
**CONTRADITÓRIO, COOPERAÇÃO E PRECEDENTE: A AMPLIAÇÃO DO
DIÁLOGO PROCESSUAL SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO
CIVIL¹**

***ADVERSARIAL, COOPERATION AND PRECEDENT: THE EXPANSION OF
PROCESS DIALOGUE ON THE PERSPECTIVE OF THE NEW CIVIL
PROCEDURE CODE***

Pablo Freire Romão

Pós-graduando em Direito Processual Civil pela
Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza/CE.
pablormao@gmail.com

Eduardo Régis Girão de Castro Pinto

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de
Fortaleza. Professor de Direito Civil na mesma instituição.
Fortaleza/CE.

RESUMO: A pesquisa objetiva averiguar, sob a ótica da fundamentação das decisões judiciais, se a institucionalização de um sistema de precedentes tem o condão de ampliar o debate processual, bem como se o contraditório substancial e o dever de diálogo são pressupostos à aplicabilidade de uma teoria de precedentes obrigatórios. A título de resultados, constatou-se que existem influências recíprocas entre os institutos acima delineados, que possuem o condão de constituir um precedente mais encorpado, capaz de manter-se hígido frente a outras demandas; e de favorecer o desenvolvimento do direito, evitando o seu engessamento, por meio da racionalização da fundamentação judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Contraditório substancial. Cooperação processual. Dever de diálogo. Fundamentação. Precedentes judiciais.

¹ Artigo recebido em 19/03/2015 e aprovado em 06/05/2015.

ABSTRACT: The research objective ascertain, from the perspective of the reasoning of judicial decisions, the institutionalization of a precedents system has the power to extend the procedural debate, as well as the substantial adversarial and the dialogue duty are the assumptions of the applicability of a mandatory precedent theory. As a result, it was found that there are reciprocal influences between those outlined above institute, which have the power to form a more full-bodied precedent able to remain healthy across the other demands; and to encourage the development of the law to prevent their immobilization through the rationalization of judicial reasoning.

KEYWORDS: Substantial adversarial. Procedural cooperation. Duty dialog. Rationale. Judicial precedents.

INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional é, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, Estado de Direito, caracterizado pela sua submissão ao ordenamento jurídico com o objetivo de conferir previsibilidade aos indivíduos; e Estado Democrático, identificado pelo pluralismo político na busca do seu desenvolvimento. Do primeiro retiram-se os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da isonomia e da confiança legítima; enquanto do segundo emanam os cânones da participação, da liberdade e da legitimidade.

O novo Código de Processo Civil insere-se no contexto do Estado Constitucional e incorpora as suas características. Isso porque, ao elevar a garantia do contraditório à sua concepção substancial, bem como ao instituir uma teoria de precedentes vinculantes, espera-se que o direito processual civil tenha o condão de propiciar a concretização dos princípios acima referidos, notadamente em razão desses novos instrumentos.

A problemática envolvida dentro do presente estudo decorre do atual tratamento jurisprudencial conferido ao princípio do contraditório e ao dever de diálogo – inerente ao modelo cooperativo de processo –, haja vista que os tribunais superiores não vêm observando a evolução doutrinária acerca do tema, sendo comum a prolação de decisões cujos fundamentos sequer foram previamente debatidos entre as partes, sob a justificativa de que o “juiz conhece o direito” (*iura novit curia*).

Dentro dessa perspectiva, o novo CPC, por meio de dispositivos específicos, objetiva fulminar essa prática judicial. Nesse passo, a codificação também se propõe a conceber um sistema brasileiro de precedentes obrigatórios, com o objetivo de uniformizar e integrar a jurisprudência pátria, impondo uma ordem legal de vinculação. E aqui reside o objeto dessa pesquisa, cujo teor envolve a relação existente entre os princípios do contraditório e da cooperação processual e a utilização de precedentes obrigatórios, analisando como estes podem auxiliar na materialização daqueles.

Examinar-se-á, inicialmente, os princípios do contraditório material e da cooperação processual, para, em seguida, averiguar como estes serão abordados pelo novo CPC. Entendidas tais premissas, busca-se, sob a ótica da fundamentação das decisões judiciais, sugerida pela novel legislação, responder a duas perguntas, quais sejam, (1) a institucionalização de um sistema de precedentes tem o condão de ampliar o debate processual? (2) o contraditório substancial e o dever de diálogo – inerente ao modelo cooperativo de processo – são pressupostos da aplicabilidade de uma teoria dos precedentes obrigatórios?

A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa constitui-se em um trabalho desenvolvido por meio de pesquisa do tipo bibliográfica, com estudos elaborados com base em doutrina especializada e em jurisprudência, pura quanto à utilização dos resultados, com estudo descritivo e analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica quanto ao tipo, de natureza qualitativa e, no tocante aos objetivos, descritiva e exploratória.

1 O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E O DEVER DE DIÁLOGO: A NECESSIDADE DA CONDUÇÃO COOPERATIVA DO PROCESSO

O contraditório, conforme Humberto Theodoro Júnior², é a garantia de participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional, razão pela qual o juiz, além de não poder deixar de ouvi-las, não pode se abster de levar em conta questões que suscitem nem decidir sem se manifestar, na fundamentação do julgado, sobre as alegações adequadamente arguidas. O princípio do contraditório deve ser visto como requisito para o exercício democrático do poder, podendo ser decomposto em dois sentidos, quais sejam, (1) a participação na lide

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 01. p. 207-208.

1.1. A concepção substancial do princípio do contraditório

A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório, referindo-se ao direito de falar, de ser ouvido e de ser comunicado. Tal concepção, de acordo com Fredie Didier Jr.³ é mínima e materializa a visão tradicional do tema. Consoante esse pensamento, o fato de o órgão jurisdicional proporcionar a simples oitiva da parte preservaria o exercício do contraditório, que se resumiria, portanto, ao binômio informação/reação, havendo preocupação apenas com relação à comunicação das partes acerca das ocorrências processuais.

A dimensão substancial do contraditório, por sua vez, trata do poder de influência das partes na construção do pronunciamento judicial, cuja prática consiste em fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas na demanda têm de participar na construção dialética de seu em seu resultado. O contraditório, portanto, não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se, para a sua concepção plena, a participação com a possibilidade de o litigante influenciar no conteúdo da decisão⁴. Sobre o tema, destaca Cássio Scarpinella Bueno⁵:

O princípio do contraditório relaciona-se intimamente, com a ideia de *participação*, com a *possibilidade* de participação na decisão do Estado, viabilizando-se, assim, mesmo que no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito. O que se deve destacar, a este respeito, é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado *influenciar* – ou, quando menos, *ter condições reais, efetivas, de influenciar* -, em alguma medida, na decisão a ser proferida. [...] O princípio do contraditório deve ser entendido como diálogo, como cooperação; é participação *também* no plano do processo.

³ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01. p. 78-79.

⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01. p. 78-79.

⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 01. p. 141-142.

Contraditório é realização concreta, *também em juízo*, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira. Contraditório é a forma pela qual se concretizam princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais. (grifo original).

Nelson Nery Júnior⁶ destaca que a decisão surpresa é vedada pela garantia constitucional instituída pelo contraditório, pois considera que o juiz detém o dever-poder de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo que, eventualmente, serão decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*, porquanto a principal finalidade do contraditório passou a ser a influência dos sujeitos processuais no desenvolvimento e no resultado da demanda. O magistrado deve atuar respeitando a garantia do contraditório pleno (formal e material), a fim de que não arrebate as partes com decisões inesperadas, cujo fundamento sequer foi previamente conhecido ou debatido pelos litigantes.

Para evitar as “decisões surpresa”, o magistrado tem a obrigação de submeter, previamente, toda a matéria posta a julgamento à manifestação das partes, mesmo que se trate de um tema que prescindia de provocação. Caso a questão não seja submetida ao contraditório prévio, a decisão, segundo parte da doutrina, ofenderia o princípio do contraditório, haja vista a ausência de participação dos litigantes na formação do convencimento judicial. Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco⁷:

Não decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. [...] Essa última alternativa é também oriunda do art. 16 do *nouveau code de procédure civil* francês, segundo o qual o juiz ‘não pode fundamentar’ sua decisão sobre pontos 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

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 237-242.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 01. p. 528.

mandamento universal, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição. (grifo original).

A vedação de decisão surpresa é manifestação do contraditório que impõe ao juiz o dever de instaurar o debate entre as partes acerca dos pontos que podem ser solucionados de ofício durante o processo. Evoluindo sobre o tema, é possível compreender que a participação dos sujeitos processuais na demanda, além de exigir um contraditório formal, requer que o julgador não emita decisão adotando argumentos (fáticos ou jurídicos) que não foram discutidos pelos litigantes, de modo a arquitetar um processo guiado por um procedimento democrático e dialogado. Nesse sentido, explica Dierle Nunes⁸:

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões. [...] Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.

A partir da concepção substancial do contraditório, a doutrina adotou a ideia de que as partes não podem ser surpreendidas por uma decisão respaldada em um fundamento ainda não discutido ao longo da tramitação do processo, seja cognoscível de ofício ou não. E essa constatação vem de longa data. José Rogério Cruz e Tucci⁹, há mais de uma década, já assentara: “na verdade, para evitar qualquer espécie de emboscada aos litigantes, impõe-se aí ao juiz, o dever de comunicar às partes as vertentes que ele reputa relevantes para a formação de sua convicção”.

⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Processo constitucional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 197 e 229.

⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 101.

A legitimidade do exercício do poder judicial somente pode ser alcançada pela abertura à participação, uma vez que a ideia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma presença efetiva no procedimento que vai levar à decisão. Na esteira dessas observações, o princípio político da participação, ínsito à ideia de democracia, somente é alcançado no processo judicial por meio de um procedimento que outorgue às partes a possibilidade de influenciar na elaboração da solução da lide. Cuidando do tema, leciona José Roberto dos Santos Bedaque¹⁰:

Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência de diálogo efetivo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional. A participação das partes é fundamental para conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz. Qualquer decisão fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional. Daí entender que o modelo processual constitucional, ao consagrar o princípio do contraditório, impede o juiz de tomar qualquer decisão, sem ouvir as partes a respeito de questões a serem abordadas em seu provimento. [...]. Toda essa preocupação está voltada à preservação do contraditório real, ou seja, aquele em razão do qual o juiz tem o dever de proporcionar às partes condições de participação efetiva na elaboração do julgamento, influenciando no resultado.

Em razão do contraditório, a atividade jurisdicional deixa de ser encarada como resultado de um trabalho exclusivo do juiz para se tornar fruto de uma atuação conjunta, onde existem influências recíprocas e constantes entre os sujeitos que participam do processo. Nessa ótica, a decisão judicial ganha em legitimidade, uma vez que será proferida com fundamento em um pressuposto dialógico e participativo, momento em

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40-41.

que ganha fôlego um outro princípio, o da cooperação, que, dentre as suas axiologias, reverbera que o magistrado deve deixar de ser o único autor das decisões judiciais.

A título de exemplo, pode-se afirmar que se, em determinado caso, o juiz verificar que um dispositivo legal é inconstitucional, sem que isso tenha sido aduzido por qualquer das partes, deverá o magistrado determinar a intimação destas para que se manifestem sobre a aludida questão de direito. Ainda que ela caiba ao magistrado analisar de ofício, deve-se conferir aos litigantes a oportunidade de auxiliar no desenvolvimento do convencimento do juiz, influenciando na decisão a ser proferida. Nesse sentido, Fredie Didier Jr.¹¹ enfatiza que “poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem provocar as partes, que não lhe é permitido”. Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha¹²:

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, o 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 lhes 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. O Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito.

Além dessa percepção cooperativa, concernente à necessidade de intimação das partes nos casos em que o magistrado se encontra tendente a motivar seu pronunciamento por meio fundamentos por elas ainda desconhecidos, o contraditório

¹¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01. p. 81.

¹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 209, jul. 2012, p. 335.

substancial ainda possui um outro enfoque, qual seja, o direito que o litigante possui de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. De tal sorte, ao magistrado compete não apenas evitar “julgamentos surpresa”, mas também considerar, séria e detidamente, os argumentos de direito trazidos pelas partes¹³. Destaca Daniel Mitidiero¹⁴:

Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais. A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa. (...) A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas.

E essa faceta do contraditório já foi, inclusive, reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 24.268/MG, cujo acórdão, publicado no Diário da Justiça a União (DJU) em 17 de setembro de 2004, p. 53, fora lavrado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Na fundamentação de seu voto, o magistrado realizou intensa análise da ótica alemã sobre o tema, concluindo que as partes possuem o direito de ver todas as suas alegações apreciadas pelos órgãos jurisdicionais, para, somente depois, estas serem rechaçadas ou acolhidas.

Mandado de Segurança. [...] 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 01. p. 208-209.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 139.

procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. [...] 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)

Portanto, o conteúdo pleno do princípio do contraditório, compreendendo sua acepção formal e material, deve ser exercido sob duas perspectivas de direitos assegurados às partes, quais sejam: (1) o direito de dialogar previamente com os fundamentos eventualmente adotados pelo juiz na sua decisão; e (2) o direito de ter todos os seus argumentos jurídicos apreciados pelo órgão julgador. Compreendidas essas acepções, torna-se possível destacar que as motivações das decisões dos tribunais superiores parecem ainda não se preocupar com a concepção substantiva do contraditório, amarrando-se ao sentido formal do princípio, o que, sem dúvidas, não concretiza o princípio democrático dentro do processo, nem legitima o resultado das decisões.

O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contrariedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo litígio, mediante possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito¹⁵.

No tópico seguinte, analisa-se as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que corroboram o afirmado no parágrafo anterior, sendo tal avaliação realizada a partir da assimilação do princípio da cooperação processual e de alguns de seus deveres anexos, notadamente o de diálogo, para, ao final, destacar que existem mudanças no novo Código de Processo Civil que, somadas a instituição da teoria de precedentes vinculantes, terão o condão de ampliar a noção de contraditório,

¹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil. Coimbra: Almedina, 2012. p. 57-58.

1.2. O processo cooperativo e o dever de diálogo

A evolução da concepção de contraditório substancial, explicitada no tópico anterior, foi favorecida pelo surgimento de um modelo cooperativo de organização do processo civil brasileiro que proporcionou um redimensionamento da garantia acima mencionada, antes enxergada de uma maneira meramente formal. Essa mudança de paradigma, com a qualificação do órgão judicial como sujeito do diálogo processual, e não mais como simples plateia do combate entre as partes, valorizou o contraditório como garantia eficaz e necessária ao aprimoramento da decisão judicial.¹⁶

O princípio da cooperação tem base constitucional, sendo extraído da cláusula geral do devido processo legal, bem como do princípio do contraditório. A cooperação resulta, em última análise, da própria ideia de Estado democrático. Se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação.¹⁷ Em razão dessa atmosfera colaborativa, confia-se às partes a oportunidade de influenciar na formação da decisão do juiz, que não pode inserir no pronunciamento judicial matérias de fato ou de direito que não foram discutidas pelos litigantes.

Fredie Didier Jr.¹⁸ enfatiza que o modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia, pois, além de assegurar o direito das partes de influenciar na construção do provimento judicial, revela que a efetiva participação de todos os sujeitos processuais é inexorável a um Estado Democrático de Direito. Dierle Nunes¹⁹, por sua vez, que sustenta o modelo *comparticipativo* do processo como método de edificação de um processo civil democrático em consonância com a Constituição, preceitua: “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva

¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 139.

¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 209, jul. 2012, p. 339.

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01. p. 126.

¹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. Processo constitucional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215.

A doutrina brasileira definiu alguns comportamentos devidos pelas partes e pelo juiz, classificando-os como deveres anexos do princípio da cooperação, que compreendem, dentre outros: o dever de lealdade, de esclarecimento, de proteção e de consulta. Tendo em vista o objeto do presente estudo, dar-se-á ênfase apenas ao dever de consulta, também conhecido como dever de diálogo ou de debate, porquanto ele guarda estreita relação com a noção de contraditório dinâmico (ou substancial), uma vez que corrobora o dever do juiz de consultar as partes sobre questão de direito ou de fato não ventilada no processo, e por isso não submetida ao contraditório, antes de proferir a decisão.

O dever de consulta, por sua vez, impõe ao tribunal dar às partes a oportunidade de manifestação sobre qualquer questão de fato ou de direito. O juiz, antes de se pronunciar sobre qualquer questão, ainda que seja de conhecimento oficioso, deve dar oportunidade à prévia discussão pelas partes, evitando, desse modo, as chamadas ‘decisões surpresa’.²⁰

O conteúdo do direito de debate (de consulta ou de diálogo) impõe uma restrição (ou um redimensionamento) dos brocardos *iura novit cúria* (o juiz é quem conhece o direito) e *mihi factum dabo tibi jus* (dá-me o fato, que te darei o direito), segundo os quais a aplicação do Direito é de competência exclusiva do juiz, independentemente da arguição ou da discussão das partes, visto que a estas incumbe somente a narração dos fatos. Tais máximas devem, no entanto, ser compreendidas em consonância com os princípios da cooperação e do contraditório substancial, materializando a intento de impedir surpresas que possam frustrar as expectativas dos litigantes.

Cabe ao magistrado se pronunciar sobre questão jurídica a ser aplicada no caso apenas depois de efetivar o imprescindível diálogo com as partes, pois ao juiz cabe – não restam dúvidas – aplicar o direito ao caso concreto, mas se lhe impõe, antes de promover tal aplicação, consultar previamente as partes, colhendo suas manifestações a

²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 209, jul. 2012, p. 340.

respeito do assunto.²¹ Explicitadas as noções contemporâneas de contraditório substancial, de cooperação e de dever de diálogo, revela-se pertinente, no atual momento de desenvolvimento deste trabalho, destacar que o STF e o STJ, por meio de sua jurisprudência dominante, encontram-se em descompasso com esses institutos.

Embora a doutrina tenha desenvolvido os temas acima explicitados com argumentação enraizada no princípio democrático, inspirador da Constituição de 1988, bem como no direito comparado²², tem-se que os aludidos tribunais permanecem compreendendo o contraditório como algo somente inerente às partes, e, portanto, em sentido raso, de modo que a fundamentação da decisão não confere relevância à atividade argumentativa desenvolvida pelas partes em juízo. Nesse modelo, basta que o órgão julgador, para ter sua decisão devidamente motivada, evidencie quais as razões que justificam aquela conclusão contida no dispositivo.

Existem inúmeros julgamentos do STJ²³ e do STF²⁴ que comungam dessa visão. Não é raro colher de decisões das Cortes o entendimento de que “o julgador não está no dever jurídico de rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, quando aponta fundamentos suficientes à análise e solução da controvérsia”, ou, com outras palavras, de que “revela-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte”. Os tribunais partem de um critério intrínseco para a aferição da completude do dever de motivação, descartando a influência das partes na construção da decisão, pois elas terão a maioria de seus argumentos simplesmente ignorados pelo órgão julgador.

²¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 209, jul. 2012, p. 340.

²² Art. 3º, do Código de Processo Civil Português: O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem. Art. 101, do Código de Processo Civil Italiano: Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quarenta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

²³ STJ. Acórdão no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 206.565/DF. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 09/12/2014. DJe 15/12/2014; STJ, Acórdão nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 398.005/PR. Corte Especial. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 01/10/2014. DJe 28/10/2014.

²⁴ STF. Acórdão no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 814189. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 02/12/2014. STF. Acórdão no Agravo Regimental no Agravo no Recurso Extraordinário nº 839945. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber, Julgado em 02/12/2014

Não fosse o bastante, ainda é comum a ocorrência de “julgamentos surpresa” no âmbito dos tribunais pátrios, uma vez que esses não reconhecem o seu dever de dialogar previamente com as partes acerca de fundamentos que, apesar não debatidos previamente pelos litigantes, encontram-se inclinados a adotar. E tal constatação é corroborada pelo fato de que as cortes nacionais ainda não se propuseram a redimensionar os brocardos *iura novit cúria* e *mihi factum dabo tibi jus*, porquanto tais expressões permanecem justificando a adoção, pelos tribunais²⁵, de tese jurídica não discutida previamente pelas partes. A título exemplificativo, veja-se ementa da Primeira Turma do STJ²⁶:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A FATOS ANTERIORES À LEI 8.429/92. IRRETROATIVIDADE RECONHECIDA POR FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA C: INDISPENSÁVEL INDICAÇÃO DA NORMA FEDERAL OBJETO DA INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. IURA NOVIT CURIA: APLICAÇÃO. PRESSUPOSTOS. HONORÁRIOS. DESCABIMENTO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE. PRECEDENTE.

[...]

3. A viabilidade do juiz decidir a causa com base em preceito normativo não invocado pelas partes ou diferente do invocado (autorizada pelo aforismo *iura novit cúria*) tem como pressuposto necessário a manutenção dos demais termos da demanda, mormente no que se refere ao pedido e à causa de pedir deduzidos na inicial (teoria da substanciação e arts. 128 e 460 do CPC).

[...]

5. Recursos especiais providos em parte. (grifo original).

²⁵ STJ. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1120968/MG. Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 26/08/2014. DJE: 02/09/2014. STF. Acórdão no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 794759. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 13/04/2011.

²⁶ STJ. Acórdão no Recurso Especial nº 115656/DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 10/05/2011. DJe 18/05/2011.

Os entendimentos dos tribunais superiores acima destacados, responsáveis pela uniformização dos direitos constitucional e infraconstitucional federal, encontram-se em total descompasso com a nova visão a respeito do direito ao contraditório. Se contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que se mostra imprescindível ter como contrapartida o dever de debate – dever de consulta, de diálogo, inerente à estrutura cooperativa do processo. O desrespeito ao direito das partes de terem seus argumentos apreciados e de dialogar previamente com outros fundamentos adotados pelo juiz torna ilegítima a fundamentação da decisão.

Partindo-se de uma acepção forte de contraditório, o parâmetro para aferição da correção da motivação da decisão judicial deixa de ser tão somente intrínseco (a inexistência de contradição lógica do julgado e a correta exposição do convencimento judicial) e passa a assumir também feição extrínseca (a fundamentação dos arrazoados das partes). Não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos erguidos pelas partes em suas manifestações processuais.²⁷

O novo Código de Processo Civil objetiva eliminar a arcaica compreensão que os tribunais superiores possuem acerca do princípio do contraditório, uma vez que possibilitará a ampliação empírica desta garantia, em harmonia com os princípios democrático e da isonomia. Nessa esteira, o tópico seguinte se destina à compreensão de como o manejo do Novo CPC, notadamente da teoria de precedentes vinculantes por ele instituída, poderá fazer com que o princípio do contraditório se torne uma garantia de influência e não de surpresa na constituição dos pronunciamentos judiciais.

2 O PRECEDENTE JUDICIAL E O REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: CONTRIBUIÇÕES RECÍPROCAS.

A partir da institucionalização da teoria dos precedentes vinculantes (*stare decisis*)²⁸ no Brasil, prevista nos artigos 926 a 928, do novo Código de Processo Civil, o

²⁷ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 206, abr. 2012, p. 64.

²⁸ Art. 927, NCPC. 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

princípio do contraditório sofrerá um redimensionamento em sua feição material, haja vista que será ampliado tanto em relação à formação quanto à aplicação da decisão. Com objetivos didáticos, dividir-se-á a análise da referida garantia constitucional em dois momentos, quais sejam: (1) na formação do precedente judicial e (2) na aplicação do precedente judicial; para, ao final, demonstrar que o contraditório passará a ser de suma importância para o desenvolvimento do direito.

2.1. A ampliação do contraditório na formação do precedente judicial

A instituição de um sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, exigindo que os órgãos jurisdicionais inferiores respeitem os precedentes dos superiores, faz surgir uma nova maneira de se pensar o caso concreto, uma vez que o juiz, ao decidir, estará, além de resolvendo o conflito a ele posto, fixando um texto do qual os julgadores posteriores poderão extrair uma norma jurídica (*ratio decidendi*) a ser aplicada em casos subsequentes. Verifica-se, assim, que o magistrado deve possuir não apenas um olhar retrospectivo (analisando os precedentes anteriores), mas também prospectivo, construindo e revogando novos precedentes.

A visão retrospectiva do funcionamento dos precedentes obrigatórios assenta que o juiz, ao construir a sua decisão, deve observar o que o próprio órgão julgador e os tribunais superiores já proferiram acerca das matérias de direito, iguais ou similares, que se exponham diante do juiz no caso em julgamento. A função de decidir com base em precedente se encontra ligada ao passado, uma vez que o fato de um pronunciamento judicial sobre determinada matéria ter sido prolatado anteriormente ao caso presente é relevante para a sua resolução. O papel do magistrado, portanto, estará sempre atrelado ao que já foi objeto de posicionamento judicial anterior.

O sentido prospectivo do ato decisório, por sua vez, refere-se à preocupação do julgador com o futuro, visto que a decisão de hoje poderá servir como precedente para as demandas futuras. O magistrado, ao criar o precedente, deve ter ciência de que ele é dirigido também para a sociedade, e não apenas para as partes, porquanto são capazes de servir de diretriz para o julgamento de outros casos e, além disso, fixar uma pauta de

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

comportamento para os jurisdicionados, o que enseja a sua formação dinâmica e privilegia o princípio do contraditório pleno na consolidação da segurança jurídica.

O juiz que considera o passado mostra respeito ao Poder de que faz parte e à confiança nele depositada pelo jurisdicionado. No entanto, se o magistrado é consciente de que a sua decisão poderá formar um precedente, o qual deverá ser respeitado pelos seus sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas, a sua preocupação e responsabilidade pessoal certamente se intensificam. Quando se pensa em termos de precedente, a decisão de hoje não apenas considera o passado, mas também serve para o futuro.²⁹

Considerando essa perspectiva, revela-se imprescindível ampliar o debate processual na formação do precedente judicial, visto que ele terá o condão de alcançar pessoas que não participaram de sua constituição. O precedente é formado a partir dos esforços de advogados, juízes e demais envolvidos na atividade processual, amadurecendo de acordo com a apreciação dos mais diversos pontos de vista expostos durante a tramitação da demanda, até atingir um nível compatível com a fixação de um texto normativo que será interpretado pelos órgãos jurisdicionais seguintes, incumbidos de moldar e extrair a norma do precedente, tal como ocorre com um dispositivo legal.

Em um Estado Democrático de Direito, o mais aconselhável é estabelecer um processo democrático para a formação do precedente, possibilitando e favorecendo a participação mais ampla possível de todos que estejam envolvidos no processo, de modo que a aplicação do precedente se legitime não somente pela autoridade de quem o proferiu, mas também pela sua construção democrática. Para tanto, o julgador deve ouvir as alegações das partes e as apreciar com a finalidade de lhes dar uma solução jurídica que exclua alguns argumentos que possivelmente seriam invocados quando a matéria fosse novamente submetida ao Judiciário, promovendo celeridade.

A adequada fundamentação das decisões, a médio prazo, auxilia indiretamente os próximos julgadores que optarem pela fundamentação *ad relationem*, já que o debate exaustivo da questão jurídica vai dando contornos e acrescentando pontos de

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

vista diversos até que se possa ter um panorama mais completo de como interpretar determinada questão. É preciso esgotar, mesmo que momentaneamente, os argumentos relativos àquela questão, e essa tarefa muitas vezes pode não ser cumprida inteiramente por um só julgador em um só caso concreto.³⁰(grifo original).

Evaristo Aragão Santos³¹ propõe a noção de formação dinâmica do precedente judicial, segundo a qual aproveita-se do rito do procedimento do processo civil, ou seja, do movimento próprio do sistema jurídico, e a partir dele, orientando-o, estabelece um círculo virtuoso com a colaboração de juízes e advogados em prol da operação cada vez mais harmônica, coerente, previsível, racional e, acima de tudo, ágil, do sistema jurídico. Isso, segundo o autor, propiciaria uma edificação mais sólida e democrática do precedente judicial, porquanto ter-se-ia a participação ampla daqueles que operam com o direito e são alvos de suas repercussões.

A argumentação das partes é crucial à construção do precedente judicial, de modo que, em um sistema que trabalha com a eficácia vinculante dos precedentes judiciais, o contraditório não pode ser concebido em sua acepção meramente formal, mas como garantia destinada à efetiva influência pelas partes, motivo pelo qual o julgador, no momento de proferir o ato decisório, deve considerar as razões aduzidas por estas. Leonardo Carneiro da Cunha³² destaca, nesse sentido, que a configuração moderna do contraditório o coloca como núcleo garantidor da participação, ao afirmar que “todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício”.

O contraditório, bem como o princípio da cooperação, é redimensionado na medida em que a formação de um precedente deve considerar a maior quantidade possível de argumentos. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci³³, ao responder à seguinte indagação: “onde é que se encontra a legitimação do juiz para proferir o

³⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. Revista de Processo, São Paulo, v. 38, n. 226, dez. 2013, p. 375.

³¹ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 172-173.

³² CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58.

³³ CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 99.

“julgamento?” concluiu que a investidura do juiz provém da lei, mas a legitimação da sentença decorre da efetiva participação e defesa dos litigantes, e destacou ser inviolável a atuação profissional do advogado, pois este possui relevante papel na construção dos precedentes, haja vista a contribuição criativa desse profissional na administração da justiça.

O imperativo de o precedente tratar do maior número de argumentos decorre da necessidade de a *ratio decidendi* por ele formada dever possuir um alto grau de estabilidade e previsibilidade, já que o próprio *stare decisis* decorre da segurança jurídica, e, segundo Lucas Buril Macêdo³⁴, “quanto mais argumentos tenham sido devidamente considerados pelo órgão julgador na formação do precedente judicial, mais provável é que os julgadores subsequentes não se deparem com um novo argumento e, assim, vejam-se obrigados a realizar a sua superação (*overruling*)”. Exige-se, dessa forma, que, para a constituição do precedente judicial vinculante, as questões jurídicas fundamentais do processo sejam efetivamente levadas ao debate, em respeito ao dever de diálogo.

Num ato decisório que resolve um conflito específico, é possível identificar uma norma geral, que é a *ratio decidendi*, isto é, a tese jurídica desenvolvida pelo órgão jurisdicional em sua fundamentação e com base na qual ele alcançou a solução final. Essa norma geral, já o dissemos, é *geral* justamente porque pode desprender-se daquele caso específico a ser aplicada em situações outras, futuras, cujas circunstâncias de fato sejam semelhantes às que delinearam a situação dentro da qual ela se formou. A partir do momento em que percebemos isso – que, mesmo em processos específicos, é possível construir uma norma geral, aplicável a situações futuras -, o princípio do contraditório, visto como *direito de participação na construção da norma jurídica*, precisa ser repensado. Isso porque ele não mais pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica *individualizada* (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto

³⁴ MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 277.

também como um direito de participação na construção da norma jurídica *geral* (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).³⁵ (grifo original).

Decerto, a formação do precedente judicial, e, conseqüentemente, de sua norma jurídica (*ratio decidendi* – parte vinculante) não ocorre de maneira automática. As demandas devem seguir seu processo de forma normal até atingir os tribunais superiores, ocasião em que as teses nelas estão, em tese, amadurecidas, uma vez que foram debatidas por diversos juízes e tribunais pelo país. A participação das partes, bem como o esforço individual dos advogados e demais envolvidos contribuem decisivamente para que a *ratio decidendi* firmada nos tribunais superiores seja, de fato, a mais adequada para as questões sob debate.³⁶

Ronald Dworkin³⁷ explica a formação da *ratio* com uma metáfora onde compara a atividade jurisdicional com a de um romance em cadeia em que cada órgão jurisdicional é autor de um capítulo. Cada autor interpreta os capítulos que lhes foram dados para poder escrever um novo capítulo, que é adicionado àquilo que o próximo novelista recebe, e por aí vai. Cada um tem a tarefa de escrever seu capítulo de maneira a fazer o romance ser construído da melhor forma possível, isto é, a *ratio decidendi* do precedente não será definida no momento em que proferida a decisão, mas no momento posterior, pelo juiz que vier aplicá-lo.

Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1. - Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um

³⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 02. p. 471-472.

³⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 39, n. 232, jun. 2014, p. 302-324.

³⁷ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 278-279.

juízo superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores) Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado.³⁸(grifo original).

O debate acerca das matérias fundamentais à lide necessita, portanto, ser viabilizado para a formação do precedente. Em decorrência disso, a máxima *iura novit curia* deve ser reinterpretada, para possibilitar às partes a influírem na construção do precedente judicial, devendo o magistrado, ao se deparar com um tema relevante para o deslinde do feito que não foi objeto de debate processual, antes de julgar utilizando-o, fixar prazo razoável para que os sujeitos da lide se manifestem sobre ele.

O NCPC, constatando o caminho trilhado pela doutrina no tocante ao tema, já mencionado neste trabalho, tratou de consagrar o modelo cooperativo de processo, destacando, em seu artigo 10, que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Trata-se da consagração da acepção substantiva do contraditório, que possui implicação direta na formação e na aplicação do precedente.

No que diz respeito à formação do precedente, o mesmo art. 10, do NCPC, possibilita às partes tecerem argumentos contrários ou a favor da tese cognoscível pelo órgão julgador, auxiliando no amadurecimento da matéria e na constituição de um precedente mais estável, visto que, caso o juiz mantenha a percepção inicialmente firmada, rechaçará argumentos contrários e dificultará um possível *overruling*, porquanto o precedente, quando de sua formação, fora precedido de um amplo debate entre as partes. Sobre a dinâmica do referido dispositivo legal, salienta Arruda Alvim³⁹:

O PL 8.046/2010 prevê, por exemplo, que mesmo as decisões judiciais que independem de provocação das partes, a respeito de questões de ordem pública, devem ser precedidas de contraditório, com efetiva oportunidade de prévia manifestação dos interessados (arts. 9º e 10). A exigência dessa medida – que

³⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. Revista de Processo, São Paulo, n. 100, 2011, p. 66.

³⁹ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 109.

evidencia o propósito constitucional do contraditório – aplica-se não apenas às decisões que digam respeito a questões de ordem eminentemente jurídicas. Nessa linha, o art. 10 do PL 8.046/2010 – é enfático ao vedar o juiz de decidir com base em ‘fundamento’ a respeito do qual ‘não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria cognoscível do ofício’. Não se trata, em absoluto, de revogação do princípio do ‘*iura novit curia*’, que permite ao juiz decidir com base em fundamentos jurídicos não invocados pelas partes; trata-se, simplesmente, de facultar às partes interessadas oportunidade de se manifestarem e influenciarem a convicção judicial a respeito da aplicabilidade daquele fundamento jurídico ou fático não invocado ou debatido nos autos. Evita-se, dessa forma, que as partes sejam surpreendidas, no momento da decisão judicial, com um argumento ou alegação de que não cogitaram, e cuja incidência ao caso poderia ser afastada ou modificada, se a matéria tivesse sido previamente debatida. (grifo original).

Por fim, ainda no que se refere à formação do precedente, Lucas Buril Macêdo⁴⁰ leciona que a partir da institucionalização do *stare decisis*, com a ampliação do conteúdo do contraditório, a refutação do dever do juiz de oportunizar a manifestação das partes sobre todas as questões fundamentais se justifica na medida em que fortifica o devido processo legal substancial, devendo as possibilidades argumentativas serem incorporadas, uma vez que qualificam a formação do precedente, aditando o enfrentamento e considerando possibilidades interpretativas que, caso contrário, poderiam vir a surpreender o julgador posterior.

2.2. A ampliação do contraditório na aplicação do precedente judicial

O precedente judicial não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas sim como um ponto de partida (*starting point*), porquanto se trata de uma fonte do direito,

⁴⁰ MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 280-282.

da qual se extrai uma norma jurídica (*ratio decidendi*) a ser aplicada no caso subsequente. O texto do precedente, por conseguinte, necessita ser interpretado quando de sua aplicação, motivo pelo qual os litigantes do caso sob julgamento precisam ter suas possibilidades argumentativas ampliadas e apreciadas, e não apenas rechaçadas sob o fundamento de que o magistrado conhece o direito. Sobre o tema, assevera Edward D. Re⁴¹:

É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado apenas como um ponto de partido. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é, na verdade, um *principium*, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. [...]. Consequentemente, os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da Corte com relação ao caso anterior. (grifo original).

Quando o juiz analisa um precedente, questionando sobre a sua aplicabilidade ao caso presente que deve julgar, ele tem diante de si é um texto. Os fatos já ocorreram e a decisão já foi proferida⁴². Assim, Lenio Luiz Streck e George Abboud⁴³ salientam que “para melhor compreensão do problema, há que se ter presente que um precedente é um texto, ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto sob análise. É assim que surge o caso concreto”.

A relevância do contraditório no processo de aplicação do precedente precisa ser melhor entendida, pois não se pode encerrar todas as possibilidades argumentativas, o que tornaria a teoria brasileira de precedentes vinculantes capaz de engessar o direito. É necessário que se observe o precedente como uma bússola na busca pela solução do caso concreto, sem impedir que as partes argumentem e se contraponham contra ele, seja para arrazoar que não é aplicável ao caso, pois este possui peculiaridades fáticas; seja para demonstrar que o precedente deve ser superado.

⁴¹ RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Grace Northfleet. Revista de Informação Legislativa, São Paulo, v. 122, mai./jul. 1994, p. 282-283.

⁴² RAMIRES, Mauricio. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010. p. 192.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 54.

É necessário que se valorize a participação dos litigantes no momento da aplicação do precedente, tornando imprescindível que este seja visto com um grau de flexibilidade que garanta e proteja a participação efetiva dos jurisdicionados, não só na sua formação, como ato que gera o direito, mas também na sua moldagem, manutenção e superação⁴⁴. A dialeticidade e os argumentos trazidos pelas partes são aportes necessários para a proteção do debate judicial e, por consequência, para o desenvolvimento do direito.

Não pode o magistrado simplesmente extrair a norma vinculante do precedente (*ratio decidendi*) e aplicá-la ao caso concreto, por meio de um esquema de subsunção, onde a premissa menor se encaixa na premissa maior. É essencial que o julgador se atente para os argumentos e os precedentes trazidos pelas partes, para que, a partir de suas análises, possa, de maneira fundamentada, decidir se aquele caso em julgamento é distinto ou não do precedente que inicialmente se objetivava aplicar, bem como se este deve ou não ser modificado.

A elevação do contraditório como dever de debate não é apenas uma consequência do *stare decisis* brasileiro, mas sim um pressuposto de sua viabilidade constitucional, pois, caso contrário, os órgãos judiciais ampliarão a cultura – já existente – de reproduzir ementas de julgados sem sequer analisar as peculiaridades do precedente e do caso em julgamento, como se aquele texto refletisse a *ratio decidendi*, muito embora esta deva ser extraída pelo aplicador, e não isoladamente exposta pelo formador do precedente, a partir do estudo do seu texto normativo.

É comum no Brasil a noção de que a subsunção seria o método adequado para a aplicação de um precedente, existindo autores que lecionam: “se a *ratio decidendi* é uma norma do tipo regra, então segue-se que a operação básica necessária para a sua aplicação em um caso futuro será a subsunção”⁴⁵. No entanto, o precedente não deve ser aplicado de forma subsuntiva/dedutiva, nos moldes de premissa maior, e sim por meio de uma justificação acerca da similitude do caso em julgamento com a *ratio decidendi*, o que importa na adoção de um modelo hermenêutico diverso.

Os precedentes não devem ser aplicados de forma dedutivista/subsuntiva, como se fossem uma premissa maior.

⁴⁴ MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 284.

⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 52.

Para o precedente ser aplicado, deve estar fundado em um caso que o gerou. Logo, a fundamentação de um princípio através do uso da jurisprudência, em nosso sistema, não dispense o que é mais caro para a *common law* – a justificação acerca da similitude do caso que está servido como *holding*.⁴⁶(grifo original)

Os precedentes não são aplicáveis de forma automática. Ronald Dworkin⁴⁷, nesse sentido, destaca que “a compreensão meramente burocrática de decidir despe o juiz de responsabilidade e o afasta do compromisso com o caso. Quando se deixam de julgar casos, para julgarem-se teses, tem-se sintoma inequívoco da suplantação da atividade judicial pela burocracia”. É preciso observar o precedente como um resultado incompleto de uma reflexão judicial, ou seja, como um texto que veicula uma mensagem a ser extraída, e não a mensagem em si.

Um sistema erguido com fundamento no *stare decisis* não pode ser preso a leituras exegéticas dos precedentes, e sim a uma relação dinâmica, de construção do direito, não estática, evitando-se compreender os provimentos judiciais como um dado do passado a que se deva repetir roboticamente. A liberdade decisória do juiz admite a aplicação do precedente de modo discursivo, e não mecânico, de modo a possibilitar às partes a real participação no desenvolvimento das normas jurídicas individual e geral.

Juraci Mourão Lopes Filho⁴⁸ assevera que a tradição brasileira, ao colocar o silogismo dedutivo como parâmetro de raciocínio jurídico, deixou de observar o dever constitucional de fundamentação (art. 93, IX, da Constituição Federal), sendo comum a adoção, pelos órgãos jurisdicionais, de decisões que apenas citam ementas de julgamento sem qualquer explicação de sua específica pertinência ou o motivo da escolha. Não se considera fundamentada uma decisão que ponha os argumentos das partes em um segundo plano.

Os argumentos das partes importam, entretanto, não só para a determinação do Direito, como também para a legitimação da atividade jurisdicional, a qual obriga que o juiz considere e

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz Da interpretação dos textos à concretização de direitos. In: COPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. São Paulo: Livraria do Advogado, 2005. p. 54.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 124.

⁴⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 412-413.

análise aquilo que foi arguido pelas partes. É a ideia de que aqueles que serão afetados pelo resultado final têm o direito de ter suas considerações apreciadas nele. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal vem assentado a ideia de que a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais [...] A decisão deve analisar todas as questões postas em juízo. Como questão é um ponto de fato ou de direito controvertido pelas partes, deve o Judiciário enfrentá-las. Acontece que, no Brasil, a questão, seja ela de direito, ou de fato, é despreendida da argumentação que a sustenta, tanto é assim que consagrado o inválido entendimento de que é ‘desnecessária a análise de todos os argumentos apresentados’.⁴⁹

Deve-se internalizar a ideia de que a *ratio decidendi* não é definida no momento em que foi proferida a decisão, mas quando o juiz for aplicá-la. Cabe ao magistrado, diante do caso concreto, compreender se os precedentes judiciais apresentados pelas partes se aplicam ou não à matéria em discussão, demonstrando a identidade fática, as diferenças determinantes entre os casos e o sentido da norma aplicada⁵⁰. É o juiz do caso subsequente que estabelece se há ou não precedente, a partir da análise fática da lide, viabilizada pelos arrazoados das partes.

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos de segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos da identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o

⁴⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 410-413.

⁵⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 39, n. 232, jun. 2014, p. 307-324.

precedente e desta forma – por assim dizer - “cria” o precedente.⁵¹ (grifo original).

Dierle Nunes⁵² afirma que quando o órgão julgador profere decisão com fundamento não debatido pelas partes, ele decidiu sem conhecer o direito, motivo pelo qual esse precedente não seria dotado de efeito vinculante. A autoridade do precedente também pode ser modulada na medida em que o magistrado colacione em sua decisão argumentos que não foram defendidos pelas partes, e, por conseguinte, não submetidos ao contraditório. Essa característica demonstra que uma ativa participação das partes na produção do precedente é um dos elementos decisivos para investir o julgado de autoridade vinculante.

A real influência das partes, no sentido de ver seus argumentos devidamente analisados pelo órgão julgador, possibilita o desenvolvimento de novas cadeias argumentativas em lides em que se discute a aplicação de certo precedente, pois possível que os disputantes venham a debater, por exemplo, quanto ao que deve ser tido como *ratio decidendi* e como *obter dictum* dentro de um precedente, o que influenciaria diretamente a sua aplicação, uma vez que somente aquela possui efeitos vinculantes, enquanto estes ostentam apenas força persuasiva.

Além disso, o debate permite ao órgão julgador perquirir sobre a identidade fática das demandas, o que poderia ocasionar uma distinção entre ambas (*distinguishing*), e, por consequência, a não aplicação do precedente. A ampliação do diálogo propicia, ainda, debates acerca da alteração do precedente (*overruling*), bem como da existência de possível antagonismo entre o precedente e algum dispositivo legal ou constitucional. O sistema de precedentes exige, portanto, uma dimensão argumentativa que eleve o contraditório à sua concepção substancial.

Na atual prática dos tribunais brasileiros, os precedentes sequer possuem eficácia persuasiva, pois, segundo Luiz Guilherme Marinoni⁵³, “os tribunais e juízes muitas

⁵¹ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 199, set. 2011, p. 199-200.

⁵² NUNES, Dierle. Contraditório e precedente: primeiras linhas. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie. MEDINA, José Miguel Garcia Medina. FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador; Juspodivm, 2014. v. 02. p. 364-267.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 118

vezes não se julgam obrigados a respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores”, e, em determinados casos, “nem mesmo tomam em consideração os precedentes articulados pelos advogados das partes”. A fundamentação apropriada exige a apreciação dos precedentes judiciais invocados como argumento, e, ao mesmo tempo, para o manuseio dos precedentes é imprescindível uma fundamentação substancial, que aponte quais fatos foram reputados importantes para a decisão e quais as normas utilizadas.

Nessa perspectiva, os incisos IV, V, VI, do § 1º, do art. 487, do NCPC, são fulcrais para compreender a sistemática do precedente vinculante no direito processual brasileiro, haja vista que tornam obrigatória uma cultura argumentativa na prática jurídica nacional, além de exigir uma modificação da forma de como os tribunais aplicam e enxergam o princípio do contraditório, que, considerado agora em sua acepção substancial, imporá em cada decisão a necessidade de o julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a sua conclusão, sob pena de nulidade do pronunciamento judicial. Veja-se:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

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 dispositivo acima colacionado demonstra a preocupação do legislador em admitir críticas da doutrina no tocante à fundamentação deficiente e que não enfrenta argumentos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como tais aqueles aptos a influir

no deslinde da causa. Com essa disciplina, aqueles entendimentos jurisprudenciais anteriormente mencionados, no sentido de que o juiz “não é obrigado a enfrentar todos argumentos deduzidos pelos advogados, bastando que decida conforme seu livre convencimento motivado” deverão chegar ao fim, e o desprestígio ao contraditório substancial também. Tratando do tema, destaca Alexandre Gustavo Melo Bahia e Paulo Vecchiatti⁵⁴:

Sobre o direito fundamental ao contraditório substancial, considerando que a compreensão contemporânea do mesmo impõe um dever de diálogo entre o Estado-juiz e as partes, no sentido de impor que os argumentos por elas invocados sejam seriamente/efetivamente considerados pelo órgão julgador, tem-se que, no mínimo, uma interpretação sistemática do dever constitucional (e legal) de fundamentação das decisões judiciais com o direito fundamental ao contraditório impõe que sejam enfrentados tais argumentos, visto que é somente pelo seu enfrentamento que saberemos se o Juízo/Tribunal efetivamente considerou seriamente/efetivamente referidos argumento e se efetivamente dialogou com a parte para tanto.

O inciso IV, ao exigir que o juiz enfrente todos os argumentos aduzidos pelos disputantes, contribui para a formação do precedente judicial, ao passo que contempla o contraditório substancial, uma vez que faz com que os magistrados tratem de todas as circunstâncias do processo, incluindo aí os arrazoados das partes que objetivam interpretar ou reinterpretar normas extraídas de outros precedentes, bem como o ajustamento destes a novas realidades fáticas, sociais, legislativas, econômicas ou políticas que, eventualmente, não existiam ou não foram consideradas quando da constituição do precedente.

O inciso V, por sua vez, reforça a obrigação do dispositivo acima mencionado, pois determina que, para fundamentar uma decisão, não basta o atual simples silogismo

⁵⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O dever de fundamentação, contraditório substantivo e superação de precedentes vinculantes (overruling) no novo CPC – ou do repúdio a uma nova escola da exegese. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie. MEDINA, José Miguel Garcia Medina. FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador; Juspodivm, 2014. v. 02. p. 40.

mecânico de reprodução de ementas, prática essa patologicamente disseminada nos tribunais brasileiros, sendo necessário um maior ônus argumentativo, notadamente para enquadrar o caso em julgamento ao do precedente, devendo o julgador, para tanto, analisar a *ratio decidendi* daquele caso e verificar sua compatibilidade com o processo em análise.

No mesmo sentido, o inciso VI determina que para afastar os precedentes invocados pelas partes, deve o julgador demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação da *ratio decidendi*. Compreendendo o teor desse dispositivo, verifica-se que o NCPC conferiu especial consideração à noção de decisão fundamentada, afastando o uso mecânico de argumentos desprendidos das particularidades do caso. Com arrimo na preleção de Lenio Luiz Streck⁵⁵, revela-se indispensável “fundamentar a fundamentação”, isto é, “justificar o que foi fundamentado”.

Nesse sentido, Francisco José Borges Motta⁵⁶ assevera que a motivação do ato jurisdicional, para ser completa, deve abranger a versão aceita pelo julgador e as razões pelas quais ele recusara a tese oposta, e isso porque o convencimento judicial deve alcançar o nível de racionalidade exigido pela lei. A decisão judicial, portanto, deve conter argumentos convincentes sobre a impropriedade ou a insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito usados pelo sucumbente, “tornando a fundamentação ampla, compreensiva de todos os aspectos relevantes do conflito, em especial, a análise crítica dos fatos”⁵⁷.

Enfatizando a relação existente entre contraditório e fundamentação, Flaviane Magalhães de Barros⁵⁸ destaca que “garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados”. Denota-se, assim, que se ocorrer uma limitação ou uma derrogação da

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta”. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (coords.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 17.

⁵⁶ MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 138.

⁵⁷ MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 138.

⁵⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008, p. 135-136.

garantia constitucional do contraditório, ocorrerá a ofensa da garantia constitucional da

fundamentação das decisões judiciais, dando ensejo à nulidade.

Segundo Lucas Buril Macêdo⁵⁹, um dos pontos mais importantes para o funcionamento da teoria dos precedentes é a forma como a decisão judicial é apresentada, isto é, o que é considerado efetivamente cumpridor do requisito fundamentação. Sem que exista uma adequada fundamentação das decisões, sequer é possível defender-se uma teoria dos precedentes obrigatórios. Assim, para que os precedentes sejam operacionalizados, é necessária uma apresentação argumentativa e relacionada à exposição dos fatos nas razões da decisão.

O dever de fundamentação, acolhido como decorrência do contraditório substancial, torna imprescindível que o juiz aprecie na decisão os argumentos trazidos pelas partes, sob pena de nulidade. Nessa esteira, o NCPC impede que os julgadores realizem uma apreciação seletiva de argumentos, encarando apenas parte deles, possuidores de potencial para repercutir na solução da lide, evitando-se um prejuízo na constituição do precedente, bem como na sua aplicação futura em casos semelhantes.

O precedente, quando persuasivo, constitui um argumento da parte, e, por isso mesmo, não pode ser adotado ou rejeitado sem a devida fundamentação. Aliás, a desconsideração do precedente está, no mínimo, no mesmo plano do descaso em relação à prova, devendo gerar a nulidade da decisão. Enfim, apenas há eficácia persuasiva quando o precedente deve ser considerado pelo órgão judiciário, o que significa poder rejeitá-lo, mas sempre com a adequada justificativa. Note-se que tal rejeição, devidamente justificada, pode consistir na negação do fundamento da decisão anterior, ao contrário do que ocorre quando o precedente tem eficácia vinculante.⁶⁰

Ao tornar a garantia do contraditório uma expressão democrática de influência no pronunciamento judicial, cria-se a indispensabilidade de a fundamentação responder diretamente os argumentos utilizados pelas partes. E dessa afirmação, analisada em

⁵⁹ MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 280.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

conjunto com o artigo 10, do NCPC, é possível extrair que todos os fundamentos para a prolação de uma decisão judicial devem ser debatidos pelos litigantes. Além disso, princípio da cooperação exige que a parte possa efetivamente dialogar com a decisão judicial, ainda que seus argumentos não sejam acolhidos.

Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático. Mais: denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo.⁶¹

O artigo 10, do NCPC, além de importante para a formação do precedente, como dito no tópico anterior, também possui relevância no momento da sua aplicação, pois imporá ao órgão julgador o prévio dever de debater com as partes acerca do emprego de um determinado precedente, ainda que a eventual utilização deste não seja proveniente das alegações das partes, e sim da análise do processo pelo magistrado. Assim, indubitavelmente, todos os precedentes invocados na decisão judicial deverão necessariamente ser discutidos pelos litigantes.

Contemporaneamente é comum que se diga que o contraditório tem relação mais expressiva com a atividade do juiz. Este, no momento de decidir, como se fosse um último ato de uma peça teatral, deve demonstrar que as alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu

⁶¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 150-151.

convencimento. A certeza de que terá havido esta influência decorre da análise da motivação da sentença ou acórdão.⁶²

Isso porque, dessa forma, as partes poderão demonstrar que aquele precedente – que o julgador objetiva aplicar – não possui semelhança fática com o caso concreto, motivo pelo qual deve ser realizada uma distinção entre as demandas (*distinguishing*); ou que ele deve ser superado (*overruling*), caso: 1) se torne inexecutável ou obsoleto; 2) deixe de corresponder aos padrões de congruências social; 3) foi errado ou mal concebido desde o início; 4) surja uma nova concepção do direito⁶³.

É necessário [ao magistrado] não apenas demonstrar o porquê da incidência da regra positivada ao caso em exame, como também explicitar racionalmente a rejeição dos argumentos da parte adversa – o princípio do contraditório exige que a parte possa influenciar na decisão judicial, ainda que seus argumentos não sejam acolhidos.⁶⁴

Dentro dessa conjuntura, tem-se que a aplicação dos precedentes vinculantes, no Brasil, ampliará o dever de diálogo e, por consequência, o contraditório, impondo ao magistrado brasileiro a novel obrigação de fundamentar suas decisões não apenas reproduzindo precedentes judiciais que reforcem ou até mesmo obriguem a adoção de uma determinada tese jurídica, mas também justificando o porquê de terem sido rejeitados outros julgados invocados pelo jurisdicionado que no caso será vencido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do desenvolvimento acima empreendido, percebe-se que, embora o estudo dos princípios do contraditório e da cooperação processual, a princípio, possa não ser pressuposto para compreensão dos precedentes judiciais, existem contribuições recíprocas entre os institutos. Isso porque, ao passo em que a influência das partes na decisão judicial auxilia na formação do precedente, a aplicação deste requer uma

⁶² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. Revista de Processo, São Paulo, v. 34, n. 168, fev. 2009, p. 55.

⁶³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237-239.

⁶⁴ LIMA, Tiago Asfor Rocha. Precedentes judiciais civis no Brasil. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 437-438.

abertura do debate com o objetivo de legitimar a função jurisdicional por meio de uma fundamentação que trate de todos os argumentos desenvolvidos no processo.

Em resposta à primeira indagação deste trabalho, tem-se que a institucionalização de uma teoria de precedentes vinculantes exige que a formação do padrão decisório seja precedida de um amplo diálogo entre os sujeitos do processo, pois, assim, o precedente formado terá o condão de abranger diversas teses, tornando-se consistente, visto que, caso contrário, ele se tornaria vulnerável às técnicas de superação e de distinção, o que, em última análise, enfraqueceria os objetivos perseguidos pelo sistema de precedentes, quais sejam, a segurança jurídica, a previsibilidade e a uniformidade da ordem jurídica.

No tocante à segunda pergunta, constata-se que o contraditório substancial e o dever de diálogo são pressupostos necessários à adequada utilização dos precedentes judiciais, pois a aplicação destes, na maneira deduzida pelo novo CPC, exige que o julgador rebata todos os argumentos contrários à tese fundamentadora da sentença, muitas vezes invocados pelas partes sob a forma de precedentes judiciais, concretizando-se, assim, o princípio democrático dentro do procedimento, de modo a tornar a decisão judicial um produto construído de forma participativa.

A tendência, em verdade, é a de construção de um “círculo virtuoso”, pois propiciar às partes o prévio debate acerca de todas as teses jurídicas e, por conseguinte, de todos os precedentes por elas invocados, ao mesmo tempo que amplia a concepção de contraditório e concretiza o dever de diálogo processual, também culmina em (1) constituir um precedente mais encorpado, capaz de manter-se hígido frente a outras demandas; e em (2) favorecer o desenvolvimento do direito, evitando o seu engessamento, por meio da racionalização da fundamentação judicial.

Em caráter pragmático, pode-se concluir que a jurisprudência dos tribunais superiores terá de se readequar às novas concepções acima esposadas, abandonando a visão de que o juiz é o protagonista do processo, em um ambiente solipsista, onde o “juiz conhece o direito” (*iura novit curia*). Deve-se, portanto, relativizar esse brocardo, de modo a interpretá-lo em conformidade com a garantia do contraditório substancial, e, por consequência, com a formação e aplicação dos precedentes judiciais.

Fortificando as considerações apresentadas, o §1º, do art. 927, do novo CPC, destaca que os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 (contraditório substancial e dever de diálogo) e no art. 487, §1º (fundamentação das decisões judiciais)

quando decidirem com arrimo nos precedentes judiciais. Esse dispositivo, em breves linhas, auxilia na compreensão do objeto do presente trabalho⁶⁵, uma vez que clarifica as influências recíprocas que os institutos aqui delineados exercem uns sobre os outros, a demonstrar que: ao mesmo tempo em que o precedente amplia o contraditório, o “contraditório ampliado” é pressuposto para a aplicação do precedente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI. Paulo Roberto Iotti. O dever de fundamentação, contraditório substantivo e superação de precedentes vinculantes (*overruling*) no novo CPC – ou do repúdio a uma nova escola da exegese. In: FREIRE. Alexandre; DANTAS. Bruno; NUNES. Dierle; DIDIER JR. Fredie. MEDINA. José Miguel Garcia Medina. FUX. Luiz; CAMARGO. Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA. Pedro Miranda de (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador; Juspodivm, 2014. v. 02. p. 27-26.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 131-148, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI. José Rogério; BEDAQUE. José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36-54.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 mar. 2015

⁶⁵ No mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou os enunciados nº 02 (“para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”) e 305 (“no julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida”), que corroboram as respostas obtidas neste trabalho.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 814189**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 02/12/2014. Disponível em: <[http://http://www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____, **Acórdão no Mandado de Segurança nº 24.268/MG**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJU em 17/09/2004. Disponível em: <[http://http://www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____, **Acórdão no Agravo Regimental no Agravo no Recurso Extraordinário nº 839945**. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber, Julgado em 02/12/2014. Disponível em: <[http://http://www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____, **Acórdão no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 794759**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 13/04/2011. Disponível em: <[http://http://www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 206.565/DF**. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 09/12/2014. Publicado no DJe em 15/12/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____, **Acórdão nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 398.005/PR**. Corte Especial. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Julgado em 01/10/2014. Publicado no DJe em 28/10/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____, **Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1120968/MG**. Primeira Turma. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgado em 26/08/2014. Publicado no DJe em 02/09/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____, **Acórdão no Recurso Especial nº 115656/DF**. Primeira Turma. Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgado em 10/05/2011. Publicado no DJe em 18/05/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 01.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____, O processo civil no Estado constitucional e os fundamentos do Projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 209, jul. 2012, p. 349-374.

DIDIER JR, **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 01.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA. Paulo Sarno; OLIVEIRA. Rafael. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 02.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 01.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 4, 2014, Belo Horizonte. **Carta de Belo Horizonte**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

ITÁLIA, **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <www.altalex.com>. Acesso em: 14 fev 2015.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 206, abr. 2012, p. 62-78.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo constitucional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

_____, Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 199, set. 2011, p. 41-82.

_____, Contraditório e precedente: primeiras linhas. In: FREIRE. Alexandre; DANTAS. Bruno; NUNES. Dierle; DIDIER JR. Fredie. MEDINA. José Miguel Garcia Medina. FUX. Luiz; CAMARGO. Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA. Pedro Miranda de (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador; Juspodivm, 2014. v. 02. p. 343-372.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE. Rene José. O sistema de precedentes no CPC projetado: engessamento do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 39, n. 232, jun. 2014, p. 307-324.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. **Stare decisis**. Trad. Ellen Grace Northfleet. Revista de Informação Legislativa, São Paulo, v. 122, p. 281-287, maio/jul. 1994.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 133-202.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 226, dez. 2013, p. 349-382.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD. George. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta”. In: MACHADO. Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA. Marcelo Andrade Cattoni (Coord.).

Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 13-37.

_____, Da interpretação dos textos à concretização de direitos. In: COPETTI. André; STRECK. Lenio Luiz; ROCHA. Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** São Paulo: Livraria do Advogado, 2005, p. 45-64.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 199, set. 2011, p. 139-155.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 01.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER. Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97-132.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, v 34, n. 168, fev. 2009, p. 39-46.