fim do século XX que surge da ruína do *Welfare State* revive o liberalismo, com a abertura do capital e das barreiras imigratórias, a expansão de multinacionais e privatizações de empresas estatais. No âmbito normativo os ordenamentos jurídicos, inclusive o nacional, gravitam em torno da proteção da dignidade humana e não mais do patrimônio.

O Estado Constitucional contemporâneo rompeu com o formalismo jurídico Kelseniano impondo, aos países de cultura jurídica da Civil Law, um giro paradigmático de 360 graus na hermenêutica constitucional. A Lei Maior passa a ser o luzeiro de interpretação de todo o sistema, que privilegia questões existenciais em detrimento das meramente patrimoniais. O Poder Judiciário ganha papel de destaque no ordenamento jurídico vigente,

eis que responsável por garantir que as promessas constitucionais não sejam promessas irresponsáveis destituídas de validade e efetividade.

Sob outro ângulo, ao titularizar posição jurídica a ser vindicada perante o poder estatal causou o aumento das demandas judiciais e a necessidade de impor ao Judiciário uma função criativa na medida em que, no exercício da sua função estatal, deverá definir direitos, inobstante inexistir moldura normativa infraconstitucional, fenômeno que se convencionou denominar de judicialização da vida privada e ativismo judicial, respectivamente (BARROSO, 2016).

Todavia, Luís Roberto Barroso (2016), adverte que a função criativa do poder judiciário se limita aos casos de difícil solução, os chamados *hard case*: conflitos que envolvem colisão de direitos fundamentais que refletem desacordos morais razoáveis entre os grupos sociais que compõem a sociedade moderna, plural e, inexistir lei estabelecendo qual dos direitos em conflito deve ser prestigiado ou nos casos de omissão indesculpável do poder legislativo em viabilizar o exercício do direito fundamental. Nas demais hipóteses, portanto, prevalece o método de subsunção do fato à norma, salvo quando o magistrado a declare inconstitucional (controle difuso de constitucionalidade).

O poder judiciário na sua função criativa e de garantidor da integridade da Lei Maior se vale de uma argumentação de menor grau de normatividade, de alto teor filosófico e moral, eis que pautada em princípios que são comandos de otimização e possuem grau de normatividade mais aberto do que a lei. (ALEXY *apud* MENDES, BRANCO, 2012).

Luiz Roberto Barroso (2013) afirma que a hermenêutica contemporânea compromete a segurança jurídica e a justiça, pois o direito “balança aos ventos da complexidade da vida contemporânea”.

Nesse pano de fundo em que o poder judiciário passa a exercer a função de concretização do ordenamento jurídico conforme a moldura das normas constitucionais foi necessária a reformulação da legislação processual civil, agora projetada para o reforço do papel dos tribunais superiores para garantir a unidade da jurisdição quanto à conformação da norma frente aos conflitos sociais.

Contudo, oportuno destacar que o modelo democrático da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é de pluralismo político, de autodeterminação dos grupos sociais e do individuo, ganhando nova dimensão o raio de proteção do princípio do contraditório à luz da legitimidade democrática das deliberações de poder, que devem garantir, de forma efetiva, a participação, dos destinatários da norma no processo de sua elaboração (BRASIL, 1988).

3 A IMPREVISIBILIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

Hans Kelsen distingue as normas produzidas através do processo legislativo em relação àquelas produzida pelo processo jurisdicional e, conclui que norma jurídica é o resultado da interpretação do enunciado normativo (texto legal holográfico) quando em confronto com os fatos sociais que visou, peremptoriamente, regulamentar. Isto é: norma jurídica é a significação que o intérprete confere ao signo (enunciado normativo) quando este é colocado diante do seu significante (fatos sociais). Hans Kelsen afirma que:

> Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que hão de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, consequentemente descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. (KELSEN, 1998, p. 51).

De fato, quando em conflito com os fatos sociais que pretende regular é realizado a completude da lei pelo seu intérprete, que se limita a expressar o sentido do texto normativo nos limites da sua moldura textual, em regra.

A teoria dinâmica de Hans Kelsen (1998) é endossada pela Teoria tridimensional do direito desenvolvida por Miguel Reale (1994). Reale (1994), afirma que o direito é dinâmico, um vir a ser, resultado da regra abstrata, dos fatos sociais a ela adjacentes e do valor moral por ela veiculado. Assim, o enunciado normativo decorrente do processo legislativo representa apenas parte da norma jurídica.

Diddier, Braga e Oliveira (2016) salientam que o processo judicial sob a ótica da norma jurídica é meio de positivação das normas jurídicas que reconhece e declara direito. Assim, a decisão judicial é norma jurídica individualizada, proferida para regulamentar o conflito social deduzido no âmbito de um processo que se desenvolve sob o crivo do contraditório.

O direito foi concebido como instrumento de legitimação do monopólio da coação física do poder estatal para garantir à segurança, a propriedade, a vida, a liberdade, isto é a pacificação social e, portanto, não comporta antinomias, conforme a teoria do ordenamento jurídico de Norberto Bobbio (1999).

Contudo, em razão do processo normativo judicial ter se desenvolvido de forma descomprometida com decisões pretéritas, jurisdicionados em idêntica situação de fato e de direito obtinham soluções distintas para reger o mesmo fato jurídico- social. Eros Grau (2012)

sustenta que situação descrita foi agravada pela argumentação retórica dos princípios em detrimento da lei positiva vez que é pautada na voluntariedade subjetiva do magistrado e, via de consequência, torna imprevisível a significação dos signos normativos em confronto com os fatos sociais.

O risco da imprevisibilidade das decisões judiciais é aumentado, ainda, pela proliferação das demandas em massa veiculadas de forma individual.

A fragmentação do sistema judicial por ilação ocasiona, não só crise na segurança jurídica e na violação da isonomia, como também no próprio processo de legitimidade das decisões judiciais, na medida em que, ao produzir normas jurídicas distintas para reger uma mesma situação de fato provoca antinomia na ciência jurídica, fruto da jurisprudência lotérica.

Norberto Bobbio (1999), ao vislumbrar a ordem jurídica como uma unidade dirigida a um fim precípuo destaca que as antinomias jurídicas (existência de mais de uma norma para reger o mesmo fato social) revelam incongruência no ordenamento ou mesmo ausência de sistematização lógica.

Antinomia jurídica pode ser compreendida como a relação de oposição entre duas normas emanadas de autoridades competentes em um mesmo âmbito normativo e que se revelam contraditórias colocando o sujeito (destinatário da norma) em uma posição insustentável em razão da inconsistência de critérios aptos que determine a regra de conduta que deve ser observada.

A divergência na completude do ordenamento jurídico mediante o processo de interpretação do dever ser, quando confrontado com o ser, ocasiona uma antinomia jurídica, pois, viola a unidade do ordenamento jurídico.

A expressão jurisprudência lotérica cunhada por Eduardo Cambi para designar o fenômeno processual segundo o qual a conformação do objeto litigioso pode ser favorável ou desfavorável ao demandante: “se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado” (CAMBI, 2011).

Referido autor imputa ao fenômeno da jurisprudência lotérica a responsabilidade da crise na aplicação do direito, cujo conteúdo apenas é conhecido quando proferida a decisão judicial, violando a segurança jurídica:

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

Nessa linha, elucidativa é a nota de rodapé da exposição de motivos do Código de Processo Civil que assim informa: "os ingleses dizem que os jurisdicionados não podem ser tratados como cães que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca os seus focinhos".[1]

A conformação do direito realizada de forma distinta sob as mesmas bases fáticas e jurídicas implica em dar tratamento discriminatório para iguais violando o princípio constitucional da isonomia em seu sentido aristotélico: tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida de sua desigualdade.

A ausência da uniformidade das decisões judiciais empolga os jurisdicionados a se valerem de todos os recursos previstos no sistema processual infraconstitucional na tentativa de obter pronunciamento favorável à pretensão deduzida ocasionando dilação irrazoável do processo e, assim, um aumento desproporcional do custo processual para a máquina estatal.

As polarizações das decisões judiciais acabam, sob essa ótica, por imputar àquele que tem razão quanto ao direito suscitado, o ônus da morosidade do sistema jurisdicional. Sob o viso da segurança jurídica o poder judiciário, responsável em dizer o direito é responsável pela crise da insegurança jurídica, pois, decisões divergentes impedem o jurisdicionado de compreender qual o comportamento a ser adotado em suas interações sociais.

Os órgãos jurisdicionais ao violar a unidade das normas jurídicas proferidas no âmbito do processo judicial estão a ocasionar, em *ultima ratio*, uma verdadeira antinomia na ciência do direito e, assim ao fazer, está a violar o seu fim último que é possibilitar a continuidade da dinâmica social mediante a pacificação e harmonia dos conflitos.

Regra de conduta para ser efetiva deve ser uniforme, se assim não for, restarão violadas a segurança jurídica, a efetividade e a expectativa legitima de que determinado comportamento está em conformidade ao comando prescritivo nela contido.

A crise da segurança jurídica e da igualdade imputada às decisões judiciais divergentes é nefasta ao Estado Democrático de Direito, propiciando ambiente de inquietação, impróprio para o progresso da dinâmica da vida em sociedade, pois afeta diretamente o desenvolvimento econômico e, via de consequência agrava a crise das questões sociais.

O panorama conflitante de normas jurídicas produzidas pelo processo judicial não se coaduna com a relevante função conferida ao Poder Judiciário no Estado Constitucional

[1] Os ingleses dizem que os jurisdicionados não podem ser tratados "como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos" (BENTHAM citado por R. C. CAENEGEM, Judges, Legislators & Professors, p. 161). Nota de rodapé da exposição de motivos do código de processo civil/2015.

contemporâneo: fortalecer a democracia mediante a realização e reconhecimento de direitos. Neste sentido, a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, declara:

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. (BRASIL, 2015).

Os jurisdicionados reclamam tratamento igualitário aos seus pares que se encontram em idêntica situação jurídica, razão pela qual decisão judicial diversa apenas se legitima diante de uma justificação adequada para a distinção ou superação da jurisprudência.

O instituto dos precedentes judiciais obrigatório no âmbito das instâncias judiciais ordinárias foi encampado pelo Código de Processo Civil no intuito de superar a crise ocasionada pela fragmentação do sistema jurisdicional. Todavia, para que seja efetivo é necessária interpretação sistemática das normas processuais à luz dos preceitos constitucionais, sendo imprescindível a uniformização da jurisprudência e, em contrapartida a garantia do contraditório em sua dimensão substancial.

4 O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS E OS DEVERES DE REGRAMENTO DO INSTITUTO PELOS TRIBUNAIS

Registre-se que, até a Emenda Constitucional 45/04 vigorou a ideia na qual a jurisprudência, era fonte indireta do direito e, portanto, não tinha o condão de vincular o órgão jurisdicional competente para solucionar o conflito. Assim, a citação de jurisprudência pelas partes apenas servia como reforço argumentativo da tese defendida.

O instituto dos precedentes vinculantes do CPC/15 segue a linha da concepção aberta do ordenamento jurídico com fins de concretizar no âmbito das instâncias ordinárias os cânones da segurança jurídica, da isonomia processual e do tempo razoável do processo.

A jurisprudência obrigatória rompe com o paradigma positivista da Civil Law (sistema de estruturas normativas de países da família romano-germânico, adotado no ordenamento interno do Estado Brasileiro) e se aproxima da estrutura jurídica da Common Law, pois, o precedente judicial vinculante cria norma jurídica abstrata e, se presta a fundamentar decisões a serem proferidas em casos futuros que sustentam as mesmas bases

fáticas e jurídicas daquele que serviu de paradigma ao precedente judicial, conforme artigo 489, § 1º do CPC[2] (BRASIL, 2015).

No sistema de precedentes judiciais a decisão judicial será aplicada não só ao litígio atual como também aos casos futuros que ostentam as mesmas bases fáticas e jurídicas. Ao criar norma abstrata, o precedente judicial de observância obrigatória constrói em sua *ratio decidendi*, uma ponte de ligação entre o caso paradigma com àqueles que posteriormente venham a ser debatidos.

Nessa linha, o órgão jurisdicional deve replicar o sentido conferido pelo precedente judicial ao enunciado normativo quando cotejado com o caso atual for revelado identidade fática e jurídica com o caso paradigma que deu origem à jurisprudência vinculante.

O fim do instituto dos precedentes judiciais de observância obrigatória está expressamente declarado na exposição de motivos do CPC/15: acabar com a crise da segurança jurídica, dar igualdade na aplicação do direito e concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo[3]. Para atingir os fins a que se presta, o legislador infraconstitucional positivou, de forma imperativa, os deveres dos tribunais na observância do regramento dos precedentes judiciais.

O sistema de precedentes judiciais está disciplinado de forma quase integral nos artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil (disposições gerais do Livro III- Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais). A par do excerto normativo do artigo 926, *caput* do Código do Processo Civil, o tribunal tem o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente (BRASIL, 2015).

O ideal de estabilização das decisões judiciais impede que os tribunais possuam entendimentos instáveis acerca da matéria de fundo debatida no âmbito do procedimento formal do processo e visa superar a crise da isonomia e da segurança jurídica.

---

[2] Art. 489 [...]§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]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. (BRASIL, 2015)

[3] Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos "tempos mortos" (= períodos em que nada acontece no processo). Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize".(exposição de motivos do código de processo civil/2015) (BRASIL, 2015).

Estabilizada a jurisprudência pelos tribunais de forma horizontal permite-se sua vinculação vertical e resta garantido que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham o mesmo tratamento jurídico. Ademais, a estabilidade da jurisprudência certifica o posicionamento dos tribunais sobre determinada situação litigiosa possibilitando a necessária previsibilidade às partes quanto à regra de conduta a ser observada e quanto ao ônus da demanda judicial.

O dever de uniformização da jurisprudência impõe aos tribunais uma conduta ativa na medida em que implica necessidade de dissipar as eventuais divergências *interna corporis*, isto é, entre seus órgãos. Para isso, a lei prevê instrumentos processuais para estabilização da jurisprudência: incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, do CPC/2015), o incidente de assunção de competência (art. 947, do CPC/2015), os recursos, extraordinário e especial, repetitivos (art. 1.036, do CPC/2015) e as súmulas de jurisprudência (art. 926, § 1º, do CPC/2015) (BRASIL, 2015),

Infere-se do *caput* do artigo 926, do CPC que os tribunais devem ainda manter íntegra a sua jurisprudência, onde a alusão ao dever de integridade possui duas dimensões: a) vinculação horizontal, vale dizer, o tribunal responsável pela edição do precedente está a ele vinculado; b) dever de respeito à unidade do ordenamento jurídico (BRASIL, 2015).

Com efeito, definida a tese prevalente, o próprio órgão jurisdicional que a editou está também a ela vinculado, ainda que determinado julgador se filie à tese vencida.

Neste sentido, o Enunciado nº 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) assim, dispõe: “os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927”, atinentes às técnicas de distinção ou superação do precedente, cuja adoção dependerá do atendimento de seus requisitos respectivos (BRASIL, 2015).

O dever de respeito à unidade do ordenamento jurídico se justifica pelo fato de que as jurisprudências vinculantes de todos os tribunais passaram a ser consideradas, ao lado dos enunciados normativos, fonte imediata do direito. Nesta linha, o Enunciado nº 456 do FPPC dispõe: (art. 926) Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência).

Assim, apenas mediante o uso dos instrumentos de superação de precedentes, distinção entre casos, revogação total/parcial, é que se legitima a sua não aplicação pelo órgão judicial. O fenômeno da instabilidade da jurisprudência, violadora dos preceitos da segurança e da isonomia jurídica é caracterizada tanto quando o órgão jurisdicional deixar de aplicá-lo

como também deixar de utilizar os instrumentos da sua superação, sendo, inclusive, situação jurídica que legitima o corte rescisório a despeito do conteúdo normativo do artigo 966, § 5º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Por fim, a par do conteúdo textual do artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil, os tribunais devem manter a sua jurisprudência coerente de modo a impedir decisões dispares em situações idênticas (BRASIL, 2015).

A coerência diz respeito à expectativa legitima conferida ao jurisdicionado em razão do conteúdo normativo do precedente judicial que sinaliza qual o comportamento a ser adotado diante de determinada situação jurídica.

Logo, uma vez estável e íntegra, não poderá haver alterações abruptas e inesperadas do posicionamento do órgão jurisdicional quanto à definição do direito, inteligência do artigo 926, §3º do Código de Processo Civil, que encampou a regra da modulação dos efeitos da decisão quando relevantes mudanças sociais e jurídicas reclamem a superação do precedente judicial (*overlling*) (BRASIL, 2015).

A previsibilidade, a segurança jurídica e a isonomia são bases imprescindíveis ao progresso, desenvolvimento das relações sociais e da efetividade das normas jurídicas como instrumento legítimo do poder estatal de estabelecer regras e conduzir a vida em sociedade.

Com efeito, ao lançar um olhar para a evolução das relações sociais e econômicas é irrefutável o fato de que a segurança jurídica, aspecto da confiança legítima é necessária para viabilizar o desenvolvimento econômico e social na medida em que confere estabilização das posições jurídicas, econômicas e sociais.

Ademais, a previsibilidade do comportamento judicial implica na utilização responsável e não abusiva do direito de ação, permitindo ao jurisdicionado analisar os riscos de uma demanda judicial. A não aplicação de um precedente judicial por tribunal ou por órgão judicial a ele vinculado na conformação do direito a um caso contemporâneo representa violação do princípio da segurança jurídica, da expectativa legítima bem como da isonomia.

5 OS INSTRUMENTOS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Com inspiração no sistema *common law*, a adoção dos precedentes vinculantes no CPC/2015 mostra o entrelace entre o *civil law e common law*. De fato, a principal diferença entre os dois sistemas envolve as fontes do direito. Sobre a aproximação dos sistemas, narra Luiz Guilherme Marinoni:

> Não há dúvida que o papel do atual juiz do civil law e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do common law, especialmente a da realizada pelo juiz americano (MARINONI, 2012, p. 4).

Ressalte-se que apesar de a lei ser fonte primária do Direito, não se pode deixar de considerar as questões culturais, políticas e econômicas que envolvem a sociedade. Ademais, é preciso compreender que o legislador jamais conseguirá expressar no texto legal todas as situações e soluções concretas paras as diversas demandas. Assim, os precedentes surgem como meio de trazer maior segurança jurídica às partes e ao julgador.

Nessa senda, o juiz ou tribunal ao proferir a decisão no âmbito do processo judicial deverá replicar o enunciado do precedente judicial, salvo existência de determinadas circunstâncias do objeto litigioso do caso em julgamento apta a justificar a solução pautada em nova norma jurídica.

O precedente judicial decorre da solução adotada pelo poder judiciário em um caso concreto, denominado caso paradigma, que confere significação ao enunciado normativo face aos fatos jurídicos e sociais alegados pelas partes. Sendo certo que a significação decorre da argumentação jurídica, vale dizer, das razões declinadas na decisão que se apresenta como suficiente e indispensável para justificar a síntese, a decisão proferida.

Assim, à vista de uma nova demanda é necessário que o julgador confronte às bases normativas – fatos e fundamentos jurídicos- do caso atual com o precedente judicial.

Do processo de comparação poderão ocorrer as seguintes situações: a) identidade entre as bases normativas; b) diferença entre as bases normativas. Na hipótese descrita na letra "a" o julgador irá apenas replicar o precedente mediante a demonstração da semelhança entre a *ratio decidendi* e as bases normativas do caso atual. Na hipótese descrita na letra "b" o julgador ao realizar a distinção entre o caso em julgamento e o precedente judicial poderá: interpretá-lo de forma restritiva e afastar a sua aplicação proferindo nova decisão (*restrictive distinguishing*) ou de forma ampliativa e estender ao caso em exame a solução contida no precedente (*ampliative distinghishing*) (MARINONNI, 2011).

Haverá distinção entre as bases normativas do caso em julgamento e da tese jurídica do precedente judicial (*ratio decidendi*) em razão de inexistir coincidência entre os fatos e fundamentos ou mesmo na hipótese de uma circunstância peculiar que os diferenciem.

Assim, tem-se que *ratio decidendi* é a razão de decidir do julgado, os fundamentos da decisão judicial. É, em síntese, o pilar de uma decisão, que poderá ser invocado posteriormente, em julgados que abordem o mesmo tema. Nessa linha, está intimamente

ligada à noção de fundamentação da decisão. A *ratio* é apenas uma parte da fundamentação de um precedente e não o conjunto da fundamentação.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a *ratio decidendi* é:

> A ratio decidendi, no common law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Portanto, não se confunde com a coisa julgada material descrita no dispositivo, que dá segurança jurídica às partes, nem com a fundamentação; é uma regra extraída da interpretação de um conteúdo mais amplo, que abarca todas as informações de fato e direito da decisão, de modo que "[...] não é de estranhar que a ratio decidendi nunca tenha sido ligada às decisões favoráveis à parte vencida" [...], ou mesmo às decisões favoráveis ao vencedor, mas que não são necessárias para se chegar à solução do caso (MARINONI, 2011).

A decisão que replica o precedente como a decisão que o afasta mediante o método do *distinguishing* não prescinde da sua interpretação uma vez que é a razão de decidir do precedente judicial- *ratio decidente*- que servirá de parâmetro entre o caso paradigma e o caso em discussão.

Ao lado do método de comparação incluiu-se, no instrumento de aplicação do sistema de precedentes judiciais, a técnica de revogação de toda ou de parte da tese jurídica vinculante, *overruling e overriding*, respectivamente.

Para ocorrer a superação total ou parcial é necessário a demonstração pelo julgador de relevantes mudanças nas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas em que foi construída a *ratio decidente* do precedente judicial que reivindique a sua revisão.

Na hipótese de haver superação total (*overruling*) o precedente judicial revisto é substituído por novo precedente judicial. O *overruling* pode se expresso (*express overrruling*) ou tácito (*implied overrruling*), na primeira hipótese o tribunal expressamente adota nova orientação em detrimento da anterior, na segunda hipótese o tribunal adota nova orientação sem a substituição expressa da anterior.

Apesar do excerto normativo contido no artigo 927, § 4º do CPC, o Código de Processo Civil impede a superação tácita: adoção de nova orientação para solucionar o caso em julgamento que se revela oposta com o posicionamento anteriormente adotado (BRASIL, 2015). Assim, o magistrado para se valer da superação do precedente (*overruling*) deverá enfrentar o ônus da argumentação mediante fundamentação expressa e adequada capaz de justificar a não replicação do precedente.

Quanto aos efeitos da superação do precedente (*overruling*) é necessário o uso da proporcionalidade e da razoabilidade aferidas à luz dos preceitos da segurança jurídica e da isonomia para que seja estabelecida a possibilidade ou não da nova decisão ser proferida de forma retroativa. Dessa forma, na hipótese de haver revisão de um precedente judicial

consolidado por considerável lapso temporal deverá ser conferido efeito prospectivo à mudança de posicionamento do órgão judicial, privilegiando a expectativa legitima do jurisdicionado.

Lado outro, será legítimo conferir à decisão que substitui o precedente judicial, efeitos retroativos (*overruling ex tunc* ou *retrospective overruling*) quando o precedente for recente e não consolidado, pois o que deve ser vedado são mudanças repentinas e abruptas incompatíveis com a segurança jurídica.

Na hipótese de haver recentes decisões colegiadas que sinalizam a mudança do posicionamento dos tribunais, os órgãos jurisdicionais a eles vinculados poderão não aplicar o precedente de forma preventiva (*antecipatory overruling*) (DIDDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

O *overriding*, superação parcial do precedente, ocorre mediante a limitação pelo tribunal do âmbito de incidência da tese jurídica, fulcrado na superveniência de um novo preceito normativo (regra ou princípio).

O *overruling* e *overriding* são técnicas que permitem a flexibilização do direito para adequá-lo às mutações sociais e econômicas que ocorrem no tempo e no espaço possibilitando sua contínua evolução e progresso. Destarte, as omissões do judiciário na aplicação das técnicas de superação ocasionam a petrificação do direito e torna seu discurso retórico e ineficaz.

Das premissas até aqui expostas, resta evidente que o sistema de precedente judicial na forma como idealizado pelos juristas do anteprojeto do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) se revela, em tese, eficaz para superar a crise da imprevisibilidade das decisões judiciais e otimizar a eficiência do processo judicial adversarial.

A eficiência da estrutura normativa do instituto do precedente judicial se faz mediante o confronto com o comportamento da sua base de incidência: comportamento dos magistrados, dos advogados e das partes na condução do processo, mormente pelo fato do instituto subverter todo processo judicial de produção de normas jurídicas das instâncias ordinárias da estrutura organizacional do poder judiciário: primeiro e segundo grau de jurisdição.

No âmbito do estudo aqui proposto a análise será restringida aos efeitos deletérios do sistema de precedentes judiciais em decorrência da violação do devido processo legal em sentido substancial, especialmente em face da inércia argumentativa do poder judiciário e violação do contraditório.

6 A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO EFETIVO: A INÉRCIA ARGUMENTATIVA E OS METÓDOS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A produção judicial de normas jurídicas, por meio de sistema jurídico baseado em precedentes obrigatórios, impõe novo modelo argumentativo no processo, pois para se replicar o precedente é necessário que se faça a comparação entre o caso paradigma e o caso atual mediante autorreferência e, para haver superação do precedente é necessário a demonstração de relevantes modificações de sua base.

A autorreferência é um dever específico da fundamentação das decisões, já que o julgador necessitará dialogar com os precedentes existentes, mesmo que seja para negar a sua aplicação no caso presente. Para operar o sistema de precedentes judiciais é necessário que o julgador estabeleça um diálogo entre o caso em julgamento e o precedente judicial e, também entre o precedente judicial e a necessidade de adequá-lo às mutações sociais e jurídicas para possibilitar o contínuo progresso do direito.

A dialética argumentativa para aplicar, restringir ou superar o precedente judicial não prescinde de um debate aberto com todas as partes envolvidas bem como de organismos sociais intermediários ao Estado para que se confira legitimidade democrática do discurso.

Infere-se do conjunto sistemático de normas do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) que a garantia do contraditório é pressuposto da efetividade da nova sistemática dos precedentes judiciais e, por essa, razão não se coaduna com o princípio da inércia argumentativa, sendo necessário garantir o contraditório efetivo.

Com efeito, a replicação do precedente se faz mediante a aposição de teses e antíteses que devem ser confrontadas com o caso paradigma e a falibilidade do precedente se faz mediante a demonstração de novas teses jurídicas suficientes e capazes de infirmar a sua *ratio decidendi* e, nesse sentido, deverá o magistrado enfrentar o ônus da argumentação seja para aplicar como para afastar os argumentos deduzidos pela parte.

O modelo argumentativo que se estabelece no âmbito dos processos judiciais deve, portanto se adequar ao discurso democrático de positivação de normas jurídicas, sob pena de a proposição legislativa ser apenas uma vã tentativa de atender os anseios da sociedade e apenas servir de instrumento para “solucionar” o problema quantitativo do processo, a despeito da legitimidade/validade da decisão proferida.

O princípio do contraditório resta atendido quando a decisão proferida se revela congruente e ponderada à vista dos fatos, provas e fundamentos deduzidos no processo, razão pela qual é exigido o dever de se fazer o cotejo entre todas as teses deduzidas pelas partes.

Através do processo é estabelecido diálogo entre o autor e o réu, onde o primeiro formula uma tese e o segundo uma antítese. A decisão judicial é a síntese do processo de comunicação formal que se estabelece no procedimento judicial. A decisão, ato do juiz, que soluciona o conflito suscitado no âmbito do procedimento que se desenvolve sob o crivo do contraditório deve ser motivada de forma congruente ao o objeto processual, isto é: entre a tese do exórdio e a antítese contestatória e, para isso, o magistrado deve enfrentar todas as proposições jurídicas suscitadas pelas partes bem como as provas por elas produzidas.

O dever do magistrado em analisar todas as teses jurídicas deduzidas pelas partes decorre do princípio constitucional do contraditório e do devido processo legal substancial.

Para Sérgio Henriques Zandona Freitas, o contraditório é entendido como a participação das partes, sujeitos no processo, de forma simétrica e com tratamento paritário, a saber:

> Assim, de forma mais ampla, o contraditório se traduz nas mesmas oportunidades que devem ser dadas às partes de serem ouvidas no processo (judicial ou administrativo), como também da paridade de tratamento, mesmos instrumentos processuais e da liberdade de discussão da causa, fazendo valer seus direitos e pretensões, ajuizando ação e apresentando resposta, requerendo e produzindo provas, interpondo recursos das decisões e apresentando resposta. (FREITAS, 2014, p.84-85).

Assim, a partir da teoria constitucionalista, leciona Gabriela Oliveira Freitas no sentido de que “o contraditório não só tornou-se essencial para a existência do processo, mas também passou a ser tratado como garantia constitucional, essencial para a construção do Estado Democrático de Direito” (FREITAS, 2014, p. 26).

Destaca-se, conforme ensina Sérgio Henriques Zandona Freitas, que os pilares do Estado Democrático de Direito estão representados no “devido processo legal (estrutura normativa metodológica) pode ser melhor compreendido em conjunto com o devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica)”. Portanto, “inadmitindo o fato de o processo ser instrumento para a realização da justiça entre os homens”. Isto porque, “os provimentos estatais só serão considerados legítimos quando construídos em participação isonômica, em contraditório e em ampla defesa, pelos seus próprios destinatários” (FREITAS, 2014, p. 83).

Reforçando a necessidade de serem incluídas as partes no debate normativo judicial, o código de processo civil de forma expressa dedicou atenção especial ao contraditório:

garante de forma expressa o contraditório prévio - artigo 9º, do CPC, veda a prolação de decisão surpresa - artigo 10, do CPC- e determina que as decisões judiciais deverão enfrentar todos os argumentos suscitados pelas partes (BRASIL, 2015).

Todavia, na práxis é comum ser suprimido, pelos órgãos jurisdicionais a participação das partes no processo pelo entendimento dos tribunais de que não é necessário o enfrentamento pelo magistrado de todos os fundamentos por elas suscitado.

O contraditório efetivo e a correta fundamentação da decisão judicial são imprescindíveis para a efetividade do sistema de precedentes judiciais, mormente a vista de que a decisão judicial na nova sistemática de precedentes obrigatórios produz efeitos de norma geral, na medida em que sua tese jurídica também será aplicada para solucionar casos futuros. Registra-se que a garantia do contraditório prévio e efetivo é pressuposto de validade e legitimidade da norma jurídica produzida pelo processo judicial, nos termos do artigo 10º do código de processo civil (BRASIL, 2015).

Dessa forma, o principio da vedação da decisão surpresa e garantia do contraditório prévio esculpido nos artigos 9º e 10, do livro I do CPC que trata das normas fundamentais do processo estão a reafirmar a unidade do sistema jurisdicional (BRASIL, 2015).

O preceito fundamental do contraditório no sistema de precedentes judiciais adquire uma roupagem distinta da anterior, pois, antes ele era um direito que se limitava à esfera jurídica das partes e, agora em razão de sustentar as bases normativas em que será criado o precedente judicial vinculante implica concluir que sua violação transcende a esfera jurídica das partes individualmente considerada e atinge todos os casos afetados pelo julgamento em bloco como as futuras demanda.

6 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promoveu a abertura do ordenamento jurídico mediante a recepção da concepção normativa das normas constitucionais, teoria dos princípios, colocando o Poder Judiciário em destaque em decorrência da sua função de garantidor dos direitos constitucionais imputando-lhe o dever de concretiza-los a despeito de lei infraconstitucional, função criativa do judiciário.

O sistema judicial de precedentes judicial obrigatório decorrente da tese prevalecente dos tribunais de 2º grau de jurisdição (instâncias ordinárias) em julgamento de demandas coletivas (IRDR) ou assunção de competência, em um primeiro viso vem de encontro aos

anseios dos jurisdicionados na medida em que objetiva superar a crise de imprevisibilidade das decisões judiciais geradora de insegurança jurídica e violadora da isonomia.

Nesta quadra, o instituto se revela como instrumento legítimo de contenção do decisionismo subjetivo e ideológico dos magistrados e tribunais, possibilitando as partes, diante do direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, avaliar o risco da demanda e adequar o seu comportamento de acordo com a regra de conduta editada.

Contudo, a efetividade e legitimidade do instituto reivindicam mudanças do comportamento dos órgãos jurisdicionais quanto à concepção do contraditório, pois apenas garantindo a eficácia do contraditório em sentido substancial, vale dizer: com participação efetiva das partes que compõe a relação jurídica processual: autor, réu e Estado Juiz, que se poderá atribuir ao discurso processual eficiência e a qualidade democrática necessária para funcionalidade dos métodos de aplicação dos precedentes judiciais.

A ideia atrativa da inércia argumentativa do órgão judicial decorrente da replicação do precedente judicial poderá resolver quantitativamente o número de processos ou agilizar o procedimento, mas prejudica qualitativamente as decisões judiciais e torna ineficaz todo o sistema normativo instrumental, com riscos de petrificar o direito e de perpetuar a violação da isonomia.

A participação das partes no processo de produção judicial da norma jurídica é condição *sine qua non* da legitimidade democrática da deliberação do poder jurisdicional e não se coaduna com a inércia argumentativa do magistrado ou qualquer norma que limite o raio de proteção constitucional de referido direito. A não realização do contraditório em sentido substancial que pressupõe a participação das partes no dialogo processual e o enfrentamento do ônus argumentativo pelo magistrado e tribunais transformará o instituto dos precedentes judiciais em mera ficção jurídica, fruto de um discurso ideológico e retórico do papel sem aplicabilidade na prática.

Alcançar o modelo proposto pelo sistema de precedentes exige esforço coletivo do Poder Judiciário, seus membros e dos demais aplicadores do direito. As bases para se implementar um sistema de tomada de decisão mais estável, democrática e cooperativa foram instaladas, dependendo o êxito de trabalho e execução.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Palestra do congresso de 170 anos do Instituto dos Advogados Brasileiro**: 9/08/2013. Tema: A jurisdição constitucional no Brasil. Acessível em: https://www.youtube.com/watch?v=X5MCty912R8. Acesso em 13 jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentizen. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. **Estudo sistemático do NCPC** (com alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016). 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 1.

CAMARGOS, Laís Alves; PENIDO, Ailana Silva Mendes. A inconstitucionalidade do inciso IV do §3o do artigo 1.013 do CPC diante do princípio constitucional da fundamentação das decisões. **Rev. de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Goiânia, v. 5, n., p.1-21, jan/jun, 2019.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**. n. 786. ano 90. Abr./2001.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JudPodivm, 2016, v. 1 e 2.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. **A impostergável reconstrução Principiológico-Constitucional do Processo Administrativo Disciplinar no Brasil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; FREITAS, Gabriela Oliveira. O processo constitucional como elemento essencial para a concretização da democracia do direito Iberto-americano. *In*: **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**, 2015, Madrid - Espanha. Participação, Democracia e Cidadania na perspectiva do Direito Iberoamericano, 2015, p. 1-1, v.1.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no Direito Processual Civil. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 3, n.

2, p. 33-59, jul./dez. 2008. Disponível em: http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/858/642. Acesso em: 31 jul. 2020.

GRAU, Eros Roberto, **Palestra no Plenário do IAB**. Tema: processo legislativo e o processo normativo. Acessível em: https://www.youtube.com/watch?v=O8VoZMhOMiw. Acesso em: 13 jun. 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *In*: DIDIER Júnior, Fredie; JORDÃO, Eduardo. **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MURTA, Antônio Carlos Diniz; COSTA, Ana Paula Soares da Silva. Intertextualidade do sistema de precedentes brasileiros. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; CINTRA, Valentina Jungmann (Coords.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça I** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP. Florianópolis: CONPEDI, 2019, v. 1, p. 84-101.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** - situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Adriano da Silva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Processo administrativo e os princípios constitucionais processuais à luz do código de processo civil. *In*: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. (Org.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça II**. Florianópolis: CONPEDI, 2019, v. 1, p. 9-27.

TORRES, Cláudia Nogueira da Cruz. O papel dos precedentes no direito brasileiro: Do Império até o Novo Código de Processo Civil. **Caderno de direito Piracicaba**, São Paulo, v. 15, 127-143, jan-jun. 2015. DOI: https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v15n28p127-143. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/2418. Acesso em: 26 set. 2020.

THEODORO JÚNIOR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de processo**. São Paulo: RT, v. 189, nov. 2010.

THEODORO JÚNIOR. Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 168, p. 107-141, 2009.