

INSTRUMENTOS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA: A NECESSIDADE DE GARANTIA DO CONTRADITÓRIO¹

Kathia França Silva²

Sofia Perez de Carvalho³

Adriano da Silva Ribeiro⁴

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.

¹ Artigo apresentado e publicado no GT “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, v.1, p. 135-155.

² Mestre em Direito da FUMEC, direito privado. Advogada.

³ Graduada em Direito, pela Faculdade de Direito Milton Campos.

⁴ Pós-Doutor e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Mestre em Direito pelo PPGD/FUMEC.

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

Abstract: 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: The system of judicial system; Code of Civil Procedure; Duties of the courts; Guarantee of contradictory; Argumentative inertia.

1 INTRODUÇÃO



Em uma sociedade intitulada modernidade líquida pelo sociólogo Zygmund Bauman (2001), necessária a criação de instrumentos que confirmam 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.

Com fins de adequar a norma instrumental à abertura normativa da Lei Maior, o sistema processual de 1973 passou por mais de 60 leis reformadoras, todavia, foi incapaz de concretizar os mandamentos constitucionais do acesso à justiça, do tempo razoável de duração do processo, da isonomia e da segurança jurídica.

A complexidade das relações sociais, expansão do pluralismo político e o agravamento da desigualdade social em tempos hodiernos clamam por uma justiça acessiva, inclusiva e que conceda ao cidadão uma resposta justa e tempestiva.

A lei 13.105/15 não representa apenas a promulgação de um novo Código de Processo Civil, mas uma 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, da motivação, da isonomia, do acesso à justiça em segundo grau de jurisdição, da segurança jurídica e da previsibilidade do comportamento estatal, dentre outros.

Para moldar um sistema processual que garantisse a duração razoável e a isonomia sem prejuízo dos princípios constitucionais do processo, o novo Código de Processo Civil buscou erigir novéis institutos e abolir outros que se revelaram ineficientes. Dentre estes, destaca-se o sistema de precedentes judiciais obrigatórios.

O sistema de precedentes judiciais obrigatório determina peremptoriamente que a decisão dê igual solução jurídica aos litígios nos quais os jurisdicionados postularem 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 através do instrumento de distinção dos precedentes judiciais.

Ademais, o precedente judicial não pode ter o condão de petrificar o direito, devendo ser superado sempre que demonstrado, de forma irrefutável, pelas partes litigantes, ou pelo próprio Estado Juiz mudança das circunstâncias fática e jurídica em que foi construída a sua tese jurídica.

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.

A aplicação dos enunciados normativos vinculantes reivindica uma atuação ativa do órgão judicial na medida em que não prescinde do meticuloso cotejo entre as situações fáticas e jurídicas contidas em sua fundamentação com os fatos e fundamentos veiculados na tese e antítese do objeto processual contemporâneo.

Sob outro viso, para que seja superado o precedente judicial, deverá ser enfrentado o ônus da argumentação. O que se está a debater, não é a ausência de similitude das circunstâncias fáticas e jurídicas, mas negação da própria aplicação da tese jurídica consolidada, mediante a refutação de suas razões argumentativas motivadas pela transformação dos significantes dos signos normativos que impliquem a necessidade de mutação do sentido anteriormente expressado, ou pela superveniência de novos preceitos normativos prescritivos que também o alterem.

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 uma 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, 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 um precedente judicial além de fazer uma breve análise dos efeitos da inércia argumentativa na efetividade do sistema de precedentes judiciais.

2 BREVE ANÁLISE 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. Ganham relevância, 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 sub-sunção 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).

O ministro do Supremo Tribunal Federal, 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 indivíduo, 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.

3 A IMPREVISIBILIDADE DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS COMO FATOR DE VIOLAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA IGUALDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO E DO TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

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).

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 não de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente 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 precípua 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 (2011) para designar o fenômeno processual segundo o qual a conformação do objeto litigioso pode ser favorável ou desfavorável ao demandante conforme o juiz ou o órgão jurisdicional competente para proferir a decisão: “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, EDUARDO, 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”.⁵

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 um pronunciamento favorável à pretensão deduzida ocasionando uma 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 visio 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

⁵ 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.

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 legítima 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 um 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 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 novo 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

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 Código de Processo Civil 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 CPC⁶.

⁶ Art. 489 (...)§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela

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 Código de Processo Civil: acabar com a crise da segurança jurídica, dar igualdade na aplicação do direito e concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo.⁷

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.

⁷ 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. Prestigiu-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

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). (BRASIL,2015)

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.

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 instrumental prevê instrumentos processuais para estabilização da jurisprudência: incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, do CPC/2015), o incidente

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)

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 disparem em situações idênticas (BRASIL, 2015).

A coerência diz respeito à expectativa legítima 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 (MARI-NONI, 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 para 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 distinguishishg*). (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 decidende*- 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 decidende* 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 overruling*) ou tácito (*implied overruling*), 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 legítima 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*). (DIDIER, BRAGA E 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 mudanças 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 novo Código de Processo Civil 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 MÉTODOS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

A produção judicial de normas jurídicas através de um sistema jurídico baseado em precedentes obrigatórios impõe um 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 novo Código de Processo Civil 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 oposição 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 deduzido 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 a 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 um 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.

[...]

No entanto, Brêtas amplia a compreensão, respaldado em Paulo Roberto de Gouvêa Medina (Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de Processo*, v. 135, p. 155-156 e 159) e José Lebre de Freitas (A ação executiva depois da reforma, n. 1.6, p. 27-28), afirmando que a visão moderna do conceito de contraditório perpassa por uma garantia de efetiva participação dos envolvidos no litígio, por meio da plena igualdade em todos os atos processuais que sejam potencialmente

importantes (fatos, provas, questões de direito; elementos ligados ao objeto da causa) e possam influir no provimento final, pelo que se reporta ao conteúdo normativo do art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês em que “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório” (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, nas práticas 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.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal

de Justiça, a despeito do âmbito de proteção do cânone constitucional do contraditório e da norma expressa contida na lei processual infraconstitucional. A violação do contraditório em sentido substancial enfraquece o sistema judicial, especialmente a vista do instituto da improcedência liminar do pedido mediante replicação de precedente de forma peremptória, sem que se complete a relação jurídica processual e prévia ao contraditório.

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 princípio 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.

Em decorrência da crise do positivismo clássico agravou-se a subjetividade dos juízes e tribunais, pois princípios são comandos de otimização com graus variados de normatividade e que carregam alto teor moral e ético do ordenamento jurídico e, que muitas vezes se prestam a fundamentar qualquer decisão, inclusive opostas entre si.

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 visor 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.

O contraditório substancial, à luz da norma constitucional, se realiza através de uma dialética dinâmica e democrática entre todas as partes da relação jurídica processual: autor, réu e Estado Juiz, razão pela qual o legislador infraconstitucional declarou como norma fundamental do processo a vedação da decisão surpresa, impondo a obrigatoriedade e o respeito ao contraditório prévio, em matérias sujeitas à apreciação de ofício pelo juiz bem como decisões devidamente fundamentadas.

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 diálogo 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*. Código de Processo Civil (2015). Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.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.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- 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 Iberoamericano. *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; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERTO, Daniel. *Novo CPC comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- 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 Henrique 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.