

## O CONTRADITÓRIO COMO BASE JURÍDICA AOS PRECEDENTES

Autora:

**Hannah Elisa M. Menezes<sup>1</sup>**

Orientador:

**Prof. Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria<sup>2</sup>**

### Resumo

O presente trabalho pretende discorrer acerca do contraditório inserido no sistema de precedentes judiciais. Através da *novel* processualística brasileira, será igualmente abordado conceitos e definições dentro do contexto de precedentes como da *ratio decidendi*, *obiter dicta*, dentre outros, enquanto elementos essenciais para compreensão das regras previstas no código de processo civil que trouxeram amplitude ao contraditório e força vinculante de aplicação dos precedentes no sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, será analisado precisamente os artigos que disciplinaram esta garantia constitucional (contraditório) no Código de Processo Civil. Por fim, busca-se desenvolver atenção especial ao contraditório dentro da sistemática dos precedentes judiciais como obediência aos princípios constitucionais.

**Palavras-chave:** Precedentes. Contraditório. Processo civil. Direito público.

### Abstract

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito no Centro Universitário do Distrito Federal.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN – RN - 1991. - Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 09.09.2014. Membro da 1ª Seção. Membro da 1ª Turma. Membro da Comissão de Coordenação. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), em colaboração com a Universidade de Brasília –UNB desde o segundo semestre de 2015.

The present work intends to discuss the right to contradict an accusation inserted in the system of judicial precedents. Through the novel Brazilian study of civil procedure, concepts and definitions will also be approached within the context of precedents such as the reason behind judicial decisions and *obiter dicta*, among others, as essential elements for understanding the rules foreseen in the civil procedure code that brought amplitude to the adversarial principle and binding force of application to legal precedents in the Brazilian legal system. In this sense, the clauses that have disciplined this constitutional (adversity) guarantee in the Code of Civil Procedure will be precisely analyzed. Finally, we seek to develop special attention to the adversarial principle within the system of judicial precedents understood as obedience to constitutional principles.

**Key words:** Legal precedentes. Adversarial principle. Civil procedure. Public law.

## INTRODUÇÃO

A palavra precedente designa “aquilo que precede, antecede” algum acontecimento, dando especificamente ao sistema jurídico o significado de anteceder um julgamento com base em outro que o precedeu com características semelhantes.

A sua origem é incerta diante da certeza que a evolução do homem sempre esteve ligada à sua capacidade em resolver conflitos com justiça. Desde a autotutela, passando pela jurisdição, até os meios alternativos, a história do Direito apresenta os precedentes jurídicos como base de qualquer julgamento, independente do sistema jurídico adotado (*common law e civil law*).

Questionar o contraditório como base jurídica aos precedentes

impõe estabelecer este diálogo prévio indicando o marco teórico e histórico para se adentrar ao conhecimento desta garantia constitucional inserida no instituto dos precedentes com amplitude em face do modelo cooperativo adotado pelo Código de Processo Civil.

Através da legislação, da doutrina e referenciais sobre o tema, o estudo se pautou em aclarar o papel essencial do contraditório desempenhado em um sistema de precedentes, sendo requisito fundamental para sua formação, posto que quando inobservado o contraditório em uma decisão, ainda que fundamentada, será nula por violação de preceito constitucional.

A valorização ao contraditório no sistema de precedentes assegura ao processo a tão almejada segurança jurídica, visto que um precedente formulado a partir da ampliação do contraditório levará ao juiz um número maior de matérias e questões sobre a lide das quais deverão ser apreciadas antes mesmo de proferida uma decisão, portanto se constitui um precedente mais completo e seguro do que aquele formado a partir de um único viés.

Diante do exposto, parece importante discutir o conceito de precedentes no sistema jurídico brasileiro, seu efeito vinculante, em especial o contraditório inserido neste contexto contemporâneo processualístico brasileiro. É o que se fará a seguir.

## **1 O conceito de precedente judicial**

O que torna a decisão judicial um precedente é o enfrentamento de todos os principais argumentos relacionados à questão de direito presentes no caso concreto, independentemente de ter sido o tema discutido analisado pela

primeira vez<sup>3</sup>, dessa maneira, precedente nada mais é do que toda decisão com relevância, que permita projetar seus efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota a sua natureza de norma jurídica.

Nesse aspecto, o precedente representa um caso passado que serve de guia para uma outra decisão futura; possuindo, pois, caráter de retrospectivo a qualquer julgamento, de tal modo que os seus efeitos vão além das partes envolvidas no processo, estendendo à coletividade.

Seguindo este entendimento, pode-se traçar uma distinção fundamental entre precedente e jurisprudência, de caráter quantitativo, pois, quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto, para a jurisprudência, faz-se, normalmente, referência a uma pluralidade de entendimentos<sup>4</sup>

Assim como de caráter qualitativo, uma vez que a formação do precedente é feita pelo julgador do caso posterior, haja vista que é ele quem irá dizer, a partir da comparação entre as situações fáticas do caso anterior e do caso a ser julgado se a *ratio decidendi* (razão de decidir) daquele é possível de ser aplicada a este, como base suficiente para a solução que se espera<sup>5</sup>, ao contrário da jurisprudência, onde os textos que na constituem não incluem os fatos que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC – Críticas de propostas. São Paulo: Ed. RT, 2010, P. 165.

<sup>4</sup> Frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas de tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente “faz precedente”. TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n.2, jul.-dez. /2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 06/07/2017.

<sup>5</sup> Se a *ratio decidendi* daquele é possível de ser aplicada a este como base suficiente para a solução que se espera. Isso indica que o precedente fornece uma regra universalizável, ou seja, que possa ser extraída daquela decisão que serviu para a resolução de um caso específico e utilizada em outros que tenham semelhanças suficientes. CAMBI, Eduardo, HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, n. 241, março. 2015. p. 417.

fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral<sup>6</sup>.

Por conseguinte, precedente judicial não se confunde com jurisprudência, este é toda decisão tomada, à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos<sup>7</sup>.

## 2 O precedente no sistema processual brasileiro

O Código de Processo Civil (CPC) traz ênfase ao instituto dos precedentes, pois, segundo THEODORO JÚNIOR, NUNES, BAHIA e QUINAUD<sup>8</sup>, diversos dispositivos disciplinavam esparsamente os precedentes no Brasil; contudo, pela primeira vez, o legislador infraconstitucional resolve instituí-lo de forma clara e sistemática na processualística brasileira.

O tema central gira entorno do dever de fundamentação do julgador, a partir da *ratio decidendi* (razão de decidir), constituído como parâmetro para aplicação dos precedentes.

Nesse específico ponto, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal Brasileira (CFB), a fundamentação é base para legitimidade de qualquer decisão judicial, *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal,

---

<sup>6</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civillistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n.2, jul.-dez. /2014. Disponível em: <<http://civillistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 06/07/2017.

<sup>7</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil, v. 2, p.385.

<sup>8</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.311.

disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, **e fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (grifo nosso);

Desse modo, é nula toda decisão não fundamentada, posto que o juiz deve total atenção às particularidades de cada caso concreto, para que casos similares sejam tratados de forma igual, garantindo às partes isonomia, segurança jurídica e confiança nos precedentes.

Nos termos do artigo 489, parágrafo 1º, inciso I, do CPC/2015, salienta que não se considera fundamentada a decisão judicial que apenas se limita a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida

Neste aspecto, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA<sup>9</sup>, elucida o conceito da fundamentação (*ratio decidendi*) no instituto dos precedentes:

A *ratio decidendi* pode ser definida como a concreta expressão do resultado a que chegou o juiz com a interpretação e a aplicação da norma jurídica ao caso que lhe foi posto a julgamento. Em outras palavras, a *ratio decidendi* consiste numa regra geral sem a qual o caso seria decidido diversamente. Quer isso dizer que a *ratio decidendi* identifica-se, não com a decisão do caso concreto, mas com a razão

---

<sup>9</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro de. O processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de processo**, v.209, julho.2012. p. 358.

jurídica da decisão, ou seja, com o princípio jurídico que, aplicado aos fatos, determinou aquela particular decisão.

A *ratio decidendi* é, enfim, a essência da tese jurídica que serviu de fundamento para a solução do caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito que deve ser seguida nos casos futuros.

Portanto, é imposto ao juiz, na menção de um precedente, que identifique a *ratio decidendi* (razão de decidir) demonstrando a relevante similitude entre os casos fáticos para sua efetiva aplicação.

Nesse sentido, a *ratio decidendi* deve ser interpretada e compreendida à luz do caso concreto. A doutrina consagra que a fundamentação da decisão sucessiva deve conter expressa alusão à jurisprudência do tribunal superior, realizando o devido cotejo ao caso concreto<sup>10</sup>, bem como os fatos tidos como essenciais para a decisão compõem a *ratio decidendi*, o que viabiliza o uso da mesma estrutura de pensamento aplicada na primeira decisão<sup>11</sup>

Em síntese, é necessário que a atividade de precedentes judiciais seja acompanhada de uma fundamentação completa e adequada a cada caso concreto, para que alcance de fato sua efetividade.

No sistema de precedentes brasileiros, a fundamentação (*ratio decidendi*) desempenha papel primordial, a medida que possibilita a operacionalização deste instituto de forma isonômica e justa, obedecendo aos princípios constitucionais e garantindo segurança social.

Com a técnica da *ratio decidendi*, os efeitos vinculantes das decisões judiciais passaram a ter maior relevância, de tal modo que a jurisprudência, enquanto coletividade de decisões, é reduzida para segundo

---

<sup>10</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do Direito. São Paulo: RT, 2004. p. 171.

<sup>11</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, p. 132, jun. 2009.



plano nesse novo modelo processual.

Por conseguinte, o sistema jurídico brasileiro passa a valorizar e a reconhecer o modelo de precedentes, especialmente quando disciplina questões voltadas aos seus efeitos vinculantes e persuasivos ao julgamento de outros casos semelhantes.

## 2.1 O efeito vinculante do precedente

A Constituição Federal limita o efeito vinculante das decisões judiciais, que apenas foi conferido às ações diretas de constitucionalidade<sup>12</sup> e aos enunciados de sumulas vinculantes<sup>13</sup>. Conferindo adoção de um sistema de vinculação mais amplo, o CPC, nos termos do artigo 927<sup>14</sup>, fez previsão do efeito vinculante dos fundamentos determinantes de específicas modalidades de decisões.

---

<sup>12</sup> Artigo 102, parágrafo 2º, da CF

<sup>13</sup> Artigo 103-a, da CF

<sup>14</sup> “Artigo. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1o](#), quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”



Nesse sentido, convém transcrever o entendimento de GURGEL<sup>15</sup>, de Faria acerca da vinculação dos precedentes estabelecida pelo Código:

O respeito à autoridade das decisões do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem arrimo na Lei Maior, que prevê o ajuizamento de reclamações para preservar tal autoridade, de modo que o efeito vinculante é indubitável quanto a tais situações. Com relação aos demais casos, emanados de decisões de tribunais inferiores, embora guardem um poder menor de vinculação, igualmente se vislumbra tal característica, com lastro em princípios constitucionais, como os da isonomia e da segurança jurídica, como também na relevância que o NCPC empresta à jurisprudência e aos precedentes.

O que de fato vincula em uma decisão não é o seu dispositivo, mas, sim, o precedente, especialmente a *ratio decidendi*, visto ser uma proposição essencial à fundamentação do julgamento. Insta, mencionar a explicação de GURGEL<sup>16</sup>, de Faria quanto a eficácia da aplicação de precedentes, observando a *ratio decidendi*:

A estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se essa análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam essas condições, um só precedente é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo.

---

<sup>15</sup> FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. In: *Comentários ao código de processo civil*. ALVIM, Angélica Arruda et al (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.062.

<sup>16</sup> FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. In: *Comentários ao código de processo civil*. ALVIM, Angélica Arruda et al (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.062.

Acerca desse tema, MACÊDO<sup>17</sup> faz uma ressalva a respeito da obrigatoriedade da vinculação de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro:

Preliminarmente, é importante reconhecer que a necessidade de sumular entendimentos jurisprudenciais está atrelada à inexistência de eficácia obrigatória dos precedentes. Realmente, só faz sentido utilizar-se de enunciados sumulados porque nunca se deu importância ao precedente em sua unidade. As súmulas da jurisprudência dominante partem do pressuposto da inexistência de valor em uma única decisão, e mais, caso se atribua obrigatoriedade ao precedente, considerado em sua unidade, nenhuma utilidade restará aos entendimentos sumulados a partir de reiteradas decisões: a primeira decisão desta linha já guardaria importância e tornar-se-ia obrigatória para os juízes subsequentes.

É certo reconhecer que o efeito de vinculação dos precedentes, predispõe uma cultura jurídica como acontece nos Estados Unidos e na Inglaterra, onde a vinculação aos precedentes da Suprema Corte é obrigatória, independente de qualquer previsão legal neste sentido. No Brasil, o próprio legislador constituinte estabeleceu regras voltadas às decisões judiciais que possuem efeito vinculante. A respeito do tema:

Destarte, se um Tribunal segue uma decisão anterior, por considerar ter sido pronunciada por uma autoridade, porque é a decisão certa, porque é lógica, porque é justa, porque está de acordo com o peso da autoridade, porque tem sido geralmente aceita e cumprida, porque garante um resultado benéfico para a comunidade, então para Radin não se trata de uma aplicação do *stare decisis*. Para que a aplicação da

---

<sup>17</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPODIVM, 2015. p.113.

decisão anterior seja considerada o cumprimento da regra do *stare decisis*, a decisão anterior deve ser seguida porque é uma decisão anterior, e por nenhum outro motivo.<sup>18</sup>

Mais ainda, inspira-se o legislador infraconstitucional no *stare decisis*, obedecendo ao liame das características do sistema processual brasileiro, desta forma adota-se um sistema de precedentes vinculantes no Brasil, posto que – semelhante ao que acontece no sistema inglês – o brasileiro assevera-se pela extensão de vinculação à *ratio decidendi*. Desse modo, o artigo 927 é norma fundamental ao tema, sendo possível a conclusão de que o Código, ao tempo que institui o sistema de vinculação dos precedentes, manteve particularidades próprias do direito brasileiro.

Daí reside a necessidade de algumas significativas mudanças na cultura jurídica brasileira, das quais se pode levar em conta à própria aplicação dos precedentes judiciais, de maneira que garanta segurança jurídica, confiança no sistema jurídico e isonomia aos jurisdicionados.

Além disso, o dever incumbido aos juízes de – a partir do caso concreto – respeitar os precedentes das instancias extraordinárias, de tal sorte que, a longo prazo, poderá desafogar os tribunais superiores de recursos *ad eternum* para reformas de decisões onde não se foi respeitada à vinculação dos precedentes judiciais.

O Enunciado nº 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis também corrobora com este entendimento, quando expõe que os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p.208.

<sup>19</sup> FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados: Carta de Curitiba. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>> 01/08/2017.

Ou seja, não há a possibilidade de o juiz de primeiro grau se esquivar na efetiva aplicação do precedente. Desse mesmo modo, o artigo 489, §1º, inciso V, do CPC discorre acerca dos fundamentos determinantes, onde se pode extrair a importância de identificação da *ratio decidendi* dos precedentes<sup>20</sup>, atribuindo uma ampla vinculação ao instituto, pois esse efeito incide diretamente nos fundamentos determinantes do precedente, e não na simples aplicação de um dispositivo.

Assim, restam “descartados” os trechos da decisão que não constituíram os fundamentos determinantes para a tomada de decisão, também conhecidos pela doutrina como “*obiter dicta*”, não incidindo o efeito vinculante, como discutido no Enunciado nº 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante”.<sup>21</sup>

Por último, a adoção de precedentes vinculantes no sistema jurídico brasileiro, garantida por meio do Código de Processo Civil, importa em considerável avanço na uniformidade e na celeridade da prestação jurisdicional, porquanto, por meio desse específico mecanismo, as instâncias extraordinárias, quando criarem um precedente vinculante, restará obrigatória sua aplicação aos demais órgãos do Poder Judiciário, que ficam impedidos de julgar diferente do que foi decidido pelas cortes competentes pela interpretação do ordenamento jurídico.

## 2.2 O contraditório na constituição e na aplicação do precedente

---

<sup>20</sup> DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.2. p.464.

<sup>21</sup> FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados: Carta de Curitiba. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>>. Acesso em: 01/08/2017. p.46.

Segundo se extai do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, qualquer decisão judicial tomada sem respeito ao contraditório das partes é nula, uma vez que fora constituída com base em fundamento não discutido pelas partes, visto ser o direito a debate e a influência deixado às partes.

Atualmente, o contraditório tem uma ampla dimensão, passa a ostentar uma noção maior de contrariedade que deve ser compreendida como a garantia constitucional de efetiva participação das partes durante todo o desenvolvimento processual, podendo estas influírem, com igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, produção de provas e debates de questões de direito<sup>22</sup>

Deve haver, portanto oportunidade do exercício de contraditório, em igualdade de condições às partes envolvidas no processo, assegurando a estas o princípio da isonomia, na medida em que poderão apresentar suas defesas e participar efetivamente do convencimento do juiz.

Desse contexto, o contraditório vem ganhando maior importância ao sistema processual democrático, visto que – segundo o mestre DINAMARCO<sup>23</sup>: – os jurisdicionados possuem o direito subjetivo de pedir, alegar, provar e participar de um processo em que o contraditório também é dirigido ao órgão julgador que o tem como poder-dever de previamente informar o que pensa e aguardar o debate das partes, para que só depois decida com a devida prudência. Confira-se:

Não há processo sem decisão alguma, não há decisão sem prévio conhecimento e não há conhecimento sem contraditório. [...] A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem faculdades no processo, senão deveres e poderes) A doutrina moderna

<sup>22</sup> PICARDI, Nicola. Il principio e all'oggetto del processo, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile2/431.

<sup>23</sup> DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 521, 523, 524, 526, 527 e 528. Grifo nosso.

reporta-se ao disposto no art. 16 do '*nouveau code de procédure civile*' francês como a expressão de exigência de participar, endereçada ao juiz. [...] A vocação solidarista do Estado moderno, no entanto, que não permanece naquele *laissez faire, laissez passer* da filosofia liberal, exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável, não mero figurante de uma comédia [...]. O processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal-feita, resigna-se a fazer injustiça, atribuindo a falha aos litigantes. O art. 339 do Código de Processo Civil dá expressamente ao juiz esse poder-dever de suprir deficiências probatórias [...] O juiz participa em contraditório também pelo diálogo. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria prejudgando e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-las, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando esclarece sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as adverte da necessidade de provar melhor. [...] Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentido a existência de motivos para emitir de-ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. O juiz mudo tem também algo de Pilatos e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça. Essa última alternativa é também oriunda do art. 16 do '*nouveau code de procédure civile*' francês, segundo o qual o juiz "não pode fundamentar sua decisão sobre ponto de direito que ele próprio haja suscitado de-ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações. A riqueza dessa sábia disposição tem levado a doutrina a erigi-la também em mandamento universal, inerente à garantia

constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição. O juiz, p.ex., que ouve as partes antes de extinguir o processo por ilegitimidade ad causam não alegada pelo réu, e portanto não posta em contraditório entre as partes, não está manifestando uma suposta predisposição contra o autor, ou prejulgando: ao contrário, ele está oferecendo ao próprio autor uma oportunidade para, alegando, dissuadi-lo daquela impressão inicial.

Dessa forma, o CPC/2015 apresenta, em seus art. 9º e 10º, o contraditório como norma fundamental ao sistema processual brasileiro, de tal modo que a participação dos jurisdicionados não tem mais o mero conteúdo formal, como acima explanado, donde a ideia de que juiz é onisciente e impedir a produção de decisões solipsistas, quando não decisão-supresa.

A par disso, as decisões judiciais – a partir da utilização de precedentes – devem ser construídas por meio da atuação de uma comunidade de trabalho, formada por todos os atores do processo, atuando de forma cooperativa, estando dessa forma superada a finalidade de que o contraditório era apresentação de defesa pelo réu; ao contrário, este passou a ter influência no desenvolvimento do processo, constituindo o contraditório direito das partes<sup>24</sup>.

Por outro lado, a obediência à garantia do contraditório assegura a imparcialidade do juiz, na solução da lide, à medida que proporciona em igualdade de condições a manifestação das partes para debate das matérias de fato e de direito que envolvem o processo, conferindo a oportunidade de colaboração com a formação do seu convencimento, influenciando, portanto, de forma isonômica na decisão a ser tomada.

Essa maior participação de todas as partes envolvidas no

---

<sup>24</sup> TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.P. 369-371.



processo confere legitimidade à decisão. Seria correto extrair que dessa forma é evitada a “decisão-surpresa”, porque as partes haveriam tratado da matéria com prévio debate e teriam deixado sua contribuição.

Em um Estado Democrático de Direito é seguro afirmar que o processo, para que alcance sua finalidade e efetividade, deve obedecer às normas fundamentais do contraditório, propiciando a participação, inerente ao regime democrático, consagrado pela Constituição de 1988.

No mesmo entendimento, LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA<sup>25</sup>, esclarece que:

É preciso observar o contraditório, a fim de evitar um “julgamento surpresa”. E, para evitar “decisões surpresa”, toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. Quer isso dizer que o juiz tem o dever de provocar, preventivamente, contraditório das partes, ainda que se trate de uma questão que possa ser conhecida de ofício, ou de uma presunção simples. Se a questão não for submetida ao contraditório prévio, as partes serão surpreendidas com decisão que terá fundamento numa questão que não foi objeto de debate prévio, não lhe tendo sido dada oportunidade de participar do convencimento do juiz. A decisão, nesse caso, não será válida, faltando-lhe legitimidade, haja vista a ausência de participação dos litigantes na sua elaboração.

No sistema de precedentes, o contraditório desempenha papel essencial. Toda decisão proferida deve ser fundamentada e obedecer a esta norma fundamental do contrário será nula por não haver a garantia constitucional, “para formação do precedente, somente podem ser usados

---

25 CUNHA, Leonardo Carneiro de. O processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista de processo, v.209, julho.2012. p.365.

argumentos submetidos ao contraditório”<sup>26</sup>

Assim visto, quanto mais ampla for a participação das partes envolvidas no processo no exercício do contraditório para produção de provas, debates das matérias de fato e de direito, mais consistente será o precedente fundado com base no devido processo legal. Com efeito o convencimento do juiz será formado através de um panorama geral da lide, corroborando para a devida fundamentação e proporcionando um precedente completo e seguro.

Por conseguinte, o contraditório é valorizado nos precedentes, devendo ser a base para a *ratio decidendi* (fundamentação), artigos como o 489 § 1º e o § 6º<sup>27</sup>, do artigo 1.036 do CPC<sup>28</sup>, estabelecem cooperação e respeito a este princípio, ampliando isonomia entre as partes, segurança social e coerência na aplicação dos precedentes judiciais, o que assevera a importância da fundamentação.

### 2.2.1 A distinção e a superação de precedentes a partir do contraditório.

---

26 FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados: Carta de Curitiba. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>>. Acesso em: 01/08/2017. p.7.

27 § 6º; art. 1.036: Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

28 Art. 489, § 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.

O legislador brasileiro se preocupou com a instituição de “técnicas processuais” de distinção e superação dos precedentes. Sendo elas: *distinguishing* (distinção), o *overruling* (superação total) e o *overriding* (superação parcial) para que um precedente não seja aplicado. Estas são de suma importância para a operacionalização do sistema de precedentes, sobretudo quando se constitui uma decisão em contraditório.

Reputa-se nula a decisão que "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"<sup>29</sup>, de modo que, na existência de um precedente, este não pode deixar de ser aplicado, igualmente superado ou distinguido quando necessário for, pois, do contrário, haveria nulidade desta decisão por ausência de fundamentação.

Por outro lado, quando se busca aplicar um precedente, a própria legislação traz obrigatoriedade de contraditório, sobretudo quando impõe ao julgador o dever de **especificar as questões de fato** e **delimitar as questões de direito**, dando às partes ampla possibilidade de – dentro da *ratio decidendi* – buscar a solução da lide por meio dos precedentes.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

II - **delimitar as questões de fato** sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

[...]

IV - **delimitar as questões de direito** relevantes para a decisão do mérito;

[...]

---

<sup>29</sup> 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil.

§ 1º Realizado o saneamento, **as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes**, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

Dentro desse contexto, a cooperação de trabalho dos protagonistas do processo (diga-se: partes e juiz) fará com que a decisão seja constituída dentro do contraditório, visto que o precedente aplicado será amplamente debatido entre todos os atores processuais, trazendo, por cada um dos envolvidos, as semelhanças e as diferenças do caso tomado como parâmetro para julgamento do que eles se encontram envolvidos.

Quanto à distinção, vale conceituá-la a partir de BARBOSA<sup>30</sup>, da seguinte forma:

A atividade de distinção (*distinguishing*) permite uma explicação mais imparcial e simples no sentido de que a decisão anterior não foi respeitada porque seus fatos são distintivos, materialmente diferentes, daqueles do caso que está para ser decidido. *Distinguishing* é o procedimento dos juízes quando no processo de decisão eles distinguem entre um caso e outro. A distinção de um caso é fundamentalmente diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta* – separando-se os fatos que são materialmente relevantes daqueles que são irrelevantes para a decisão. A distinção entre um caso e outro é primeira e primordialmente uma questão de se mostrar diferenças fáticas entre o caso antecedente e o caso atual, demonstrando-se que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão.

Portanto, sendo avaliado o caso concreto e não havendo similitude

---

<sup>30</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014. p.227.

fática entre este e determinado precedente deverá ser aplicada a distinção. A título de exemplificação<sup>31</sup>, considere a existência de um precedente acerca do aborto em caso de anencefalia. Se uma mãe ajuizasse uma ação invocando este precedente; mas, no caso concreto, o feto tivesse diagnóstico de microcefalia; não seria portanto, possível, aplicação do referido precedente. Na espécie, portanto, há uma nítida diferenciação entre os elementos fáticos do precedente e da decisão *sub judice*.

Esse mecanismo é uma das ferramentas de garantia aos jurisdicionados de justas decisões, não aplicando a mesma *ratio decidendi*, a casos fáticos díspares entre si, por “menor” que seja esta diferença.

BARREIROS<sup>32</sup> sustenta a ideia de obediência a um processo constitucional, antes de tudo, através da aplicação deste mecanismo de distinção:

É possível, pois, divisar-se, no contexto da teoria dos precedentes no direito brasileiro e à luz da concretização do devido processo constitucional de produção da decisão judicial, um verdadeiro direito subjetivo à distinção, de cunho prestacional, titularizado pela parte e tendo por sujeito passivo o órgão julgador. O conteúdo jurídico do direito subjetivo ao *distinguishing* contempla a imposição de deveres ao magistrado, dentre eles podendo-se destacar: a) o dever de consulta às partes antes de se definir o precedente a ser utilizado em um dado caso concreto, possibilitando-lhes, à

---

31

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (STF, Pleno, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 30/04/2013).

32 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie et al. Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3. p.207.

semelhança com o tratamento atualmente dado à fixação dos pontos controvertidos no processo civil pátrio, a discussão quanto aos fatos relevantes ao julgamento da causa e ao precedente escolhido; b) a necessidade de fundamentação quanto à escolha do precedente e à sua aplicação ao caso concreto; c) a necessidade de fundamentação quanto à exclusão da aplicação do precedente no caso concreto.

Acerca da superação de um precedente, podemos definir que consiste na sua inaplicabilidade, por não mais apresentar uma apropriada solução a determinado caso concreto, isto pode acontecer por uma infinidade de fatores, entre os quais se pode citar a mudança cultural da sociedade, a ineficácia nos seus resultados, a alteração de entendimento dos próprios julgadores, a alteração legislativa. De tudo, o contraditório é a primeira ferramenta disponível ao jurisdicionado para alcançar essa superação.

Nesse ponto, apesar da ausência de uma previsão expressa dos mecanismos de distinção e superação de precedentes, o CPC institui, nos §§2º a 4º, do artigo 927, revogação de enunciados de súmula, jurisprudência dominante e tese firmada em julgamento de casos repetitivos. Isso sem dúvidas, proporcionará uma qualidade na prestação jurisdicional, com a efetiva utilização de técnica processual deste mecanismo.

É interessante mencionar os artigos 256-S a 256-V, do regimento interno do STJ, onde há previsão para alteração de entendimento firmado em precedente fruto de recurso especial repetitivo quando proposta por Ministro integrante do respectivo órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal que officie perante o Superior Tribunal de Justiça, devendo observar o procedimento estabelecido pela Emenda Regimental n. 24, de 2016.

Vale destacar que a superação de precedentes dependerá de fundamentação específica e adequada, como vislumbra o Enunciado nº 321

do Fórum Permanente de Processualistas Civis<sup>33</sup>. Demais disso, MARINONI<sup>34</sup> ensina que existem duas razões para o *overruling* no direito norte-americano, são elas a perda de congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica e devem ser contrapostas à prevenção contra a surpresa injusta e confiança justificada.

## Conclusão

Em virtude dos fatos mencionados é razoável considerar que a base jurídica dos precedentes se firma na garantia constitucional do contraditório, substancialmente este está ligado a fundamentação, uma vez que é necessário que o juiz acolha ou não as alegações das partes mediante fundamentação expressa.

A cooperação no contraditório previsto no CPC, ultrapassa a garantia formal por exemplo de fornecer prazo às partes para manifestação no processo, ao contrário amplia para uma garantia substancial através do direito de manifestação das partes em influir no convencimento do juiz.

Dessa forma é possível o otimismo, baseado no estudo exposto, o que nos leva a acreditar que, a longo prazo, o sistema processual estabelecido pelo código disciplinando o instituto dos precedentes e observando o contraditório no devido processo legal diminuirá o número de

---

33 Enunciado 321. (art. 927, § 4º ) A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal. FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados: Carta de Curitiba. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>>. Acesso em:01/08/2017. p.46.

34 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.392.



recursos infundados e abusivos, na medida que houver coerência entre as decisões judiciais, obedecendo a autoridade dos precedentes, não sendo razoável recorrer para se obter a mesma *ratio decidendi* fundamentada pelo Tribunal *ad quem*.

Percebe-se a importância do contraditório como base jurídica aos precedentes, o que assegura à processualística brasileira a duração razoável do processo, promovendo celeridade nas demandas judiciais a medida que permite a cooperação entre as partes envolvidas na lide, e não se restringe a estas, mas abrange ao ponto de incluir o próprio juiz neste contraditório.

Resta considerar por todos esses aspectos que a falta de observação a esta garantia constitucional (contraditório) estimula a litigiosidade, e também exclui o cunho democrático ao processo, pois retira o direito imposto pelos dispositivos do código no diálogo entre as partes e o juiz através do saneamento do processo para a solução da lide amparado pelo devido processo legal.

## Referências Bibliográficas

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

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural*. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes*. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. *Jurisprudência – A independência do juiz frente aos precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas*. *Revista de Processo*. Vol. 231 São Paulo:

RT, maio. 2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais. vol. 786. São Paulo: RT, abr. 2011.

\_\_\_\_\_, HELLMAN, Renê Francisco. *Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, n. 241, p. 414-438, março, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro de. *O processo Civil no Estado Constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro*. Revista de processo, v.209, p.350-374, julho, 2012.

David, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.2.

DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. In: *Comentários ao código de processo civil*. ALVIM, Angélica Arruda et al (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados: Carta de Curitiba. Disponível em: <<https://goo.gl/qSw0tr>> Acesso em: 08/07/2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC – Críticas de propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011.

PICARDI, Nicola. *Il principio e all'oggetto del processo*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 2/431.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n.2, jul.-dez. /2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 06/07/2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 172, ano 34, jun. 2009.