

### IX. PRECEDENTES, FUNDAMENTAÇÃO E ÔNUS DE ALEGAR

#### FORECASTS, FUNDAMENTATION AND COUNSEL

Alberto Marques dos Santos\*

<i>Recebido em: 16/11/2017</i>
--------------------------------

<i>Aprovado em: 15/12/2017</i>
--------------------------------

**RESUMO:** O novo Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, inovou ao instituir um sistema de precedentes jurisprudenciais obrigatórios. Simultaneamente ressignificou os conceitos de contraditório e paridade dos protagonistas do processo, transformando o diálogo cooperativo em dever de uma comunidade de trabalho cujos integrantes, juiz e advogados, têm igual hierarquia e igual responsabilidade pela construção da solução justa para o caso concreto. Por isso este artigo defende que, se o Código impôs ao juiz o ônus de justificar racionalmente a analogia entre a base fática do caso que julga e as razões de decidir do caso invocado como precedente, vale para o advogado o mesmo ônus de fundamentar detalhadamente essa analogia, sempre que invocar um precedente em apoio de sua tese. Não o fazendo, a peça é, nessa parte, inepta, por descumprir o ônus de alegar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Processo civil. Contraditório. Fundamentação das sentenças. Sistema brasileiro de precedents obrigatórios. Ônus de alegar. Inépcia.

**ABSTRACT:** The new brazilian Civil Procedure Code, sanctioned in 2015, innovated by introducing a system of mandatory jurisprudence precedents. Simultaneously ressignifying the concepts of the principles audi alteram partem and parity among the parties on any given lawsuit, making cooperative dialogue the duty of a working community whose integrants, judges and lawyers, have equal hierarchical footing and equal responsibility in the making of a fair solution for the concrete case. For that reason this paper defends that, if the Code imposes on the Judge the onus of rationally justifying the analogy between the factual base of the case they are judging and the reasons for picking the invoked case as a precedent, so should the lawyer have the onus of fundamenting his analogy in detail, everytime they invoke a precedent to support their thesis. In not doing so, the piece is, on that sense, inept, for failing to accomplish the equally imposed burden of justify claims.

**KEYWORDS:** New brazilian Civil Procedure Code. Civil Procedure.Principle audi alteram partem. Rational justification of sentences. Brazilian mandatory jurisprudence precedents system. Onus burden of justify claims. Ineptitude.

\* *Professor da Escola da Magistratura do Paraná. e-mail: a99275800@gmail.com*

### INTRODUÇÃO

Estabeleceu-se recentemente uma polêmica na doutrina brasileira acerca da questão do chamado sistema brasileiro de precedentes.<sup>1</sup> A polêmica diz respeito ao art. 927 do NCPC, seu alcance e significado. Diz o artigo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

E o art. 928 complementa que, para os fins desse artigo, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos.

Este trabalho parte da correlação entre o art. 927 e o art. 489 § 1º do NCPC, que, tratando do dever de fundamentação da sentença, dispõe:

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

E este trabalho defende que ao dever do juiz de justificar racionalmente a decisão com todos os requisitos do § 1º do art. 489 corresponde, com base em vários princípios do

<sup>1</sup> “Provavelmente a menina dos olhos do Novo CPC”, conforme Machado (2015).

novo processo civil, o ônus da parte de formular sua alegação com obediência àqueles mesmos requisitos.

## 2. O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

Criticável ou não, o regime de obrigatoriedade dos precedentes, instalado no Brasil desde 1990 em alguma medida, cresceu significativamente com os arts. 927 e 489 § 1º do NCPC, cabendo à doutrina e aos tribunais delimitar que significado, enfim, tem o termo “precedente”, para os fins de vinculação e quais os graus ou níveis de vinculatividade/obrigatoriedade vigentes.

Quanto a essa última questão, como explica Maranhão,<sup>2</sup> o regime em vigor hoje estabelece três níveis ou graus distintos de obrigatoriedade para os precedentes:

a) Um nível forte ou máximo, que é a situação onde, diante do desrespeito ao precedente, cabe reclamação à corte de vértice simultânea com o recurso ordinário. Nessa hipótese entram os casos de desobediência a súmula vinculante ou à decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

b) Um nível de vinculatividade média, onde só cabe a reclamação à corte emissora do precedente vinculante após exauridos os recursos ordinários. É o caso da desobediência a decisão de proferida em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou repercussão geral.

c) Um grau “fraco” ou mínimo de vinculatividade, onde a desobediência ao precedente não gera oportunidade de reclamação à corte que o emitiu. É o caso da recusa à obediência de súmula persuasiva, isto é, não vinculante.

A expressão “precedente” pode ser e é usada em mais de uma acepção. Não é despropositado, por exemplo, chamar “precedente” a qualquer julgado anterior (vinculante ou não) sobre um determinado assunto, pois a palavra cobre também essa acepção. Não é, todavia, nesse sentido largo que o termo é usado no debate sobre o tema deste trabalho. Quando se trata do chamado sistema brasileiro de precedentes, o termo “precedente” é usado numa acepção mais estreita e estrita, a ser explicada aqui. E é nessa acepção estrita que devem

<sup>2</sup> Maranhão, 2016a.

ser entendidas as menções que o NCPD faz aos precedentes<sup>3</sup>: precedente como julgado anterior com força vinculante para os casos futuros, que apresente tese jurídica inédita ou definitivamente delineada em termos cristalinos,<sup>4</sup> e enfrente exaustivamente todas as questões de direito relevantes para solução da hipótese.

Ainda há uma distinção, ou subdivisão, a fazer. É que, ainda nessa acepção limitada, o termo precedente pode ser e é usado para referir-se ao julgado vinculante como um todo (a um acórdão do STF em ADI, por exemplo); todavia, para os fins que nos interessam, isto é, para o fim de delimitar o que é que o juiz do caso atual tem de obedecer, “precedente” não é o acórdão, nem a súmula: é apenas o conjunto dos fundamentos essenciais e majoritários que sustentaram a decisão vinculante; “o que é considerado como precedente em sentido próprio, isto é, aquela parte da sentença à qual se faz referência por dela derivar a regra de julgamento para o caso sucessivo”, a *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como direito fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso,<sup>5</sup> as razões necessárias e suficientes para a solução do problema interpretativo em questão.<sup>6</sup> Como explica Streck,

[...] apenas argumentos de princípio (e não de política) é que devem gerar as decisões judiciais? Notem: o que vincula é o princípio (elemento justificador, que evidencia a questão jurídica como um problema não de técnica ou de funcionalidade, mas de moralidade substantiva). [...] O juiz deve limitar o campo gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio que foram necessários para justificá-las. Notem bem: para que eu saiba qual a força de um precedente, eu devo perguntar pelos argumentos de princípio que o sustentaram. Essa é a premissa básica<sup>7</sup>.

De forma que a força vinculante de um julgado se restringe aos seus fundamentos, e sob a condição de o quadro fático do julgado paradigma ser rigorosamente análogo ao do caso novo em julgamento. O precedente não é o julgado, mas as razões necessárias e suficientes para a solução do problema interpretativo em questão<sup>8</sup>, os argumentos essenciais que

<sup>3</sup> Schauer explica que na praxe norte-americana também ocorre essa multivocidade do termo, mas explica que, no sentido estrito, precedente deve ser entendido apenas como o julgado anterior que vincula o juiz do caso posterior (porque, por exemplo, um juiz do Estado X não é vinculado por uma decisão sobre o assunto proferida anteriormente pelo juiz do Estado Y, e, nesse caso, esse julgado anterior só poderia ser chamado “precedente” numa acepção menos técnica do termo) (Schauer, 2011).

<sup>4</sup> Rosito, 2012, p.93.

<sup>5</sup> Taruffo, 2014.

<sup>6</sup> Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2016.

<sup>7</sup> Streck, 2016c.

<sup>8</sup> Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2016.

definiram a tese aplicada e que foram aceitos pela maioria<sup>9</sup>, e que são a parte da sentença de que deriva a regra de julgamento para o caso sucessivo.<sup>10</sup> Assim,

[...] as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por indução, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular), extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada.<sup>11</sup>

Então, respeitar um precedente significa respeitar as razões de fato e de direito que lhe serviram de base, as quais não podem de forma alguma ser dissociadas das circunstâncias concretas consideradas e do seu contexto.<sup>12</sup> Disso se extrai, desde já, esta conclusão: não tem cabimento invocar a autoridade de um julgado ou súmula como fundamento de decisão sem demonstrar a similaridade das circunstâncias fáticas entre o caso precedente e o caso atual.

Neste contexto, é necessário enfatizar a distinção entre *ratio decidendi*, ou seja, “a regra de direito que foi posta como direto fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso”, de um lado, e de outro “todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão”; a este último conjunto de informações a doutrina chama *obiter dictum* (ou *obiter dicta*, no plural).<sup>13</sup>

*Obiter dictum* significa “dito de passagem”; são “comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis.”<sup>14</sup> Os *obiter dicta* “não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedente nas decisões de casos subsequentes vez que não condicionaram a decisão do caso anterior.”<sup>15</sup> Ou, simplesmente: os *obiter dicta* não integram o precedente, e não vinculam os julgamentos futuros. Só a *ratio decidendi* (a “razão da decisão”, a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado <sup>16</sup>) é precedente, e só ela vincula juízes e tribunais.

<sup>9</sup> Donizetti, 2015.

<sup>10</sup> Taruffo, 2014.

<sup>11</sup> Didier, 2008, p.350.

<sup>12</sup> Ferraz, 2016.

<sup>13</sup> Taruffo, 2014.

<sup>14</sup> Lenza, 2012.

<sup>15</sup> Taruffo, 2014.

<sup>16</sup> Lenza, 2012.



[...] ao se invocar um precedente é necessário demonstrar que a *ratio decidendi*, ou seja, o argumento jurídico que embasa o precedente pode ser adotado no caso que se diz análogo. Importante ressaltar que somente o núcleo do precedente pode ser invocado em outros casos e terá, portanto, efeito vinculante. Não raras vezes os juízes tecem considerações de caráter secundário, incidental, e que, portanto, ficam restritas àquele caso. É o que se chama de *obiter dicta*. Tais comentários não têm nenhum caráter vinculante.<sup>17</sup>

O que diferencia a aplicação da lei da do precedente é que, naquela, o processo de subsunção da norma ao caso concreto é feito pelo julgador, e nesta última, o procedimento de subsunção já se encontra sedimentado pela corte emissora do precedente, cabendo ao julgador do caso futuro verificar a identidade dos elementos objetivos do caso posto com aqueles que serviram de *ratio decidendi* do precedente. Ou seja, enquanto a aplicação da lei se faz por um método lógico-dedutivo, a aplicação de precedentes se faz pelo método analógico.<sup>18</sup>

A doutrina, nesse assunto, ensina que a *ratio decidendi* é fundamento determinante ou o motivo essencial da decisão,<sup>19</sup> a regra geral sem a qual o caso seria decidido de forma diferente, ou seja, só é razão de decidir aquela que for determinante para o resultado da decisão; as que não o forem, são *obiter dicta*.<sup>20</sup> Nem podem ser utilizados com força vinculativa, por não terem sido determinantes para a decisão, os fundamentos que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão prolator.<sup>21</sup> O método para isolar a *ratio decidendi*, expurgando-a dos *obiter dicta*, é por exclusão, como sugere Karl Engisch: integra a *ratio* somente o argumento que foi necessário para a decisão do caso; não se encaixando o argumento nessa condição de suporte necessário da conclusão, trata-se de *dictum*.<sup>22</sup> Nesse sentido:

Para a correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Pinho, 2012.

<sup>18</sup> Ascensão, apud Nery & Nery, 2015, p.1833.

<sup>19</sup> Marinoni, 2013, p.490.

<sup>20</sup> Ferraz, 2016.

<sup>21</sup> Donizetti, 2015.

<sup>22</sup> Nogueira, 2014.

<sup>23</sup> Tucci, 2004.

Daí se percebe, como percebem defensores e críticos do sistema precedentalista, este não simplifica, e sim sofisticada e torna mais trabalhosa a atuação dos profissionais do direito <sup>24</sup>: não se trata de enquadrar abstrata e mecanicamente o caso em exame na regra aparente constante da ementa de um acórdão ou numa súmula da jurisprudência; é necessário estudar detidamente a íntegra de todos os votos que sustentam a conclusão do acórdão, ou as íntegras dos acórdãos que conduziram à expedição da súmula, para dali extrair, racional e argumentativamente, os fundamentos de fato e de direito que serviram de premissa necessária e suficiente à solução do caso paradigma. E, depois, para decidir se o precedente é ou não aplicável ao caso presente, é necessário demonstrar argumentativamente a semelhança ou divergência de premissas fáticas entre o caso paradigma e o em exame. Ou seja, para aplicar o refutar um precedente, é necessária a realização do cotejo analítico. Este, por sua vez, pode conduzir a uma das duas situações em que o julgador do caso novo (juiz ou tribunal <sup>25</sup>) pode recusar aplicação a um precedente: a distinção e a superação.

A distinção (*distinguishing*, na terminologia da doutrina estadunidense) é, para Amorin e Oertli Jr., a técnica que consiste na análise crítica dos elementos que compõem a *ratio decidendi* da decisão paradigma e se caracteriza pelo confronto do caso à *ratio decidendi* do paradigma, visando aplicar ou afastar o precedente;<sup>26</sup> ou conforme Tucci, o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.”<sup>27</sup>

A explicação sobre a técnica de distinção constava do capítulo XV do projeto no NCPC, mas foi expurgada na tramitação e não consta do texto final; serve, de qualquer sorte, como bom referencial teórico para conceituação, porque descreve muito bem no que a operação consiste e como se realiza:

§6 O precedente [...] pode não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

<sup>24</sup> Nunes & Bahia, 2013; Gajardoni, 2016; Streck, 2016e.

<sup>25</sup> Enunciado nº 174 do FPPC: “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente” (Didier Jr., & Mazzei, 2015).

<sup>26</sup> Amorin & Oertli Jr., 2016.

<sup>27</sup> Tucci, 2004.

E aí aparecem as duas conclusões que, aparecendo no cotejo analítico entre precedente e caso atual, justificam a distinção, isto é, a recusa de seguir o precedente:

a) A demonstração de que o conjunto de fatos em exame no caso atual diverge do que foi examinado no precedente, em algum ponto relevante.<sup>28</sup> Por ponto relevante, aqui entenda-se o fato ou os fatos presentes num só dos casos em cotejo (o precedente ou o atual) e ausentes no outro, e que sejam capazes de justificar o enquadramento da hipótese concreta em outra categoria; ou em outra norma de direito distinta daquela materializada no precedente. Interessa, nessa modalidade de distinção, demonstrar racionalmente que, se no julgamento do caso que formou o precedente o conjunto de fatos fosse este, presente agora no caso atual, a solução seria necessariamente outra.<sup>29</sup>

b) A demonstração de que, no caso presente, consta alguma questão de direito que não foi objeto de exame no precedente. Como vimos, precedente não é qualquer julgado anterior meramente relacionado com o assunto, ainda que provindo de uma corte suprema,<sup>30</sup> porque a obrigatoriedade do precedente não decorre simplesmente da autoridade do emissor,<sup>31</sup> mas do seu caráter de “raridade”, autoridade e universalidade que o fazem merecer “emergir do caos indistinto da praxe judiciária,”<sup>32</sup> como uma tese jurídica inédita ou definitivamente delineada de forma cristalina.<sup>33</sup> O precedente não é gerado por um ato de vontade, mas por argumentos de princípio<sup>34</sup> a serem apresentados com densidade argumentativa.<sup>35</sup> Caso contrário, o precedente se transforma em “um conceito sem coisa.”<sup>36</sup>

Por isso é que a força vinculante não está no mero enunciado da súmula da jurisprudência dominante, ou na ementa ou no dispositivo de um acórdão superior. Precedente

<sup>28</sup> Enunciado nº 306 do FPPC: “o precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa” (Didier Jr., & Mazzei, 2015).

<sup>29</sup> Maranhão (2016b) explica um interessante exemplo de *distinguishing* baseado na demonstração de divergência entre os fatos do precedente e do caso em julgamento: STF, Rcl na MC 8.596 Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 10.7.2009, Decisão Monocrática, DJe de 5.8.2009. Tratava-se de averiguar o enquadramento dos cursos de línguas estrangeiras ofertados por instituições de ensino públicas na regra da súmula vinculante 12 do STF.

<sup>30</sup> Porque “permitir aos juízes e tribunais estabelecer normas gerais e abstratas fere a separação de poderes e ao princípio da legalidade” (Zaneti & Pereira, 2016).

<sup>31</sup> Nunes & Bahia, 2013.

<sup>32</sup> Taruffo, 2014.

<sup>33</sup> Marinoni, 2013, p.216.

<sup>34</sup> Streck, 2016b.

<sup>35</sup> Alves, 2016.

<sup>36</sup> Streck, 2016c.



são só as razões de decidir de um julgado paradigma que enfrentou pela primeira vez, ou pela primeira vez de forma completa e clara, todos os aspectos de um dado problema jurídico, e se “em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados.”<sup>37</sup> Isso porque a força vinculante do precedente é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões.<sup>38</sup> O precedente “autêntico” é o que esgota o exame de todos os aspectos relevantes da questão posta, de forma clara e detalhada,<sup>39</sup> de tal modo que

De sua leitura deveríamos extrair um quadro de análise panorâmica da temática, a permitir que em casos futuros pudéssemos extrair uma “radiografia argumentativa” daquele momento decisório. Extrair-se-ia, inclusive, se um dado argumento foi levado em consideração, pois caso contrário seria possível a superação do entendimento <sup>40</sup>.

Por isso é que se afirma que o juiz deve operar a distinção, e recusar aplicação ao precedente, se no caso presente surgir uma tese jurídica, ou argumento de direito, que não tenha sido examinado no acórdão paradigma. Porque, se essa novidade se apresenta, significa que o paradigma não fez a “radiografia argumentativa” completa, não esgotou e não procedeu ao esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes da questão, como um autêntico precedente deve fazer. E, pois, aplicá-lo como precedente, isto é, como solução jurídica pré-fabricada para o caso, implicaria em julgar o caso presente em desobediência ao 489 § 1º IV, que obriga a “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada.”<sup>41</sup>

Se o acórdão paradigma não enfrentou um argumento deduzido no caso presente, e capaz de infirmar a conclusão adotada no precedente, o juiz do caso presente terá de enfrentar esse argumento novo. E, ao fazê-lo, não está vinculado à conclusão do precedente, justamente porque naquela conclusão esse argumento novo não foi levado em conta. Logo, aquela

<sup>37</sup> Nunes, 2011.

<sup>38</sup> STF, RE 655265, j. 13 de abril de 2016, rel. Ministro Edson Fachin.

<sup>39</sup> Taruffo, 2014.

<sup>40</sup> Nunes & Bahia, 2013.

<sup>41</sup> Ademais, mesmo antes do NCPC já entendia o STF que “a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador” (Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, RMS 24.536/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2/12/2003, DJ de 5/3/2004, p. 33). No mesmo sentido: STF, MS 24.268, Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 05/02/2004, DJ 17/9/2004, p.53.

conclusão do precedente não vincula a decisão do juiz futuro acerca do argumento novo. Daí porque, em referência à matéria desse argumento novo, o caso atual é *hard case*, caso não abrangido pelo precedente, e ao seu julgador cabe realizar o processo completo de interpretação e de aplicação, e não só o de aplicação. A decisão é, pois, quanto a esse argumento novo, livre da influência vinculativa do precedente: deve obediência à lei e à Constituição, apenas.

Quanto à superação do precedente (chamada na doutrina anglófona de *overruling*), não se confunde com a distinção. A técnica de distinção não nega validade ou obrigatoriedade ao precedente: apenas distingue o caso atual da hipótese de incidência do precedente, para concluir que aquele não está abrangido pelos fundamentos vinculantes do paradigma. Como dito, só os fundamentos é que vinculam o juiz do caso futuro: na distinção, este demonstra que o caso em exame tem particularidade, de fato ou de direito, que não se enquadra nos fundamentos do paradigma. Já a superação é a técnica pela qual o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação.<sup>42</sup> O art. 926 do NCPD determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. A superação funda-se na necessidade de rever o precedente para manter a integridade e/ou a coerência do sistema jurídico.

Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. Impõe-se a superação quando o precedente não reflete a congruência do sistema, fazendo premente a sua evolução, de modo a resguardar a isonomia e a segurança jurídica.<sup>43</sup>

Quer dizer, o art. 926 elege três valores a defender, a estabilidade, a coerência e a integridade do sistema, mas se a estabilidade entra em conflito com os outros dois, estes devem prevalecer, por serem mais relevantes e úteis. Com efeito, ninguém afirmaria como prioritária a estabilidade do erro, do incoerente.

<sup>42</sup> Donizetti, 2015.

<sup>43</sup> Amorin & Oertli Jr., 2016.

### 3. IMPLICAÇÕES QUANTO AO ÔNUS DE DEBATER

Quanto à corresponsabilidade, que defendemos, entre direito de influenciar e dever de debater, Marinoni, Arenhart & Mitidiero resumem o espírito das inovações do NCPC, lembrando que ele pretende “administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática, o que leva a um novo equacionamento das relações entre o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação.”<sup>44</sup> Portanto, não foi só o papel do juiz que foi redesenhado, mas o processo como um todo, e os papéis de todos os seus protagonistas. O entendimento no novo processo civil, aliás, começa pela compreensão da questão do protagonismo: não se pode, no novo sistema, conceber o contraditório, o direito de defesa, a efetividade, a fundamentação, a construção da solução justa, como se fossem uma espécie de dádivas, de presentes que o juiz deve derramar sobre as partes: o processo justo, a decisão justa, a efetividade, o contraditório, são objetivos a serem construídos coletiva e cooperativamente pelo juiz e pelas partes.<sup>45</sup>

O juiz deixa de ser o protagonista do processo, situação incompatível com o Estado Democrático de Direito<sup>46</sup> e a relação processual agora envolve as partes e o juiz numa comunidade de trabalho.<sup>47</sup> “O modelo do nosso processo justo é o modelo cooperativo”, estruturado a partir da “da divisão do trabalho entre o juiz e as partes”, com “deveres de esclarecimento e de consulta”, que “decorrem do caráter problemático-argumentativo do Direito”, que exige um “compartilhamento da responsabilidade pela atividade processual”, formando juiz e partes “uma verdadeira comunidade de trabalho [...] em que se privilegia o trabalho processual em conjunto”, um trabalho “paritário no diálogo.”<sup>48</sup>

No novo modelo de processo há participação de todos os sujeitos, de forma efetiva, “com vistas a usarem todos os argumentos capazes de influenciarem na decisão do magistrado” numa tentativa de “fazer com que as partes dividam a direção do processo com o

<sup>44</sup> Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2015.

<sup>45</sup> NCPC, art. 6º: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>46</sup> Fernandes, 2015.

<sup>47</sup> Assis, 2015a, n.610.

<sup>48</sup> Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2015, n.2-5.

juiz, em que todos são responsáveis pela busca de um processo justo, efetivo e célere”, pois a intenção do legislador é que “as partes cooperem para que possam influenciar no julgamento e obter o melhor resultado dessa dialética”, mediante “um processo bem debatido.”<sup>49</sup> É só “a participação efetiva das partes, como método dialético” que “tem o condão de permitir simetria entre os sujeitos processuais.”<sup>50</sup>

O contraditório foi fortalecido pelo NCPC e deixou de ser a pura e formal oportunidade de audiência bilateral para converter-se na garantia de efetiva participação mediante a possibilidade de influir no convencimento do juiz <sup>51</sup>, ou seja, um direito efetivo de influência e participação no resultado do processo, o direito de influenciar efetivamente, e não formalmente.<sup>52</sup> Daí surge, como corolário, uma necessária correlação entre direito de influenciar e dever de debater: o contraditório, para o juiz e para as partes, é poder-dever. O brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus*, precisa ser ressignificado dentro do novo quadro do caráter dialético do processo.<sup>53</sup>

Se o juiz é proibido de julgar com base em argumentos não debatidos, obviamente ele não pode ser obrigado a inserir esses argumentos, que não provieram do debate entre as partes, na fundamentação. É uma decorrência lógica: uma coisa não pode ser ao mesmo tempo proibida e obrigatória. Se o juiz é proibido de inovar, de surpreender, acrescentando argumentos que não constaram do debate, não pode ser obrigado a inserir argumentos supletivos, que as partes não aduziram, não debateram. Daí porque afirmamos que o direito de influenciar é correspectivo ao ônus de debater, de alegar: é só mediante o cumprimento desse ônus que se pode exercer aquele direito.

É o que acontece, analogicamente, com o direito de defesa e o ônus de contestar: no processo civil, ao menos, o juiz não pode obrigar a parte a exercer o seu direito de defesa: ela o exerce, querendo, ou dele abdica, conforme cumpra ou não o ônus de contestar as alegações do adversário. Da mesma forma, não há como o juiz obrigar a parte a exercer o seu direito de influência: o juiz pode e deve conceder a oportunidade para que ele seja exercido, mas ele só se materializa por ação da parte, que se desincumbe do ônus ao alegar algo que possa influir

<sup>49</sup> Fernandes, 2015.

<sup>50</sup> Fernandes, 2015.

<sup>51</sup> Cunha, 2013.

<sup>52</sup> Fernandes, 2015.

<sup>53</sup> Fernandes, 2015.

no convencimento do juiz. Em outros termos, não é possível ao juiz materializar em concreto o direito de influência, se autoinfluindo em suprimento à omissão da parte. O juiz assegura o direito de influência passivamente, quando não obstrui a oportunidade de a parte livremente alegar, e positivamente quando concede a oportunidade e solicita das partes a colaboração/participação acerca de ponto específico. O mais depende de a parte cumprir o ônus que lhe compete, que é o de participar do debate, alegando, isto é, apresentando argumentos.

O contraditório constitui expressão da participação: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício, de modo que o processo deve ser estruturado de forma dialética, há de ser participativo: a atividade jurisdicional deve pautar-se num esquema dialógico.<sup>54</sup>

A decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo. A colaboração e a participação das partes não se configuram apenas como direitos ou faculdades, mas também como ônus e deveres. Em outras palavras, às partes confere-se oportunidade de participar da formação da decisão do juiz, suportando as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente. O juiz não pode ser obrigado a inserir na fundamentação de sua decisão considerações, informações ou detalhes que não foram apresentados pelas partes. Em razão do princípio da cooperação, o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões. A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta.<sup>55</sup>

Isso cresce em importância quando se sabe que não se aceita mais, no processo, o denominado “dogma da subsunção”, expressão conceitual do positivismo jurídico, que propunha o raciocínio silogístico aplicado ao direito, tomando como premissa maior a norma, premissa menor o fato e a conclusão como sendo a decisão judicial.<sup>56</sup> No direito moderno entende-se que

[...] a fonte normativa, mesmo num sistema de leis, não é um dado acabado, mas uma (re)construção a ser levada a cabo pelas partes e pelo juiz do caso. Quando somamos às possibilidades normativas os casos passados isso torna o sistema mais complexo (e não menos, como, por vezes, se lê nalguns discursos de reforma do processo). Essa “indeterminação inicial” do Direito a ser usado no caso é

<sup>54</sup> Cunha, 2013.

<sup>55</sup> Cunha, 2013.

<sup>56</sup> Nogueira, 2014.

compensada, então, pelo trabalho reconstutivo que se faz do Ordenamento e do caso.<sup>57</sup>

A superação do dogma da subsunção é “uma das principais revoluções incorporadas, porque modifica a metodologia da decisão judicial, impondo um novo modo de raciocínio jurídico”, trazendo como consequência imediata “a exigência de uma maior carga argumentativa”<sup>58</sup>, um “compromisso com a densidade argumentativa que demonstre a plausibilidade e resguarde a racionalidade da decisão judicial.”<sup>59</sup> E acrescenta que

[...] fala-se em um paradigma discursivo, porque passa a tomar a construção argumentativa como mecanismo de controle e proteção da justiça da decisão judicial. Seria por onde se faria a ponte entre o direito real e o direito ideal (justo correto), sendo a argumentação o meio capaz de fundamentar racionalmente as normas e decisões tomadas com fundamento no direito, sejam elas regras ou princípio.<sup>60</sup>

Logo, a questão se torna vital quando o NCPC, paralelamente ao que foi dito, implanta um sistema de obrigatoriedade de precedentes: há íntima conexão entre o padrão máximo de fundamentação, imposto pelo art. 489 § 1º do NCPC, e o regime jurídico dos precedentes judiciais<sup>61</sup>, porque

a *ratio decidendi* é, todavia, essencial ao precedente judicial – tese jurídica afirmada em determinado julgado, mas passível de aplicar-se em outros feitos nas mesmas condições. Eis um ponto de asfixia do uso útil dos precedentes judiciais. Sem a explicitação e a análise dos motivos do pronunciamento não é possível, racionalmente, decidir se a tese jurídica aplica-se, ou não, a outras causas, nem o ato apresentará motivação suficiente (art. 489, § 1.º, V).<sup>62</sup>

O regime de precedentes, portanto, sofisticada e complica<sup>63</sup> o trabalho não só dos juízes, mas dos advogados também.<sup>64</sup> Assim,

<sup>57</sup> Nunes & Bahia, 2013.

<sup>58</sup> Nogueira, 2014.

<sup>59</sup> Nogueira, 2014.

<sup>60</sup> Nogueira, 2014.

<sup>61</sup> Maranhão, 2016b.

<sup>62</sup> Assis, 2015b, n. 2143.1.

<sup>63</sup> Nunes & Bahia, 2013.

<sup>64</sup> Kerr (2007) explica que, no julgamento do sistema norte-americano, “os advogados, e não os juízes, têm o papel principal ao enquadrar as questões contidas nos casos” identificando os precedentes e princípios aplicáveis,

Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação [...]. pensar que o uso de súmulas e similares poupará o julgador do trabalho hermenêutico é tão inocente quanto a crença dos exegetas de que a lei, sendo geral e abstrata e uma vez positivada num texto, proporcionaria igual sucesso.<sup>65</sup>

Como asseveram Marinoni, Mitidiero e Arenhart,

Trabalhar com precedentes significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fático-jurídicas que nela recaem. Por essa razão, trabalhar com precedentes não significa de modo nenhum simplesmente alinhar julgados – condensados ou não em súmulas – sem individualizar as suas origens, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto.<sup>66</sup>

De modo que, para assegurar a funcionalidade do novo sistema, é preciso abandonar, ou reprimir,

as várias formas de “abuso de citação” da jurisprudência, que vão desde a citação de longas listas de decisões selecionadas aleatoriamente com o simples fim de impressionar o leitor, até a omissão de decisões contrárias, a citação de decisões não relevantes para o caso em espécie, até a citação de sentenças inexistentes. Esses abusos não são incomuns e se baseiam na esperança de que o juiz e a outra parte não realizem as verificações pertinentes.<sup>67</sup>

Isso requer que as partes, ou seja, seus advogados, se ocupem de realizar, nas petições, a tarefa de cotejo analítico entre o caso debatido e os precedentes que invocam, ou que pretendem repelir.

Não são, portanto, apenas os Juízes e os tribunais que deverão observar a *ratio* dos precedentes [...]. No ideário de processo cooperativo e informado pelo boa-fé do novo CPC [...], as partes e seus advogados também têm idêntico dever, o que torna o ato de demandar exercício de enorme responsabilidade pessoal, profissional e social.<sup>68</sup>

O uso de um precedente “apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos”, pois os enunciados de súmulas ou acórdãos “não surgem do nada. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus

---

razão porque a remuneração deles é proporcional à habilidade que demonstram em articular seus argumentos nesse enquadramento.

<sup>65</sup> Nunes & Bahia, 2013.

<sup>66</sup> Marinoni & Mitidiero, 2008, p.493-494.

<sup>67</sup> Taruffo, 2014.

<sup>68</sup> Gajardoni, 2016.

fundamentos [...] e as potenciais identidades com o atual caso concreto.”<sup>69</sup> A tarefa de exame analítico da analogia entre os precedentes e o caso em exame, bem como a de sustentar a distinção ou superação do precedente, não pode ser, no sistema do NCPC, exclusiva do juiz:

Seja qual for a sistemática adotada, o fato é que a aplicação do Direito, hoje, tem de ser justificada discursivamente. Não nos basta apenas citar a autoridade de uma lei (geral e abstrata) ou de um precedente ou súmula (também tomados de forma abstrata) apenas em razão da “autoridade” que lhes deu origem; da mesma forma que não basta simplesmente citar uma lei para fundamentar uma sentença, o mesmo se dirá sobre apenas citar uma Súmula.<sup>70</sup>

Em suma, o precedente não pode ser usado como se fosse uma “âncora facilitadora do julgamento”<sup>71</sup>, pois

trabalhar com julgados e precedentes torna o direito mais sofisticado e induz um ônus argumentativo mais consistente dos intérpretes e dos aplicadores. Não pode representar uma mera simplificação metodológica mediante aplicações mecânicas de argumentos para esvaziar escaninhos a qualquer custo.<sup>72</sup>

Quando a doutrina ensina que “a aplicação do Direito, hoje, tem de ser justificada discursivamente”, essa lição tem de ser entendida em contexto com aquela outra, antes vista, de que juiz e partes, no NCPC, integram uma comunidade de trabalho de tipo cooperativo: o processo justo, a decisão justa, a efetividade, o contraditório, são objetivos a serem construídos coletiva e cooperativamente a partir da divisão do trabalho conjunto e paritário, feito no e por meio do diálogo.<sup>73</sup>

Contradiria a visão paritária, de igualdade de *status* e importância entre juiz e partes, que o NCPC estatui, qualquer entendimento que afirmasse que no diálogo processual alguns temas são privativos do juiz. Nenhum é: tudo o que for relevante para construção da solução justa é matéria comum de todos os integrantes da comunidade de trabalho. Dessa forma, não cabe dizer que é função privativa ou exclusiva do juiz cotejar analiticamente o caso em exame com os precedentes apenas mencionados de passagem, mecanicamente, pelas partes. A estas compete, tanto quanto compete ao juiz, realizar o trabalho reconstrutivo do Ordenamento e do

<sup>69</sup> Nunes & Bahia, 2013.

<sup>70</sup> Nunes & Bahia, 2013.

<sup>71</sup> Fernandes, 2015.

<sup>72</sup> Streck, 2016e.

<sup>73</sup> Assis, 2015a, n.610. Marinoni, Arenhart & Mitidiero, 2015, n.2-5.



caso, atuar na construção argumentativa da racionalidade da decisão, ajudar a justificá-la discursivamente dentro de um compromisso com a densidade argumentativa. Por isso se pode dizer que

[...] há ainda que se fazer uma importante observação no tocante à atuação dos advogados. É de suma importância que os operadores do direito conheçam os precedentes e a jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores. É que os fundamentos jurídicos serão buscados prioritariamente nas decisões judiciais. Como primeiro juiz da causa, caberá ao advogado indicar ao julgador o precedente a ser aplicado, demonstrando, obviamente, a semelhança entre o caso submetido a julgamento ou, se for o caso, a distinção entre o paradigma apontado e o caso concreto.<sup>74</sup>

Por isso, tem razão o advogado Marcelo Pacheco Machado ao afirmar que:

agora, a questão é: e a parte (e seu patrono) pode continuar a litigar preguiçosamente, com base no “ementismo”? Muda para o juiz, mas não muda nada para as partes e advogados? (...) Entendemos que não! O surgimento deste dever específico de motivação para o juiz pressupõe a maturidade no contraditório para parte, imposta pela noção de processo cooperativo (Novo CPC, artigo 6º) [...] Caso a parte alegue dezenas de ementas, sem fazer qualquer sorte de ‘cotejo analítico’ entre precedente e caso concreto, o juiz estará simplesmente autorizado a afastar a incidência dos precedentes sem qualquer fundamentação. Não precisará seguir os incisos V e VI do § 1º do art. 489. O descumprimento do ônus argumentativo da parte exige o juiz de fundamentar a recusa do precedente. [...] O juiz e as partes são sujeitos do contraditório e, portanto, deve haver simetria nos encargos estabelecidos relativamente ao diálogo processual. Não faz sentido se exigir motivação do juiz se, antes, o contraditório não tenha se estabelecido relativamente a estas circunstâncias, cabendo – não apenas ao juiz, mas também às partes e aos advogados – uma significativa mudança de postura frente à argumentação pautada em precedentes.<sup>75</sup>

Aderimos a esse entendimento. Entre partes e juiz não há hierarquia, e nenhum deles têm, no processo, posição destacada ou superior. De forma que a regra de isonomia justifica afirmar que, se é inválido o ato do juiz que “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” (art. 489 § 1º V), é também inválido (inepto, no caso) o ato do advogado que comete a mesma conduta. Isonomia consiste em tratar igualmente aos iguais, naquilo em que são semelhantes, e embora seja certo que no processo

<sup>74</sup> Donizetti, 2015.

<sup>75</sup> Machado, 2015.

juiz e advogado têm funções distintas, esta função eles têm em comum: a de construir argumentativa e racionalmente a solução justa, num trabalho cooperativo (NCPC art. 6º).

Nisso, eles são iguais. Então, nesse ponto, têm de ser tratados igualmente. Portanto, é inepta a petição que a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) 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; f) 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.

Como ensinava Calmon de Passos, “a inicial é o projeto da sentença”<sup>76</sup>, e nos termos da comunidade de trabalho instituída pelo NCPC a resposta do réu integra também esse projeto; e, de toda sorte, se a parte projeta uma sentença que siga a diretriz de um determinado precedente, tem de contribuir com a demonstração da similaridade de fundamentos justificadora da observância do precedente.

A essa inépcia, acima explicada, da petição que invoca precedente ou súmula sem realizar a demonstração analítica da analogia com o caso presente, corresponde um poder dever do juiz, que é o de conceder à parte a oportunidade para emendar a peça, apresentando o cotejo analítico, de forma a exercer o seu direito de influência na formação da solução do caso. Se, todavia, a parte opta por renunciar ao exercício do seu direito de influência, descumprindo o ônus de alegar, o ônus de debater e contribuir, na forma do art. 6º, para a construção argumentativa da solução justa, ao juiz cumpre ignorar o acórdão ou súmula invocados.

Não lhe cabe, como dito antes, se autoinfluir para assegurar a materialização do direito de influência da parte omissa; nem lhe é facultado inserir na decisão, de ofício, os fundamentos que autorizariam a adoção do precedente, sob pena de, ao fazê-lo, surpreender a

<sup>76</sup> Calmon de Passos, 1983, p.184-185.

outra parte, que não teve ensejo de se defender do que o adversário não quis alegar. Como dito, o direito de influir é aniquilado se o seu titular não cumpre o ônus de debater.

O que se defende aqui não é de todo novo no discurso jurídico brasileiro, pois que os tribunais superiores, há muito, definiram a existência de um princípio da dialeticidade, que os autoriza a ignorar a postulação que faz alegações genéricas para impugnar um julgado, ou não faz cotejo analítico entre os julgados que afirma discordantes.<sup>77</sup> É disso que se trata: se há um ônus de dialogar, de participar efetivamente da construção coletiva da solução do caso, quem voluntariamente se alija do diálogo descumpra um ônus. E se dialogar é um ônus, omitir-se no diálogo deve produzir alguma consequência prejudicial ao omissor. Caso contrário, não se trataria de um ônus.

Assim, entender que a omissão da parte em alegar concretamente, fundamentando sua pretensão, dentro daquele padrão de “densidade argumentativa que resguarde a racionalidade da decisão judicial”<sup>78</sup>, não produziria para ela qualquer prejuízo, e simplesmente geraria a transferência, para o juiz, de um ônus de autoinfluência, de adivinhar e suprir os argumentos que a parte não quis apresentar, não só implicaria na quebra da isonomia e do tratamento paritário dos litigantes, como negaria vigência ao art. 6º do NCPC, que não figura ali a título de enfeite.

Tratar texto de lei como não escrito é trapaça hermenêutica e ofende a ideia de integridade e coerência do sistema. Se o juiz tem o dever de fundamentar, naquele padrão de densidade criado pelo art. 489 § 1º, as suas participações no processo, a única maneira de dispensar as partes de também fundamentar com igual qualidade as suas participações seria afirmando que elas são meras coadjuvantes, figurantes ou convidadas inconvenientes num processo onde o juiz é o anfitrião-protagonista. Coisa que, como visto, o modelo de processo do NCPC não consente.

É dizer, se é exigível do magistrado que prolate decisões devidamente fundamentadas para que se possa permitir o efetivo contraditório, da mesma forma

<sup>77</sup> Para citar um exemplo, entre milhares: “à luz do princípio da dialeticidade, que norteia os recursos, deve a parte recorrente impugnar todos os fundamentos suficientes para manter o acórdão recorrido, de maneira a demonstrar que o julgamento proferido pelo Tribunal de origem merece ser modificado, ou seja, não basta que faça alegações genéricas em sentido contrário às afirmações do julgado contra o qual se insurge” (AgRg no Ag 1.056.913/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/11/2008).

<sup>78</sup> Nogueira, 2014.

também o é exigível das partes que peticionem tendo por base o mesmo parâmetro, exatamente para permitir o desenvolvimento do processo. Não se consegue jogar um esporte coletivo sem a colaboração dos demais participantes. Ainda que alguns não aceitem o princípio da cooperação no âmbito de uma relação adversária como é o processo judicial, nos parece inegável que o contraditório e a ampla defesa (e, conseqüentemente, o próprio devido processo legal) estarão comprometidos caso as partes não observem esse dever de fundamentação. [...] sem essa fundamentação legítima, o próprio devido processo legal estará comprometido, e o direito de petição (artigo 5º, XXXV, da Constituição) estará sendo utilizado de forma abusiva.<sup>79</sup>

Há, aliás, quem defenda que demandar contra precedente é litigância de má-fé<sup>80</sup>, a não ser que o demandante fundamente a existência de distinção ou superação, “trazendo fundamentos de fato ou de direito relevantes e não considerados no julgamento anterior; ou mostrando que o caso é distinto do dantes julgado”. Parece-nos razoável esse entendimento, a que se deve acrescentar, por analogia e isonomia: se a omissão em fundamentar a petição que contradiz o precedente é antijurídica, também o é a petição que invoca o precedente sem fundamentar. Neste último caso, é claro, não cabe falar em litigância de má-fé. O que não significa que a omissão é inócua: é descumprimento de ônus, que tem consequências processuais.

### CONCLUSÃO

Para concluir, cabe lembrar que a legitimação social da decisão decorre de um consenso, a ser obtido pela via da argumentação racional, de sorte que

o processo é direito fundamental por possibilitar o controle realizado no espaço da contrariedade de ideias (exercício do contraditório) e chegar a um resultado final que não se cinge à legalidade, mas também assegura a legitimidade, pois que democraticamente racionalizado [...]. O consenso é a verdade de um sentido discursivamente construído, o que reforça a ideia de legitimidade, já que no consenso estaria a receptividade e aceitabilidade do enunciado sentencial, mais precisamente a *ratio decidendi*. O consenso no sentido habermasiano que aqui compartilhamos parte do pressuposto de que é preciso uma argumentação real, da qual participem cooperativamente os concernidos. [...] o consenso decorre da intersubjetividade e da possibilidade de, no conjunto das arrumações argumentativas, alcançar a convicção em torno do discurso proferido. [...]. O

<sup>79</sup> Segall, 2016.

<sup>80</sup> Gajardoni, 2016.

precedente judicial deve, pois, seguir esse caminho, ser uma técnica processual a serviço da efetividade e concretização da justiça [...] <sup>81</sup>.

Enfim, a ideia aqui exposta decorre da convicção de que o NCPC não trará evolução para o direito brasileiro nem melhoria do serviço judiciário se for aplicado em contradição com a profissão de fé que o inspira: a de que o processo justo e a solução justa dos litígios são construções coletivas, colaborativas.

Não há como aplicar produtivamente um diploma legal distorcendo a interpretação para contradizer a intenção da lei, especialmente aquela que reside no núcleo mesmo das premissas principais do conjunto de normas, e que representa, por assim dizer, o espírito da lei. Assim, contradizem o código e o desvirtuam, enfraquecendo sua capacidade de solucionar problemas, todas as ideias que derivem da premissa contrária: a de que aprimorar a justiça é problema e trabalho só dos juízes, e aos advogados cabe só o papel menor de espectadores expectantes.

### REFERÊNCIAS

ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? In: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília : Enfam, 2016. ISBN 978-85-7248-184-7.

AMORIM, Karina Albuquerque Aragão de & OERTLI JR., Roberto Batista. Sistema de superação de precedentes e seus efeitos. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016. ISBN 978-85-7248-184-7.

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro* (2015b). Vol. III: Parte Especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro** (2015a). Vol. II: parte geral: institutos fundamentais. São Paulo : RT, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio contraditório e a cooperação no processo**. Publicação original: junho de 2013. Disponível em: <goo.gl/6yxYB8>. Acesso em: 23/10/2016.

---

<sup>81</sup> Nogueira, 2014.



DIDIER Júnior, Fredie, et al.. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 8ª ed.. Salvador: Juspodium, 2008.

DIDIER Jr., Fredie & MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. Vitória, maio de 2015. (Incorpora as conclusões dos quatro eventos do Fórum Permanente de Processualistas Civis (Salvador, novembro de 2013; Rio de Janeiro, abril de 2014; Belo Horizonte, dezembro de 2014; Vitória, maio de 2015). Disponível em: <goo.gl/kGs0eP>. Acesso em: 23/10/2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo código de processo civil**. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. n. 175 (jan.-2015). ISSN 1808-4435. Disponível em: <goo.gl/uIPNfY>. Acesso em 17/10/2016.

FERNANDES, Jorge Luiz Reis. **O contraditório no Novo Código de Processo Civil e a proibição da decisão surpresa**. GEN Jurídico, 06.nov.2015. Disponível em: <goo.gl/1E2HRS>. Acesso em: 23/10/2016.

FERRAZ, Taís Schilling. **Os desafios do modelo brasileiro de precedentes**. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília : Enfam, 2016. ISBN 978-85-7248-184-7.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **No novo CPC, demandar contra precedente é litigância de má-fé?** Jota, 15 de Fevereiro, 2016. Disponível em: <goo.gl/kTztD4>. Acesso em:23/10/2016.

KERR, Orin S.. **How to read a legal opinion: a guide for new law students**. The Green Bag Journal of Law, vol. 11, nº 1, 2ª série, outono 2007 (GWU Legal Studies Research Paper No. 414). Wahington : George Washington University Law School. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1160925>. Acesso em 21/10/2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC: precedentes e contraditório**. Publicação original: 23/11/2015. Disponível em: <goo.gl/Fy06zx>. Acesso em: 23/10/2016.

MARANHÃO, Clayton (2016a). **Os graus de vinculatividade dos precedentes no direito brasileiro**. Boletim Amapar Informa, nº 8, agosto/2016. Curitiba : Amapar, 2016. Disponível em: <goo.gl/qaz0cd>. Acesso em: 21/10/2016.

MARANHÃO, Clayton (2016b). **O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo código de processo civil brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro**. Disponível em:<goo.gl/qB3JAU>. Acesso em: 21/10/2016

MARINONI, Luiz Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª Ed., São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 1ª ed. (1ª ed. eletrônica). São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz & MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 2ª ed. eletrônica. São Paulo: RT, 2016, v. 1 (teoria do processo civil).

NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de A.. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2015.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014. Disponível em: <goo.gl/6c8cCJ>. Acesso em: 20/10/2016.

NUNES, Dierle & BAHIA, Alexandre. **Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas**. Rev. TST, Brasília, vol. 79, n. 2, abr/jun 2013, pp. 118-144. Disponível em:<goo.gl/Kclq6p>. Acesso em: 20/10/2016.

NUNES, Dierle. **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, vol. 189, p. 38. São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao CPC**. Rio: Forense, 1983, vol.III.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**. Vol. II: introdução ao processo civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Social Science Research Network, Rochester-NY, 9 Maio 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1836384>. Acesso em: 21/10/2016.

SEGALL, Pedro Machado. **Novo CPC não afetará vida de juízes e advogados que sabem fundamentar**. Conjur, 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <goo.gl/Jf1gRb>. Acesso em: 23/10/2016.



## REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

STRECK, Lenio Luiz (2016b). **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes** - Parte II. Revista Consultor Jurídico, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <[goo.gl/fpltBq](http://goo.gl/fpltBq)> acessado em 18/10/2016.

STRECK, Lenio Luiz (2016c). **Uma tese política à procura de uma teoria do direito: precedentes III**. Revista Consultor Jurídico, 6 de outubro de 2016. Disponível em: <[goo.gl/mXKc4O](http://goo.gl/mXKc4O)>. Acesso em 18/10/2016.

STRECK, Lenio Luiz (2016e). Anexo: complemento da quatrologia sobre precedentes no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de outubro de 2016. Disponível em <[goo.gl/7Lgeda](http://goo.gl/7Lgeda)> acesso em 18/10/2016.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. ISSN 2316-8374. Disponível em <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 19/10/2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.