

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

**OSCAR VALENTE CARDOSO**

**A TRÍPLICE VINCULAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES  
JUDICIAIS: PEDIDOS, PROVAS E PRECEDENTES**

PORTO ALEGRE

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

**OSCAR VALENTE CARDOSO**

**A TRÍPLICE VINCULAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES  
JUDICIAIS: PEDIDOS, PROVAS E PRECEDENTES**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor.

**Orientador: Professor Doutor Danilo Knijnik**

PORTO ALEGRE

2016

*"A lei estabelecida para dirimir o primeiro conflito foi interpretada de duas maneiras,  
e gerou novo conflito."*  
Carlos Drummond de Andrade

*"The law must be stable, but it must not stand still."*  
Roscoe Pound

*"You really can't judge judges, unless you know the materials that they're working with. You can't say 'oh, this is a good decision, this was a good Court' simply because you liked the result; it seems to you that the person who deserved to win won. That's not the business judges are in. We don't sit here to make the law, to decide who ought to win. We decide who wins under the law that the people have adopted, and very often, if you're a good judge, you don't really like the result you're reaching. You would rather that the other side had won, and it seems to you a foolish law. But in this job, it's garbage in, garbage out. If it's a foolish law, you are bound by oath to produce a foolish result because it's not your job to decide what is foolish and what isn't. It's the job of the people across the street."*  
Antonin Scalia

*Res severa, verum gaudium*

## RESUMO

Esta tese constrói uma teoria da fundamentação das decisões judiciais apoiada em uma base normativa, da qual são extraídos três elementos vinculantes que definem, delimitam e limitam os fundamentos dos pronunciamentos judiciais no Brasil, a partir do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): os pedidos, as provas e os precedentes. Investiga os problemas de falta de previsibilidade das decisões judiciais no país e as alterações legislativas realizadas nas últimas décadas que buscaram corrigir as falhas e conferir maior segurança jurídica e isonomia nos julgamentos dos juízes e tribunais, culminando com o novo CPC. Analisa de que modo a lei, em sentido amplo, estabelece a vinculação da fundamentação pelos elementos referidos.

Palavras-Chave: Decisão Judicial; Fundamentação; Sistemas de Valoração de Provas; Precedentes Judiciais; Novo Código de Processo Civil.

## **ABSTRACT**

This research develops a theory of judicial reasoning on a normative basis, with three binding elements that define, delimit and limit the grounds of judicial decisions in Brazil, from the new Civil Procedure Code (Act nº 13.105/2015): claims, evidences and precedents. It also investigates the lack of foreseeability on brazilian courts opinions and the recents legislative changes that sought to correct what is considered faulty and to provide certainty and equality in the judgments, until the new Civil Procedure Code. Analyzes how the law, in a broad sense, establishes the binding effects of those elements.

Keywords: Judicial Decision; Reasoning; Evidence Valuation System; Judicial Precedents; New Civil Procedural Code.

## **RIASSUNTO**

Questa ricerca svolge una teoria della motivazione delle decisioni giudiziali, su una base normativa, con tre elementi vincolanti che definiscono, delimitano e limitano i motivazioni delle decisioni giudiziali in Brasile, dal nuovo Codice di Procedura Civile (Legge n° 13.105/2015): le ragioni e conclusioni della domanda, le prove e i precedenti. Eppure, indaga i problemi di mancanza di prevedibilità delle decisioni giudiziarie nel paese e delle nuove leggi negli ultimi decenni che hanno cercato di correggere i problemi e di offrire la certezza del diritto e l'uguaglianza nei provvedimenti giudiziari.

Parole Chiave: Decisione Giudiziale; Motivazione; Sistemi di valutazione delle prove; Precedenti Giudiziari; Nuovo Codice di Procedura Civile.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1. PEDIDOS – A CONGRUÊNCIA JUDICIAL AOS PEDIDOS E AOS SEUS FUNDAMENTOS: FUNDAMENTAÇÃO E CONTRADITÓRIO</b>	19
1.1. Os Pedidos Como Marcos Limítrofes das Fronteiras da Decisão Judicial	21
1.1.1. Congruência, Adstrição, Asserção e Demanda: Distinções Necessárias	28
1.1.2. Vícios de Congruência na Decisão Judicial	31
1.1.3. Incongruências: Exceções à Congruência	33
1.2. Quem Pede: Partes e Participantes	35
1.2.1. Partes	36
1.2.2. Participantes: Terceiros	37
1.2.3. Participantes: <i>Amicus Curiae</i>	40
1.2.4. Participantes: Audiências Públicas	47
1.3. O Contraditório como Delimitador e Limitador da Fundamentação	55
1.4. A Congruência Ampliada: <i>Causa Petendi</i> e Fundamentação	71
1.5. Síntese Conclusiva sobre os Reflexos dos Pedidos Sobre a Fundamentação	74
<b>2. PROVAS – A VALORAÇÃO E A VINCULAÇÃO JUDICIAL DAS PROVAS</b>	77
2.1. Direito Fundamental à Prova: Aspectos Teóricos e Normativos	78
2.2. Hierarquia de Provas e Standards Probatórios	91
2.3. Sistemas de Valoração das Provas: Aspectos Históricos	96
2.4. Sistemas de Valoração das Provas: Aspectos Teóricos	101
2.4.1. Ordálias	103
2.4.2. Tarifação Legal	104
2.4.3. Livre Convencimento Judicial	109
2.4.4. Livre Convencimento Judicial Motivado	111
2.4.5. Convencimento Judicial Motivado	117

2.4.6. Direito Comparado	123
2.5. Síntese Conclusiva sobre os Reflexos das Provas Sobre a Fundamentação	126
<b>3. PRECEDENTES – A VINCULAÇÃO JUDICIAL DA FUNDAMENTAÇÃO PELA FUNDAMENTAÇÃO</b>	133
3.1. <i>Stare Decisis</i> : Características e Peculiaridades	137
3.2. Precedentes Judiciais: Aspectos Teóricos	140
3.2.1. <i>Ratio Decidendi</i>	153
3.2.2. <i>Obiter Dictum</i>	157
3.2.3. Eficácia do Precedente	159
3.2.4. Técnicas de Afastamento dos Precedentes	169
3.2.4.1. A Diferenciação do Precedente ( <i>Distinguishing</i> )	172
3.2.4.2. A Superação do Precedente ( <i>Overruling</i> )	174
3.2.4.3. <i>Overruling x Overriding x Modifying x Transformation x Signaling</i>	184
3.3. Precedentes Judiciais no Brasil: Aspectos Histórico-Normativos	187
3.3.1. Súmula de Jurisprudência	193
3.3.2. Súmula Vinculante	201
3.3.3. Controle Concentrado de Constitucionalidade	206
3.3.4. Controle Difuso de Constitucionalidade	209
3.3.5. Controle Difuso de Constitucionalidade e Suspensão da Execução da Norma pelo Senado Federal	221
3.3.6. O Sistema de Precedentes no Novo CPC	224
3.3.6.1. Conversibilidade entre Recursos Especiais e Extraordinários	228
3.3.6.2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	230
3.3.7. Superação de Precedentes no Brasil	241
3.4. Síntese Conclusiva sobre os Reflexos dos Precedentes Sobre a Fundamentação	252
<b>4. A TRÍPLICE VINCULAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: RAZÃO DA FORÇA OU FORÇA DA RAZÃO?</b>	257
4.1. Os Caminhos da Fundamentação: Escritas Retas por Linhas Tortas ou Escritas Tortas por Linhas Retas?	257
4.2. Ela, a Sentença, Vista Pelo Sentenciante	265
4.3. A Legitimidade Pela Fundamentação	268

4.4. A Fundamentação das Decisões Judiciais no Processo Civil Brasileiro	279
4.5. Os Quatro Aspectos da Fundamentação	284
<b>CONCLUSÕES</b>	313
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	320

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de teorias da fundamentação da decisão judicial trouxe a vantagem da especialização e do incremento de um conhecimento voltado para o estudo de determinados atos judiciais. Contudo, atraiu consigo a desvantagem do risco de isolamento, da falta de comunicação com os demais ramos jurídicos e até mesmo com outros institutos de direito processual.

Nesse sentido, a título exemplificativo, há no Brasil normas infraconstitucionais que não observam de forma adequada o art. 93, IX, da Constituição (o direito processual ignorando o direito constitucional), como o art. 46 da Lei nº 9.099 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Estadual), que dispensa a fundamentação nos acórdãos das Turmas Recursais.

Na fábula “*The Blind Men and the Elephant*” (“Os Cegos e o Elefante”), o poeta estadunidense John Godfrey Saxe, inspirado por um antigo conto hindu, conta que um grupo de seis homens com deficiência visual foi conhecer um elefante<sup>1</sup>. Porém, cada um encostou em uma parte diferente do animal: a barriga, as presas, a tromba, o joelho, a orelha e a cauda. Por isso, todas as descrições foram diferentes: para o primeiro o elefante seria similar a um muro, para o segundo a uma lança, para o terceiro a uma cobra, para o quarto a uma árvore, para o quinto a um leque e para o sexto a uma corda. Isso causou uma discussão insolúvel: todos descreviam apenas a parte que tinham apalpado e discordavam da descrição feita pelos demais; todos estavam parcialmente certos, mas também parcialmente errados.

Estudar (e tentar definir) a fundamentação da decisão judicial de forma isolada é o mesmo que tocar a tromba do elefante: não é equivocado afirmar que a sentença é um ato do juiz que se enquadra em uma das situações prevista nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (definição do art. 162, § 1º, do mesmo CPC), ou que observa a definição de conteúdo e função prevista no art. 203, § 1º, do novo CPC (Lei nº 13.105/2015), em conjunto com os arts. 485, 487 e 489. Contudo, são definições incompletas, porque ignoram todos os atos que a precederam, o processo em que está inserida e os reflexos que produzirá naquele e nos processos

---

<sup>1</sup> Conforme os versos iniciais: “It was six men of Indostan / To learning much inclined, / Who went to see the Elephant / (Though all of them were blind), / That each by observation Might satisfy his mind”.

futuros (entre as mesmas partes ou sobre o mesmo tema), além da efetivação do direito material.

Pretende-se, nesta pesquisa, abranger o elefante inteiro, ou seja, desenvolver uma teoria que permita uma compreensão adequada e completa da fundamentação das decisões judiciais no país, levando-se em conta inclusive as modificações realizadas pelo novo Código de Processo Civil. E, para atingir esse fim, três elementos principais serão examinados: os pedidos, as provas e os precedentes, e de que forma eles definem os pronunciamentos dos juízes.

Busca-se construir uma teoria jurídica da fundamentação da decisão judicial, que não se confunde com as teorias da interpretação e da argumentação. Em outras palavras, não se aspira filosoficamente atingir a “verdade real” por meio da fundamentação, tampouco se chegar a uma “escolha correta” (única ou uma entre algumas possíveis) por meio da fundamentação. O que se almeja é a estrutura da fundamentação judicial, a construção de uma fundamentação (formal e materialmente) adequada e completa: por que e por quem ela é elaborada, em que momento e quais os requisitos (forma) e conteúdo mínimo que devem ser observados.

O problema de pesquisa parte da opção, por parte da legislação processual brasileira, de (em regra) conferir ao juiz o poder de tarificação posterior das provas. Nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. De modo similar, o art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Essa liberdade foi consideravelmente restringida pelo novo CPC, que propositadamente (e de forma simbólica) retirou a expressão “livre” ou “livremente” de todos os dispositivos que tratam da valoração da prova pelo juiz. Por essa razão, o art. 371 do NCPC preceitua que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Esse poder discricionário do juiz (ainda que limitado) prejudica a previsibilidade da fundamentação, tanto na forma, quanto no conteúdo, o que afeta igualmente o seu controle, interno e externo.

A base normativa da pesquisa levará em consideração a fase de transição vivida pelo processo civil brasileiro na atualidade: pouco mais de 40 anos após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73), o Congresso Nacional aprovou no final de 2014 um novo CPC, sancionado pela Presidente da República em 16 de março de 2015 (Lei nº 13.105/2015), que passou a vigorar em todo o território do país em 18 de março de 2016<sup>2</sup>. Trata-se do terceiro Código em um período de aproximadamente 75 anos, ou, pode-se afirmar ainda que é a quarta lei geral que rege o direito processual cível no país, considerando que o CPC/73 foi alterado por mais de 70 leis e passou por grandes reformas de 1994 a 2006 que produziram um novo Código (Código Buzaid / Código reformado).

Com vistas a atingir respostas para o problema, a tese terá quatro eixos teóricos principais: a congruência, a valoração judicial das provas, a formação (e a superação) dos precedentes judiciais, e, por fim, como marco unificador dos anteriores, a fundamentação das decisões judiciais.

Para alcançar os objetivos propostos, o primeiro capítulo será destinado ao pedido, buscando demonstrar de que forma os pedidos apresentados por autor e réu (e outros sujeitos processuais) limitam a atuação do juiz no processo e, principalmente, a fundamentação de sua decisão (congruência entre causa de pedir, pedido e fundamentação). Isso fica mais claro com o novo CPC, que estabelece balizas claras para a decisão judicial, estabelecidas não apenas pela fundamentação, mas também pelo

---

<sup>2</sup> A data da entrada em vigor do novo CPC gerou polêmica doutrinária, especialmente entre os dias 16, 17 e 18 de março de 2016. O art. 1.045 dispõe que “Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”. O NCPC foi promulgado no dia 16 de março de 2015 e publicado no Diário Oficial da União no dia 17 de março de 2015. Como visto, existem três entendimentos diferentes sobre o fim do período de vacância e o dia da entrada em vigor. Para o primeiro, corresponde ao dia 16 de março de 2016, por contar esse prazo em dias e, considerando que o ano de 2016 é bissexto, logo, o intervalo de 365 dias se completa no dia 15 de março e o NCPC entra em vigor no dia seguinte. Para a segunda corrente será o dia 17 de março de 2016, que se baseia em uma interpretação literal da norma, ao considerar como completado o ano no mesmo dia e mês do ano subsequente. Por fim, defende-se que a vigência do NCPC inicia em 18 de março de 2016, considerando as regras da Lei Complementar nº 95/98, que trata do processo legislativo e prevê, no art. 8º, § 1º, que deve ser excluído o dia final, com a entrada em vigor no dia seguinte: “§ 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral”. Optou-se por utilizar nesta tese o dia 18 de março, também adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho Nacional de Justiça como o termo inicial da vigência, o que, na prática, levou os demais tribunais a observá-lo.

contraditório, a cooperação, a publicidade e a participação de outros sujeitos processuais que dialogam com o juiz e as partes e influenciam a decisão.

O segundo capítulo trata do direito probatório, com foco especial na influência das provas sobre a fundamentação da decisão judicial e quais os limites por elas impostos ao julgador (sintetizados na modalidade de valoração judicial das provas adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro). Apesar de ser um tema do direito processual, a teoria da decisão judicial comunica-se com o direito material, especialmente no que diz respeito às normas de direito probatório (que são regulamentadas pelos direitos material e processual, no Código Civil e no Código de Processo Civil). Em outras palavras, direito probatório e fundamentação das decisões judiciais contêm normas e existência próprias, que se modificam e evoluem de forma independente, mas também se comunicam entre si. Por isso, apesar de a teoria da decisão judicial ter normas específicas de regulamentação da fundamentação (requisitos formais, vedações etc.), é influenciada por outras normas, inclusive aquelas de direito material sobre provas. Apesar disso, não se ignora que a decisão judicial (e seu conteúdo) é um ato processual que, em tese, não contém o direito material, mas é por ele influenciado. Várias questões permeiam a relação entre provas e fundamentação, tais como a necessidade – ou não – da tarifação de provas (apesar de ser um fenômeno social, podem ser aplicadas noções matemáticas à resolução de conflitos interpessoais?), a utilização de *standards* probatórios, entre outras. Ainda, ao eleger o sistema do livre convencimento motivado na consideração da prova, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal brasileiros fazem com que o julgador fundamente sua decisão nas provas existentes nos autos, ou seja, necessita justificar sua escolha por determinadas provas, em detrimento de outras. Por isso, o estudo da teoria da decisão judicial também deve ser precedido da análise histórica e conceitual do direito fundamental à prova e dos sistemas de valoração da prova pelo julgador.

O terceiro capítulo aborda os precedentes judiciais no Brasil, tarefa extremamente facilitada pela estrutura criada pelo novo Código de Processo Civil (ao menos em tese), por meio de comparações entre doutrina e prática no país e no exterior, com o fim de destacar as limitações que impõe sobre a fundamentação das decisões judiciais presentes (em processos suspensos até a definição do precedente) e futuras, seja para elaborar, seja para aplicar o precedente (ou, ainda, diferenciá-lo e superá-lo). No direito judiciário brasileiro, a tradição leva os tribunais (inclusive o Supremo

Tribunal Federal) a não levar a sério seus precedentes, tampouco a fundamentar de forma adequada eventual superação. A mudança de um integrante no órgão colegiado pode levar a uma modificação no entendimento da Corte. Contudo, a argumentação utilizada por este novo julgador normalmente se restringe a fundamentar a sua posição sobre a questão controversa, ignorando a necessidade de expor as razões de superação da compreensão do tribunal (ou seja, de órgão colegiado) acerca do tema. A superação (o *overruling*) deve ser precedida de uma justificativa do abandono, total ou parcial, da posição anterior, o que nem sempre é observado. Esse é uma das dificuldades que pode (e deve) ser resolvida pela fundamentação adequada dos pronunciamentos judiciais.

Por fim, o quarto capítulo desenvolve uma teoria da fundamentação da decisão judicial baseada nos temas abordados nos três pontos antecedentes: pedidos, provas e precedentes.

Há, ainda, um elemento oculto que perpassa toda a pesquisa e une os elementos vinculantes: a lei (em sentido amplo), que estabelece previamente o ambiente e as condições para as três vinculações que serão examinadas. É o ordenamento jurídico brasileiro vigente que limita a fundamentação da decisão judicial pelos pedidos e seus fundamentos, que condiciona a valoração das provas pelo julgador à justificação e que estabelece a eficácia vinculante dos precedentes. Diante de sua amplitude, não será abordada especificamente a “supravinculação” legal, mas sim as consequências diretas das três vinculações legalmente estabelecidas para a fundamentação dos pronunciamentos judiciais.

Ressalta-se também que a pesquisa se desenvolve, principalmente, como uma teoria da fundamentação judicial no processo civil brasileiro. Não se desconhecem determinadas peculiaridades existentes na amplitude de normas que compreendem todo o processo cível (ou seja, não penal) no país, como, por exemplo, as ações coletivas e as ações do controle concentrado de constitucionalidade no STF. Apesar de suas peculiaridades (tais como a ausência de causa de pedir sobre fatos em uma ação direta de inconstitucionalidade), a exigência de fundamentação do pronunciamento judicial persiste e a tese pode, em sua quase totalidade, ser compreendida e aplicada, inclusive no processo penal.

A existência de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988 incidentes sobre o processo condiciona o julgador a observá-los, tanto na condução

processual (juiz natural, contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.), quanto em sua decisão (especialmente a fundamentação e a publicidade).

A função primária de um juiz é a de decidir. É um ato do qual não pode escapar, ao final da fase de conhecimento do processo, ainda que não seja para resolver o mérito. Para evitar arbitrariedades e permitir o seu controle (pelos órgãos judiciais superiores, as partes e a sociedade), as normas legais processuais e da Constituição estabelecem os requisitos mínimos de uma decisão judicial.

No Brasil, o dever de fundamentação das decisões judiciais tem sua base principal no art. 93, IX, da Constituição de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)”. Além de um princípio processual e um dever do julgador, trata-se tanto de um direito individual, que evita abusos e arbítrio do Judiciário, quanto de uma garantia para a Administração Pública, ao criar um mecanismo de controle para que a Constituição e as demais normas jurídicas emanadas do Poder Público sejam devidamente aplicadas.

Pretende-se pesquisar a fundamentação das decisões judiciais, com o suporte do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil, e não apenas sob a perspectiva instrumental, mas também com o auxílio do direito material.

Por exemplo, pode-se afirmar, preliminarmente, que a fundamentação das decisões corresponde ao dever do julgador de justificar a sua escolha por alguma(s) dentre as provas produzidas pelas partes no processo e por alguma(s) dentre as normas jurídicas aplicáveis ao caso (leis e precedentes, principalmente). Esses são, ainda, conceitos incompletos, que dizem respeito a apenas algumas das perspectivas da fundamentação.

Mesmo que o poder do juiz na valoração das provas no processo esteja condicionado à fundamentação das decisões (livre convencimento motivado), isso impede que o julgador aprecie livremente as provas e utilize as normas metodológicas processuais apenas para justificar seu convencimento prévio?

Em outras palavras: a fundamentação é imprescindível, mas, qual fundamentação é obrigatória?

Consequentemente, a pesquisa passará por diversas dificuldades inerentes à análise processual da fundamentação, e buscará superá-las. Diante da ausência de requisitos mínimos (formais e materiais) da fundamentação, pode-se afirmar que o livre

convencimento motivado do juiz se baseia em uma fundamentação livre e imotivada? A fundamentação auxilia o juiz a distinguir a decisão adequada para cada litígio, ou o autoriza a optar por uma entre várias decisões possíveis? Em outras palavras, a fundamentação é somente uma justificativa de escolha? Ou existem limites? Em caso positivo, quais são esses limites (materiais e/ou formais)?

Ainda, o julgador pode decidir de determinada forma com base em fundamentos de astrologia, biologia, física, medicina ou química? Esses argumentos suprem a fundamentação baseada em normas *jurídicas* ou essa é indispensável nas decisões judiciais, sob pena de nulidade?

Ademais, nos processos existem limites formais à busca da correlação entre provas e fatos, razão pela qual nem sempre se atinge a pretendida “verdade”, formal ou material.

Afasta-se previamente o emprego de termos genéricos e imprecisos para justificar os limites da decisão judicial, tais como os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a busca de razões “ocultas” de ordem política, ideológica, econômica, cultural etc. Pretende-se delimitar o tema proposto e não o definir vagamente. Busca-se estudar a questão de forma objetiva e racional (isto é, científica), e não baseada em visões subjetivas (ideológica). Almeja-se abordar, como meios na busca de respostas ao problema posto, as relações (e vinculações) entre pedidos, provas, precedentes e fundamentação.

O objetivo principal da pesquisa não será discutir o problema da racionalidade da decisão judicial, sua aceitação, a busca de uma “resposta correta”, a legitimidade ou a segurança jurídica. Entretanto, essas dificuldades (ao lado de outras relacionadas à teoria da fundamentação da decisão judicial) serão analisadas como meios para atingir os fins pretendidos.

O estudo enquadra-se na Linha de Pesquisa I (Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica), especificamente na Ênfase III (Direito Processual Civil) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

O exame da fundamentação das decisões judiciais e suas relações (e vinculações) com os pedidos, as provas e os precedentes, tem relevância por extrapolar os limites convencionais de análise, que normalmente se restringe (inconscientemente) às fronteiras do próprio sistema processual, deixando de levar em consideração o fato de ele próprio interagir com outros sistemas (principalmente o direito constitucional e o

direito material) e receber (voluntariamente) influências destes, o que afeta seu funcionamento e aplicação.

Acerca da metodologia, recorda-se da lição de Eugen Ehrlich, para quem “o método é tão infinito quanto a própria ciência”<sup>3</sup>. Na busca dos objetivos pretendidos, será usada como base principal a teoria da fundamentação da decisão judicial de Michele Taruffo, exposta no livro “*La motivazione della sentenza civile*”, de 1975, obra essencial (e ainda original) para a compreensão do tema. A partir dela, também serão consultadas como base da pesquisa na doutrina nacional (tais como José Rogério Cruz e Tucci e Maria Thereza Gonçalves Pero) e estrangeira (Tomás-Javier Aliste Santos, Jordi Ferrer Beltrán, entre outros). A principal fonte normativa para a construção pretendida da fundamentação da decisão judicial, além da Constituição brasileira de 1988, será o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que contém grande parte das transformações efetuadas sobre os requisitos e as vinculações da fundamentação das decisões do juiz no processo.

A partir desse marco teórico, será desenvolvido o problema proposto: quais os limites processuais e materiais da fundamentação das decisões judiciais (sob as perspectivas dos três elementos citados) e quais os instrumentos de controle existentes no processo civil brasileiro.

A coleta de dados compreende a abordagem do suporte teórico referido na doutrina nacional e estrangeira (livros, artigos publicados em periódicos e, eventualmente, na rede mundial de computadores), além da regulamentação dos assuntos relacionados com a aplicação da base teórica na Constituição e nas normas infraconstitucionais, e as interpretações que lhes são conferidas na prática, especialmente pelos tribunais brasileiros (e, dentre eles, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça). Ademais, será igualmente desenvolvido o estudo histórico e comparado em determinados assuntos, quando necessários para desenvolver um suporte mais sólido para o exame das normas pátrias.

Consequentemente, a técnica de pesquisa consistirá basicamente na documentação indireta, dividida em fontes primárias (Constituição, leis e decretos, entre outros atos normativos) e secundárias (doutrina e decisões judiciais).

Os métodos de procedimento usados serão: (a) o bibliográfico, apoiado na doutrina; (b) e o estudo de caso, pois as normas e suas interpretações também serão

---

<sup>3</sup> EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 388.

analisadas com fundamento na apreciação de casos julgados por juízes e tribunais pátrios (com a utilização eventual de decisões de órgãos judiciários estrangeiros e internacionais).

Acerca da pesquisa histórica que será feita neste trabalho, alguns esclarecimentos são necessários para nortear o estudo. Existe uma tendência de se usar a visão atual para analisar fatos passados, ignorando a leitura dos doutrinadores e das decisões judiciais da época. Ainda, a História não é um sinônimo de dogmática do passado: deve ser levado em conta que a análise histórica busca recriar um passado que não existe mais e se ter o cuidado de manter a maior neutralidade possível (se possível).

Portanto, a definição histórica e conceitual da fundamentação que será desenvolvida nesta tese olha para o ontem (convencimento interno), o hoje (justificativa) e o amanhã (convencimento externo) da fundamentação das decisões judiciais, desconstruindo o todo em suas partes para conhecê-los e, ao final, reconstruí-la na sua unidade.

## 1. PEDIDOS – A CONGRUÊNCIA JUDICIAL AOS PEDIDOS E AOS SEUS FUNDAMENTOS: FUNDAMENTAÇÃO E CONTRADITÓRIO

A sociedade contemporânea apresenta um número crescente de desafios, riscos, situações inesperadas, especialização de conhecimentos, avanços tecnológicos, internacionalização de relações e de problemas, entre outros eventos que nem sempre são abordados adequadamente ou resolvidos a contento. Independentemente de chamá-la de sociedade de risco, complexa, global (ou outra denominação), o sistema social atual possui diversos subsistemas (Direito, Política, Economia, Cultura, Religião etc.) que se desenvolveram, organizaram-se e especificaram-se de tal forma que passaram a ser autossuficientes e autorreprodutores, tendo cada vez mais uma menor dependência recíproca<sup>4</sup>.

Esse novo contexto produziu reflexos no Direito, que, além de se tornar extremamente complexo e compartimentalizado, passou a conviver com o surgimento de novos direitos derivados de comunicações entre o Direito e outros subsistemas, tais como o Biodireito, o Direito da Informática, o Direito Ambiental, o Direito da Integração etc. Desenvolveram-se, inclusive, subdivisões dentro de ramos jurídicos, como, por exemplo, os Direitos Societários, Falimentar, Creditório e da Propriedade Industrial, integrantes do Direito Empresarial, e até mesmo no Direito Processual Civil, tais como o Direito Probatório, os Sistemas de Valoração de Provas, a Teoria da Decisão Judicial, o Sistema de Precedentes, o Sistema de Julgamento de Casos Repetitivos, entre outros.

Além disso, a tomada de decisões é inerente a uma sociedade complexa, a fim de reduzir as contingências, e torna-se mais frequente na medida em que cresce a complexidade<sup>5</sup>. Essa complexidade no ambiente exige que os sistemas também se tornem complexos e se especializem, por meio da criação de subsistemas, que por sua vez igualmente evoluem e podem produzir novas especializações e subsistemas.

---

<sup>4</sup> Comentando essa evolução, Simone Goyard-Fabre afirma que “(...) a integração social requer um fenômeno de comunicação, múltiplo, complexo, diversificado, que recorre à economia, à política, à ciência, à tecnologia, à arte, à religião e, é claro, ao direito. Mas, nisso, o fenômeno mais importante é que cada um dos ‘subsistemas’ desse tecido social vai-se tornando cada vez mais autônomo a ponto de se *auto-organizar*, isto é, de seguir regras que ele mesmo produz para si mesmo” (GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 220-221).

<sup>5</sup> Sobre o assunto: LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 23.

A fundamentação das decisões judiciais está inserida nesse contexto e, para ser compreendida em sua integralidade, deve ser estudada a partir dos elementos que a influenciam e a constroem.

Neste primeiro capítulo, serão abordados os reflexos e as vinculações dos pedidos e dos fundamentos dos pedidos formulados pelos sujeitos processuais sobre a fundamentação das decisões judiciais<sup>6</sup>. Além de desenvolver um conceito ampliado de pedido (e de seus emissores), também se realça a importância do contraditório, especialmente a partir do delineamento que lhe é dado pelo novo CPC (Lei nº 13.105/2015).

Apesar deste capítulo não se destinar aos precedentes, parte-se da concepção de que o processo não se limita ao ato de tutelar um direito subjetivo (do autor ou do réu), como normalmente é definido (ao menos até a entrada em vigor do CPC/2015). Por essa razão, a decisão judicial é vinculada pelos pedidos, mas não só por eles. Na fundamentação, o julgador também deve resolver a causa de pedir, ou seja, as questões de fato e de direito do caso, que embasarão a solução deste e de todos os outros casos semelhantes. Em outras palavras, a solução de um caso e o caminho que levou a ela (fundamentação) passam a integrar o ordenamento jurídico e servirão de fundamento para outras decisões judiciais.

A norma processual, interpretada e aplicada nos pronunciamentos judiciais, tem uma dupla função: (a) permitir que o direito material possa ser exercido no próprio processo; (b) e definir quais são os limites para esse exercício, no que se assemelha aos limites do direito material<sup>7</sup>.

Em suma, este capítulo é destinado à análise dos *pedidos*, a partir da concepção tradicional e do princípio da congruência, com o objetivo de traçar os limites que os pedidos formulados no processo definem o conteúdo da decisão judicial. Entretanto, não se limita a isso e vai além, construindo um significado ampliado que, como se verá, alarga o significado de pedido, o que impõe um maior esforço argumentativo na fundamentação da decisão judicial.

---

<sup>6</sup> Apesar de a pesquisa se dedicar à teoria da decisão judicial, eventualmente se fará referência à sentença (como espécie de decisão judicial) para abordar temas de maior relevância na primeira decisão de mérito do processo e para exemplificar os temas examinados, o que não importa em desconhecimento ou “esquecimento” dos objetivos principais, relacionados ao gênero.

<sup>7</sup> Nesse sentido: CAPONI, Remo. Autonomia del processo costituzionale: note preliminari. Disponível em:

<[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0171\\_caponi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0171_caponi.pdf)>. Acesso em 07 abr. 2014.

Pretende-se analisar também as influências da participação dos *amici curiae* e da realização de audiências públicas na fundamentação da decisão e na dilatação causada pelo contraditório positivado no novo CPC, que exige não apenas a vinculação aos pedidos, mas também aos *fundamentos dos pedidos*.

### **1.1. Os Pedidos Como Marcos Limítrofes das Fronteiras da Decisão Judicial**

O conceito de pedido no Processo Civil não contém grandes variações ou divergências. Do latim “*petitum*”, o pedido é tradicionalmente conceituado como a pretensão da parte (autora, em regra), a providência que se busca contra a parte contrária para a satisfação do direito material<sup>8</sup>. Decorre da inércia da jurisdição e do princípio dispositivo: sem pedido, em regra, não há tutela jurisdicional. Em síntese, é “(...) o efeito jurídico do fato jurídico posto como causa de pedir”<sup>9</sup>.

O pedido está inserido (ao lado da causa de pedir) nos *elementos objetivos* da ação, que se complementam pelo elemento subjetivo, formado pelas partes e outros sujeitos eventuais. Por essa razão, o pedido também é definido como sendo o objeto da demanda<sup>10</sup>.

Essa concepção não foi modificada pelo novo Código de Processo Civil. Inserido entre os elementos da ação (ao lado das partes e da causa de pedir), como o seu

---

<sup>8</sup> Sobre o conceito de pedido: “*Pedido* (do latim *petitum*), no âmbito do processo civil, constitui vocábulo técnico designativo da pretensão do demandante. Não é possível conceber-se uma ação judicial sem a especificação do pedido, visto ser esse um de seus elementos estruturais” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 786, pp. 57-67, abr. 2001, p. 57). Do mesmo autor: TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 279-280. Ainda: “Pedido, como se sabe, é o veículo da pretensão manifestada pelo autor” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 323). No mesmo sentido: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 175. Do mesmo modo: “O autor, ao exercer o direito de ação e dar início ao processo, quer que, ao seu final, o pedido seja atendido, de forma que o Poder Judiciário decida pela sua procedência e emita, para esse fim, um provimento que resolva a lide, pondo fim à discussão a respeito daquela situação jurídica (...)” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 128). Ainda: “o pedido é o anseio, a aspiração do demandante, de que para aquela parcela da realidade social por ele trazida na demanda e que lhe está sendo prejudicial, seja dada solução conforme ao direito segundo o seu modo de entender” (CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992, p. 97).

<sup>9</sup> DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2006, pp. 165-370.

<sup>10</sup> Com esse entendimento: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

objeto<sup>11</sup>, além de ser um dos requisitos essenciais da petição inicial (art. 282, IV, do CPC/73<sup>12</sup> e art. 319, IV, do novo CPC<sup>13</sup>), o pedido consiste na medida ou providência que a parte requer ao Judiciário.

Sob o aspecto subjetivo, o titular do pedido é tradicionalmente restrito à parte autora. Doutrina e leis processuais usualmente ignoram os demais sujeitos processuais na elaboração da definição do pedido.

Considerando que a causa de pedir abrange os fatos alegados pelo autor e o correspondente fundamento jurídico (art. 282, III, do CPC/73<sup>14</sup> e art. 319, III, do novo CPC<sup>15</sup>), ou seja, a(s) norma(s) incidente(s) sobre a situação fática, conseqüentemente o pedido conterà as implicações dessa correlação<sup>16</sup>.

O pedido é denominado de *bipartido* (ou bifronte), porque se divide, de acordo com as providencias pretendidas nos direitos processual e material, em mediato e imediato (também identificados com o objeto do pedido)<sup>17</sup>, da seguinte forma: (a) o pedido imediato se refere à sentença de mérito pretendida, à espécie de tutela buscada<sup>18</sup>; (b) e o pedido mediato (ou remoto) dirige-se ao bem jurídico pretendido pela parte, que será satisfeito por meio da prestação jurisdicional<sup>19</sup>. Ambos os pedidos são dirigidos ao Judiciário. Em outras palavras, o pedido é bifronte porque abrange a obtenção do provimento jurisdicional e o bem da vida pleiteado, sendo aquela instrumental a esta: pode ser satisfeita somente a primeira pretensão (na hipótese de improcedência do

<sup>11</sup> O § 2º do art. 301 do CPC/73 prevê que “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”. Conteúdo similar tem o art. 337, § 2º, do novo CPC: “§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

<sup>12</sup> “Art. 282. A petição inicial indicará: (...) IV - o pedido, com as suas especificações”.

<sup>13</sup> “Art. 319. A petição inicial indicará: (...) IV - o pedido com as suas especificações”.

<sup>14</sup> “Art. 282. A petição inicial indicará: (...) III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

<sup>15</sup> “Art. 319. A petição inicial indicará: (...) III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

<sup>16</sup> “Da *causa petendi* deve decorrer logicamente o pedido deduzido, isto é, aquilo pretendido alcançar com o processo tanto em termos processuais (pedido imediato), a constituir a forma da *tutela jurisdicional* pretendida (declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva – em qualquer das suas modalidades, executiva *lato sensu* e executiva *stricto sensu*), quanto em termos materiais (pedido mediato), a constituir a pretendida *tutela do direito*. A causa de pedir e o pedido constituem o objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*)” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3).

<sup>17</sup> Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 10. Da mesma forma: ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: RT, 1989, pp. 132-135. Ainda: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 323-324; SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 431.

<sup>18</sup> Por exemplo, na classificação quinária, por meio do pedido imediato se pleiteia uma decisão judicial declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva *lato sensu*.

<sup>19</sup> BERMUDEZ, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, pp. 38-39. Ainda: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

pedido inicial), ambas (quando o pedido é julgado procedente), ou nenhuma (quando o processo é extinto sem resolução de mérito)<sup>20</sup>.

Assim, a tutela processual pretendida corresponde ao pedido imediato, enquanto o direito material que se pretende ver efetivado pela prestação jurisdicional está contido no pedido mediato. Em suma, em regra<sup>21</sup>, o *pedido imediato refere-se ao direito processual e o pedido mediato refere-se ao direito material*.

Por essa razão, a efetivação do direito material é *mediata*, no sentido de que a sua satisfação (mediata) segue o destino da tutela processual concedida (imediata). Entre o pedido de tutela jurisdicional e o resultado (sentença) não há intermediários. Entre o pedido de efetivação do direito material e o resultado (cumprimento da sentença) há um intermediário, que é a tutela processual<sup>22</sup>.

Por exemplo, se o autor pretende a reparação de danos que lhe foram causados pelo réu, o pedido imediato será a *declaração* da existência dos danos e da responsabilidade do demandado, além da sua *condenação* ao pagamento da quantia estipulada para reparar esses danos, enquanto o pedido mediato consistirá no efetivo pagamento.

Na prática, essa distinção não é realizada de forma clara nas decisões judiciais, especialmente em virtude da distinção entre *cognição* e *execução* no processo. Recordar-se que, até a Lei nº 11.232/2005, a execução de títulos executivos judiciais internos se dava em processos autônomo e, mesmo após a reforma e o estabelecimento de um processo sincrético, conhecimento e execução ocorrem em fases distintas, isoladas entre si, com normas próprias e, em regra, sem intersecções (com a exceção principal das tutelas provisórias e dos procedimentos especiais). Consequentemente, normalmente a fase de cognição se destina a dar uma resposta ao pedido imediato, enquanto na fase de execução se dará satisfação ao pedido mediato (o que contém um

---

<sup>20</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 108-109. Ainda: CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 119, pp. 11-34, jan. 2005.

<sup>21</sup> Há exceções a essa definição, sendo a ação rescisória a principal delas, porque pode seus pedidos mediato e imediato dizem respeito ao direito processual.

<sup>22</sup> Ressalta-se que se trata de um meio que não necessariamente será utilizado e o fim almejado nem sempre será alcançado por meio do processo, conforme afirma Calmon de Passos: “A tutela jurisdicional não ocorre, necessariamente, em todo o processo, porquanto embora no processo se *pretenda* obtê-la, prescinde ele de sua efetivação para que exista e se justifique como processo, porque coisas distintas são o *direito ao processo* (direito a resposta do juiz a determinada postulação, mediante sentença) e o *direito ao bem da vida* atribuído a alguém pelo ordenamento jurídico e perseguido mediante o processo” (PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*: arts. 796 a 812. v. X, tomo I. São Paulo: RT, 1984, p. 37).

número cada vez maior de exceções, como ocorre, por exemplo, nas tutelas provisórias da evidência e de urgência antecipada).

Pedido e requerimento são atos postulatórios que não se confundem: (a) o requerimento é uma providência de natureza exclusivamente *processual*, além de ter um cunho residual, porque compreende todos os atos postulatórios não inseridos no pedido; (b) e o pedido destina-se ao bem da vida e à tutela jurisdicional (provisória ou definitiva) pretendidos, logo, tem natureza *processual* (imediata) e *material* (mediata).

Por exemplo, a expedição de carta precatória, a produção de prova pericial ou a oitiva de testemunhas são pleiteadas por meio de um requerimento, enquanto a obtenção de uma tutela provisória da evidência, a declaração de inexistência de uma dívida e a condenação do réu em obrigação de pagar quantia por meio de um pedido.

Não há, entretanto, um rigor com essa diferenciação na técnica legislativa brasileira. Assim é que no CPC/73 se encontram as expressões “requerer” a tutela jurisdicional (art. 2º)<sup>23</sup> e “pedir a juntada de documentos” (art. 482, § 2º)<sup>24</sup>. O novo CPC possui um maior cuidado com o uso do termo apropriado, mas, ainda assim, faz menção equivocada a “pedir certidões” (art. 189, § 1º)<sup>25</sup> e a “requerer (...) a consignação” na ação de consignação em pagamento (art. 539)<sup>26</sup>.

A importância fundamental do pedido está na limitação e na delimitação da controvérsia (e, conseqüentemente, dos pronunciamentos judiciais e de suas fundamentações)<sup>27</sup>. A delimitação está na *definição das fronteiras do processo*, enquanto a limitação reside na *restrição da prestação jurisdicional*. Os pedidos das

---

<sup>23</sup> “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

<sup>24</sup> “§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos”.

<sup>25</sup> “§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores”.

<sup>26</sup> “Art. 539. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida”.

<sup>27</sup> A doutrina não realiza essa distinção entre limitação e delimitação, mas utiliza esses conceitos como sinônimos. Por exemplo: “O pedido limita a lide e sobre ela deverá o julgamento incidir com força de definitividade, de tal forma que a regulamentação do caso concreto adquire força de lei dentro daquela limitação traçada. (...) A limitação objetiva da lide encontra-se no pedido que, por isso mesmo, vai com ela identificar-se. O juiz decide a lide nos limites em que foi proposta (art. 128) e não pode proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (art. 460)” (SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 428-429). Ainda, sobre a limitação da sentença pelo pedido: CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 119, pp. 11-34, jan. 2005.

partes definem as fronteiras do processo e o conteúdo da decisão judicial. *A limitação é consequência da delimitação.*

Por exemplo, ao pedir a revisão de um contrato, o autor especifica o contrato e as cláusulas que pretende revisar. Na sua contestação, em regra, o réu deverá defender a validade dessas cláusulas contratuais, não tendo o ônus de se manifestar acerca de outras disposições do contrato ausentes na causa de pedir e no pedido inicial<sup>28</sup>. Por sua vez, os juízes que proferirão decisões neste processo, em todas as instâncias, estão limitados a decidir sobre as cláusulas contratuais indicadas na petição inicial e os pedidos formulados pelas partes (e eventuais terceiros e outros sujeitos processuais). Salvo exceções de questões que podem ser conhecidas de ofício (e levar à extinção do processo sem resolução de mérito ou, no mérito, a decidir em favor do pedido de uma parte ainda que ela não tenha se manifestado sobre o fundamento utilizado pelo julgador), *o juiz só pode se movimentar no caminho traçado pelas partes.*

Outra mudança relevante promovida pelo NCPC diz respeito à alteração do pedido (e da causa de pedir). O art. 294 do CPC/73, após ter sua redação modificada pela Lei nº 8.718/93, previa que “antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”. Com base nessa norma, permitia-se o aditamento do pedido: (a) até a citação do réu, independentemente do consentimento deste; (b) e após a citação, desde que com a anuência do réu. Em complemento, o art. 321 do CPC/73 impedia a alteração do pedido e da causa de pedir após a citação, mesmo com a revelia do réu. Eventual mudança deveria ser sucedida por nova citação<sup>29</sup>.

O art. 329 do novo CPC aprimora a redação e deixa claro que *a causa de pedir e o pedido* (não mais somente o pedido) podem ser *alterados e aditados* (ou seja, modificados e acrescentados por outros): (a) até a citação do réu, independentemente do consentimento deste; (b) e após a citação, desde que com a anuência do réu, tendo como

---

<sup>28</sup> Excepcionalmente o novo CPC permite a ampliação *objetiva e subjetiva* pelo réu, na reconvenção, que deve ser apresentada na mesma petição da contestação: “Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. (...) § 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro. § 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro”.

<sup>29</sup> “Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias”.

marco final o saneamento do processo<sup>30</sup>. Ainda, essas normas se aplicam também à reconvenção (parágrafo único do art. 329).

Consequentemente, observados o contraditório e o consentimento expresso da parte contrária, admite-se a modificação das causas de pedir e dos pedidos por autor e réu, em princípio, até o saneamento do processo. Como se verá adiante, essa estabilização da demanda pode ser quebrada em hipóteses excepcionais (especialmente pelo ingresso de terceiros).

Diante de seus requisitos (especialmente dos pedidos), não é exagero afirmar que *a petição inicial é um projeto da sentença*: é aquela que (complementada especialmente pela contestação do réu) define a abrangência desta. Entretanto, a sentença, o julgamento antecipado (parcial ou total) do mérito, o acórdão e outras decisões interlocutórias que resolvem os pedidos não se vinculam apenas à petição inicial<sup>31</sup>. Os pedidos do réu, de terceiros, do Ministério Público e de outros sujeitos processuais também influenciam e até mesmo vinculam a decisão do órgão julgador.

Acrescenta-se a esses argumentos o de que também é requisito da petição inicial a juntada dos documentos indispensáveis à propositura da ação, que são aqueles necessários para a análise do mérito (art. 320 do NCPC)<sup>32</sup>. Alguns documentos não são apenas meio de prova, mas constituem o principal fundamento da análise jurídica da demanda e, por si só, podem afastar outros meios de prova (por exemplo, em uma ação de retificação de registro, deve ser apresentado o documento a ser corrigido, que não pode ser suprido por outro meio de prova).

Ainda assim, há na prática do Judiciário brasileiro o reconhecimento (e o exercício pelos juízes) de uma ampla liberdade dentro desses limites: o juiz é vinculado pelos pedidos, mas não se vincula pelos fundamentos. Contudo, o contraditório forte ou participativo amplia a *vinculação da fundamentação aos fundamentos*, ou seja, da fundamentação da decisão judicial aos fundamentos dos pedidos das partes, conforme se verá no ponto 1.3 deste Capítulo.

---

<sup>30</sup> “Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir”.

<sup>31</sup> Sobre o tema: COUTURE, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 64. Com o mesmo entendimento, a partir da obra de Eduardo Couture: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Pedido genérico e projeto de sentença. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 295-342.

<sup>32</sup> “Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

Como principal consequência da delimitação, o processo *caminha* de acordo com os pedidos. Já como reflexo fundamental da limitação da fundamentação pelo pedido, *o juiz não pode decidir aquém, além ou fora dos pedidos das partes*.

É por essa razão que, ainda que de modo limitado, o inciso I do art. 269 do CPC/73 prevê que o mérito é resolvido “quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor”. De forma um pouco mais ampla (mas ainda insuficiente), o inciso I do art. 487 do novo CPC dispõe que há resolução de mérito quando o julgador “acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção”. Portanto, ao julgar o mérito o juiz *responde* aos pedidos do autor e do réu (e de outros sujeitos eventuais do processo), acolhendo-os ou rejeitando-os.

Levando-se em conta a inércia da jurisdição e o princípio da congruência positivado nos arts. 128 e 460 do CPC de 1973 e nos arts. 141 e 492 do novo CPC (correspondência entre pedido, causa de pedir e sentença)<sup>33</sup>, o pedido do autor é balizador da sentença judicial e deve ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação e em atendimento ao princípio da boa-fé (art. 322 do novo CPC)<sup>34</sup>, o que, evidentemente, reflete no conteúdo daquela<sup>35</sup>. Ao lado dos pedidos do autor, os pedidos do réu (e de eventuais outros sujeitos do processo, como terceiros e Ministério Público) completam a lide, delimitam e limitam a decisão judicial<sup>36</sup>.

Para a compreensão adequada do tema, faz-se necessária a distinção entre os princípios da congruência, adstrição, asserção e demanda, o que merece um tópico à parte.

---

<sup>33</sup> Nos termos do art. 128 do CPC/73: “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. No novo CPC: “Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Ainda, no CPC/73: “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. No novo CPC: “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

<sup>34</sup> “Art. 322. O pedido deve ser certo. (...) § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”. O art. 293 do CPC de 1973 dispunha de forma diversa e previa a interpretação *restrita* dos pedidos: “Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

<sup>35</sup> “A imposição legal ao juiz de interpretação restritiva do pedido significa, em outras palavras, a proibição de interpretação extensiva, ampliativa ou analógica, valendo, portanto, aquilo que o autor expressa e literalmente pediu e não aquilo que quis pedir” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 405).

<sup>36</sup> “Além dos requisitos próprios do ato sentencial, o sistema vincula o juiz aos fatos e aos pedidos formulados pelas partes, (...)” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 230). No mesmo sentido: “(...) o pedido concentra todo o objeto litigioso, eclipsando tanto o *fato* quanto o *direito*” (LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 137).

### 1.1.1. Congruência, Adstrição, Asserção e Demanda: Distinções Necessárias

A vinculação causada pelos pedidos sobre a fundamentação, delimitando o seu conteúdo e limitando a atividade do julgador, integra o conteúdo de um princípio do processo civil. Entretanto, não há um rigor na definição desse princípio, que recebe várias denominações: congruência, adstrição, asserção e demanda. Pretende-se, neste tópico, definir e distinguir tais conceitos, a fim de prosseguir no exame da vinculação da fundamentação aos pedidos.

Como ponto de identidade, todos os conceitos dizem respeito ao alcance das decisões judiciais. O dissenso e os equívocos ocorrem no momento de apontar as diferenças entre cada um, o que se fará neste tópico.

Em primeiro lugar, a congruência é melhor compreendida a partir de seus elementos. Subdivide-se inicialmente em duas perspectivas: (a) externa, que diz respeito às vinculações exteriores que limitam a decisão judicial e compreende os aspectos objetivo e subjetivo; (b) e interna, consistente na coerência interna da decisão, ou seja, na existência de um nexo interligando todos os seus elementos<sup>37</sup>.

A congruência é mais ampla do que a adstrição, porque, além das perspectivas interna e externa, possui outros dois aspectos: (a) objetivo, relacionado ao objeto dos pedidos, que delimita a extensão da decisão judicial; (b) e subjetivo, relativo aos sujeitos processuais, no sentido de que a decisão deve observar o que foi pedido pelos sujeitos do processo.

Logo, a congruência compreende a coesão interna da decisão judicial e na sua delimitação pelos sujeitos processuais e seus pedidos. Em consequência, incumbe ao julgador decidir de acordo com os pedidos e sua decisão só pode ser destinada às partes e a outros sujeitos eventuais do processo.

Sob a perspectiva do julgador, a congruência é o *dever de decidir de modo claro e de acordo com os limites traçados pelos sujeitos processuais*. Em outras palavras, a congruência vincula o juiz aos pedidos dos sujeitos processuais, como uma

---

<sup>37</sup> Barbosa Moreira destaca que toda sentença deve observar os requisitos da coerência e da clareza, e que a congruência em relação aos pedidos das partes quer dizer que a decisão judicial “(...) deve julgar todo o litígio e somente o litígio” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estrutura da sentença arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 107, pp. 9-17, jul./set. 2002).

espécie de auto-contenção<sup>38</sup> e explica *o que é e como* se concretiza a vinculação do juiz aos pedidos.

Sob a perspectiva das partes, terceiros e interessados, a congruência é o *direito de ter a controvérsia julgada de acordo com os limites subjetivos e objetivos dados pelos sujeitos processuais*.

Em qualquer dos dois pontos de vista, a congruência tem o objetivo de *impedir que o Judiciário decida de ofício*. É, em outras palavras, consequência direta do princípio da inércia da jurisdição (ou princípio dispositivo)<sup>39</sup>, previsto no CPC de 1939 (art. 4º, parte final)<sup>40</sup> no CPC de 1973 (art. 2º)<sup>41</sup> e no novo CPC (art. 2º)<sup>42</sup>. Inércia da jurisdição e vinculação aos pedidos são limites à atuação estatal no litígio: as partes dizem *se e de que forma* o Judiciário resolverá o conflito. É a vontade das partes que dá início ao processo e define o que será julgado.

Ademais, a congruência tem não somente um aspecto *positivo*, de determinar o que o juiz decidirá, mas também um aspecto *negativo*, de impedir que o magistrado decida o que não foi pedido<sup>43</sup>.

Como se verá adiante (no ponto 1.3), o contraditório no novo CPC amplia a congruência, abrangendo partes, causa de pedir, pedido e os demais argumentos relevantes trazidos ao processo pelas partes, em qualquer fase processual até o julgamento, em todas as instâncias.

---

<sup>38</sup> Por isso, afirma-se que “ao juiz é dado responder total e exatamente ao pleito levado à sua apreciação” (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265). Acerca da auto-contenção do julgador na análise dos pedidos: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 83, pp. 207-215, jul./set. 1996.

<sup>39</sup> Barbosa Moreira critica a relação que os doutrinadores usualmente fazem entre a congruência e o princípio dispositivo, diante da amplitude conferida ao segundo, que é utilizado com diversos significados, mas principalmente com o início do processo por iniciativa da parte e a delimitação do julgamento: “(...) Costuma dizer-se reunindo esses dois aspectos, que cabe à parte determinar o se e o sobre quê do processo” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 83, pp. 207-215, jul./set. 1996).

<sup>40</sup> “Art. 4º O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, nem considerar exceções não propostas para as quais seja por lei reclamada a iniciativa da parte”.

<sup>41</sup> “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

<sup>42</sup> “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

<sup>43</sup> Nas palavras de Barbosa Moreira, “(...) A proibição de julgar fora do pedido não vale só para a decisão favorável, vale também para a decisão desfavorável. O juiz está tão proibido de dizer que concede X apesar de a parte não o ter pedido, como está proibido de dizer que a parte ‘não tem direito a X, o que aliás não pediu’” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 83, pp. 207-215, jul./set. 1996).

A necessidade de congruência entre sentença e o pedido inicial é imposta pelos arts. 128 e 460 do CPC/73<sup>44</sup> e pelos arts. 141 e 492 do novo CPC<sup>45</sup> (seguindo o previsto na parte inicial do art. 4º do CPC de 1939)<sup>46</sup>. As normas, nos dois Códigos, dão um conceito *por exclusão*, ao construir a definição a partir da proibição, ou seja, do dever do juiz e da sua impossibilidade de decidir de modo diverso do pedido. O art. 492 do novo CPC torna a congruência mais genérica, ao substituir a expressão “sentença” do art. 460 do CPC/73 por “decisão”. Outra modificação importante realizada pelo NCPC está na exclusão da referência exclusiva ao autor e ao réu: enquanto o art. 460 do CPC/73, de forma limitada, liga o pedido ao autor e a condenação ao réu, o art. 492 do novo Código refere-se amplamente ao pedido e à condenação, não os restringindo a uma das partes ou a outros, permitindo a interpretação ampliada de que *a decisão judicial é influenciada e construída por todos os sujeitos processuais*, e não apenas pelo órgão julgador, singular ou colegiado.

Por sua vez, a adstrição corresponde à *congruência externa objetiva*, ou seja, trata-se da vinculação da decisão aos pedidos dos sujeitos processuais. Por isso, é também denominada de princípio da vinculação do juiz ao pedido, ou da adstrição do juiz ao pedido<sup>47</sup>.

A asserção diz respeito à análise abstrata das condições da ação (expressão não incorporada pelo novo CPC), de acordo com as alegações constantes da petição inicial, sem sua verificação prática.

O princípio da demanda, por sua vez, é utilizado como sinônimo do princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição<sup>48</sup>, que, como visto, produz

---

<sup>44</sup> Em primeiro lugar: “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Já o outro dispositivo referido dispõe: “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

<sup>45</sup> No novo CPC, o art. 141 corresponde ao citado art. 128 do CPC/73: “Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Por sua vez, o art. 492 do NCPC corresponde ao também citado art. 460 do CPC/73: “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

<sup>46</sup> “Art. 4º O juiz não poderá pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido, (...)”.

<sup>47</sup> Utilizando essa denominação, por exemplo: GUERRA, Marcelo Lima. A vinculação do juiz ao pedido no processo cautelar. *Revista Pensar*, Fortaleza, nº 1, pp. 86-97, jan./dez. 1992.

<sup>48</sup> No sentido de que a demanda da parte autora retira o Estado-Juiz de sua inércia, para intervir na relação jurídica das partes. Sobre a relação do pedido inicial com o princípio da demanda e a inércia da jurisdição: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 321-322. Para o citado autor, a petição inicial consiste no instrumento da demanda. Ainda: “(...) a parte é livre para iniciar a demanda; deve, assim, ser o julgador provocado, respeitando, conseqüentemente, os limites daquilo que lhe foi dado a decidir. (...) Em tais linhas, revela-se

consequências diretas sobre a congruência e suas imposições na decisão judicial. Em outras palavras, faz-se referência ao princípio da demanda quando se afirma que o juiz não pode proferir decisão diversa daquilo que foi *demandado* pelas partes<sup>49</sup>. Logo, ainda que com outra expressão (menos adequada para explicar seu objeto), deve-se compreender que os pedidos das partes e de outros sujeitos processuais vinculam o julgador, ou seja, os pedidos das partes delimitam a demanda naquilo que elas pretendem por meio do processo.

### 1.1.2. Vícios de Congruência na Decisão Judicial

A partir dessas distinções, chega-se aos vícios da decisão judicial pela inobservância da congruência (como a expressão mais adequada para designar a vinculação externa aos pedidos dos sujeitos processuais). Sob a perspectiva do julgador, ela vincula a decisão *internamente*, ao impor a coerência, e *externamente*, ao determinar que todos os pedidos sejam examinados e decididos.

Conforme ressalta Barbosa Moreira, “(...) há o dever, para o juiz, de pronunciar-se sobre todo o pedido; nada além do pedido, mas todo o pedido”<sup>50</sup>. Assim, a congruência faz com que o magistrado decida tudo o que foi pedido e apenas o que foi pedido. Compreende a fundamentação e a omissão, por impedi-lo de julgar menos, mais ou fora do que foi pedido, ou seja, a decisão deve conter tudo o que foi pedido pelos sujeitos processuais, mas, ao mesmo tempo, silenciar-se sobre o que não consta dos pedidos<sup>51</sup>.

Logo, na classificação doutrinária tradicional, é *infra* (ou *citra*) *petita* a decisão que não resolve todo os pedidos, *ultra petita* a que decidir mais do que foi pedido (além dos pedidos), e *extra petita* aquela que julgar de forma diferente dos

---

o *princípio da demanda* ou *dispositivo em sentido material*, o qual, em suma, se preocupa com os limites da atividade jurisdicional” (LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 147). Sobre o princípio da demanda como o sentido material do princípio dispositivo: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 147.

<sup>49</sup> É por isso que se afirma, por exemplo, que “a petição inicial é o instrumento da demanda” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 321).

<sup>50</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 83, pp. 207-215, jul./set. 1996.

<sup>51</sup> Sobre o assunto: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 83, pp. 207-215, jul./set. 1996.

pedidos dos sujeitos processuais (fora dos pedidos)<sup>52</sup>. A violação à congruência leva à nulidade da decisão judicial<sup>53</sup>.

Em regra, na doutrina não se encontra clareza sobre a que pedido se refere essa classificação: imediato, mediato ou ambos?

Levando-se em conta que a congruência compreende os pedidos imediatos e mediatos, os vícios da decisão também os abarcam<sup>54</sup>. Assim, por exemplo, uma sentença pode ser *extra petita* quando conceder uma tutela condenatória a uma parte que pediu uma tutela declaratória (pedido imediato). Também é *extra petita* a decisão que determine ao réu que pague em dobro o valor cobrado do autor, quando este pediu apenas a declaração de inexigibilidade do débito (pedido mediato).

Excepcionalmente, o julgador pode conceder um “resultado prático equivalente ao adimplemento” no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, providência diversa da pleiteada, prevista no art. 461 do CPC/73<sup>55</sup> e no art. 497 do novo CPC<sup>56</sup>.

Em outras palavras, a decisão que se omite acerca de um ou mais pedidos é *infra petita*. Caso aprecie os pedidos, mas resolva (deferindo ou não) a mais, a decisão será *ultra petita*. Por fim, se não examinar os pedidos e resolver questões estranhas a ele, a decisão é *extra petita*.

---

<sup>52</sup> Humberto Theodoro Júnior destaca que “(...) o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *infra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), nem tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 566). Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 83, pp. 207-215, jul./set. 1996; SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 431-432; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 298.

<sup>53</sup> Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 83, pp. 207-215, jul./set. 1996.

<sup>54</sup> Compartilhando desse entendimento e afirmando expressamente que os pedidos mediato e imediato vinculam o julgador: “A vinculação do juiz ao pedido (circunstância que a doutrina conhece sob o nome singelo de princípio da congruência) toca tanto ao pedido mediato (o bem da vida pleiteado) quanto ao pedido imediato (o tipo de tutela pleiteada pelo autor)” (CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 119, pp. 11-34, jan. 2005).

<sup>55</sup> “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Semelhante teor tem o art. 84 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)”.

<sup>56</sup> “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Esses vícios podem ser parciais ou totais, ou seja, referir-se à parte ou à integralidade dos pedidos formulados no processo. Nesses casos, a decisão é sanável de ofício ou por meio de recurso (embargos de declaração, em princípio, além do recurso cabível para a instância superior). Entretanto, a decisão *infra petita* tem uma peculiaridade em relação às demais: quando for total, importará na *ausência de prestação jurisdicional*.

### 1.1.3. Incongruências: Exceções à Congruência

A distinção tradicional vista no tópico anterior é amplamente aplicada a todo o processo cível no Brasil, não é integralmente utilizada na prática, especialmente em determinadas matérias.

Não se tratam, necessariamente, de *incongruências*, mas sim de exceções ao princípio da congruência, com duas naturezas distintas: (a) as exceções legais, que possuem fundamento exposto em lei; (b) e as exceções práticas, surgidas nas decisões judiciais a partir de peculiaridades impostas pelo direito material.

As exceções legais consistem mais propriamente em *mitigações* à congruência.

No CPC de 1973 existem situações em que se presume a existência de um *pedido acessório* ao principal, ainda que não formulado expressamente pela parte.

Nesse sentido, o art. 293 do CPC/73<sup>57</sup> insere os juros legais como compreendidos no pedido, ainda que não inseridos de forma expressa. O novo CPC amplia nessa categoria de pedidos acessórios a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios (art. 322, § 1º)<sup>58</sup>.

Ainda, o art. 290 do CPC/73<sup>59</sup> e o art. 323 do novo CPC<sup>60</sup> incluem no pedido, independentemente de requerimento exposto, as parcelas vincendas no curso do processo, quando a obrigação controvertida tiver prestações sucessivas.

<sup>57</sup> “Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

<sup>58</sup> “Art. 322. O pedido deve ser certo. § 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios”.

<sup>59</sup> “Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação”.

<sup>60</sup> “Art. 323. Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las”.

No processo do trabalho se utiliza a teoria da *ultrapetição*, segundo a qual o juiz pode decidir de acordo com pedidos implícitos e correlatos, desde que observe a causa de pedir<sup>61</sup>.

O processo previdenciário também admite uma exceção relevante, na *fungibilidade* existente entre os benefícios por incapacidade. Por exemplo, se o segurado pede judicialmente a concessão de auxílio-doença, mas se, ao fim da instrução processual (e com a produção de prova pericial), verifica-se que tem direito a auxílio-acidente ou a aposentadoria por invalidez (em virtude das doenças incapacitantes contidas na causa de pedir), defere-se o benefício previdenciário devido, independentemente do pedido<sup>62</sup>.

Assim, consistem em *exceções parciais* à congruência externa objetiva, admitindo-se como válida nos processos trabalhistas e previdenciários a decisão judicial *parcialmente* desvinculada dos pedidos (mas não da causa de pedir), diante de peculiaridades do direito material e, especialmente, da presunção de *hipossuficiência* de uma das partes (trabalhador e segurado, respectivamente).

---

<sup>61</sup> Por exemplo, no Tribunal Superior do Trabalho: “(...) II) RECURSO DE REVISTA - JULGAMENTO -EXTRA PETITA- - INEXISTÊNCIA DE POSTULAÇÃO EXPRESSA NA PARTE RESERVADA AOS PEDIDOS DA PETIÇÃO INICIAL - PRINCÍPIOS DA INFORMALIDADE E ULTRAPETIÇÃO. 1. Do § 1º do art. 840 da CLT, infere-se, dentre outros, o princípio da informalidade, segundo o qual as regras processuais e procedimentais trabalhistas devem ser mitigadas quanto ao seu eventual rigor formal, considerando-se que, na Justiça do Trabalho, as próprias partes podem praticar atos processuais, prescindindo-se da atuação de um profissional habilitado a tanto, em face do denominado -jus postulandi-. 2. Assim, o juiz do trabalho deve examinar a petição inicial trabalhista, relevando eventuais defeitos de forma ou concedendo prazo para sanar os vícios que possam prejudicar a análise da controvérsia ou inviabilizar o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório da outra parte, como é o caso da Súmula 263 do TST. 3. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a incidência de outro princípio que é o da ultrapetição, consoante o qual o juiz poderia deferir ao reclamante pedido que não estivesse expressamente deduzido na petição inicial, desde que se possa extrair-lo das pretensões deduzidas, como se dá, v.g., na condenação em juros de mora e correção monetária (Súmula 211 do TST) e a conversão de reintegração em indenização (Súmula 396 do TST). (...)” (RR 83340-18.2008.5.22.0002, 7ª Turma, rel. Juíza convocada Maria Doralice Novaes, j. 01/09/2010, DJ 03/09/2010).

<sup>62</sup> Nesse sentido, na Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais: “AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-ACIDENTE. FUNGIBILIDADE ENTRE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA.. (...) 3. O princípio da fungibilidade é aplicado aos benefícios previdenciários por incapacidade, permitindo que o juiz conceda espécie de benefício diversa daquela requerida na petição inicial, se os correspondentes requisitos legais tiverem sido preenchidos. Prevalece a flexibilização do rigor científico por uma questão de política judiciária: considerando que se trata de processo de massa, como são as causas previdenciárias, não seria razoável obrigar o segurado a ajuizar nova ação para obter a concessão de outra espécie de benefício previdenciário cujos requisitos tenham ficado demonstrados durante a instrução processual. (...)” (Pedido de Uniformização 05037710720084058201, rel. Juiz Federal Rogério Moreira Alves, j. 16/08/2012, DJ 06/09/2012).

## 1.2. Quem Pede: Partes e Participantes

Na perspectiva tradicional, o pedido do autor traça os limites da decisão judicial.

Entretanto, não é somente o autor quem formula os pedidos. Os *sujeitos parciais* do processo, especialmente autor e réu, podem apresentar os pedidos, e outros sujeitos processuais (participantes) também contribuem para a *ampliação objetiva da congruência*, o que será abordado neste subcapítulo.

De acordo com a definição de pedido vista no tópico anterior, compreende as consequências dos fatos descritos na causa de pedir, com a providência pretendida para a satisfação do direito material.

Logo, não se pode afirmar que é apenas o autor quem *pede* uma prestação jurisdicional relacionada ao direito material. O réu também formula pedido, ainda quando pretende somente a permanência na titularidade do objeto litigioso. E não há pedido do réu apenas na reconvenção, mas também na contestação. Enquanto a reconvenção traz os fatos de forma diversa, a contestação não é apenas um espelho da petição inicial, mas vai além e não se limita a ela, tendo em vista que o réu expõe seus argumentos e fundamentos, que devem ser levados em consideração pelo juiz na sentença. Por essa razão, afirma-se que o autor pede e o réu impede. O requerimento de improcedência, por exemplo, é um pedido da contestação, que decorre de uma causa de pedir própria, diferente daquela apresentada na petição inicial. Contudo, também é insuficiente asseverar que autor e réu *pedem* a tutela do Estado-Juiz. Outros sujeitos processuais igualmente apresentam pedidos referentes à satisfação do direito material, mesmo que não sejam titulares do direito material ou não pretendam ser. Esses sujeitos participam do processo, seja por imposição legal (como o Ministério Público e alguns terceiros), seja por disposição contratual (tais como determinados terceiros), seja por vontade própria para auxiliar o juízo a decidir de forma adequada (como o *amicus curiae*, regulamentado enquadrado um terceiro pelo novo CPC).

Consequentemente, *as partes e os participantes do processo apresentam pedidos que vinculam a fundamentação da decisão judicial*, o que será abordado na sequência.

Não se pretende realizar a revisão bibliográfica sobre as partes e os demais participantes no processo, mas se busca, nos tópicos seguintes, examinar de que forma e

em que extensão os pedidos de partes e participantes vinculam a fundamentação da decisão judicial.

### **1.2.1. Partes**

Como visto, usualmente se faz menção apenas ao pedido inicial, da parte autora, como vinculante para a decisão judicial.

Os pedidos têm relação com as provas e os precedentes: (a) na causa de pedir, a descrição deve conter a demonstração de como a parte pretende comprovar no processo que os fatos efetivamente ocorreram conforme as suas alegações; (b) e também deve fazer referência aos precedentes eventualmente existentes sobre a questão de direito controversa e, em caso positivo, argumentar acerca de sua aplicação ou distinção ao caso (ou, ainda, pedir a sua superação).

Portanto, a petição inicial no novo CPC se tornou, ao mesmo tempo, mais complexa (por abranger uma argumentação ampliada) e mais simplificada (por se tornar mais previsível e se limitar, em regra, a discorrer sobre a aplicação ou a distinção do precedente ao caso).

Tradicionalmente, afirma-se que o réu só formula pedido na reconvenção, ou seja, quando também demanda contra o autor no processo.

Contudo, e o novo CPC deixa claro, o réu formula pedido em sua defesa, independentemente de apresentar contestação (que passa a ser o nome da peça de defesa, nos termos do art. 335 do NCPC), reconvenção<sup>63</sup>, impugnação ao valor da causa, impugnação à justiça gratuita, alegação de incompetência, de impedimento ou de suspeição. Ainda que se limite a alegar a falta de provas para a demonstração dos fatos constitutivos narrados pelo autor e postular o julgamento de improcedência do pedido inicial, o réu apresenta (implícita ou expressamente) um pedido de declaração judicial de sua titularidade do direito material controvertido<sup>64</sup>. O juiz deve apreciar os pedidos e a causa de pedir apresentados das partes, de acordo com o art. 489, § 1º, IV, do NCPC.

---

<sup>63</sup> Há, assim, uma maior aproximação entre a reconvenção (que passa a ser apresentada na mesma peça da contestação) e o denominado pedido contraposto, que, nas ações de natureza dúplice, é apresentado na contestação, como, por exemplo, previsto no art. 31 da Lei nº 9.099/95: “Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia”. Porém, ambos ainda não se confundem, tendo em vista que o pedido contraposto não é autônomo e se baseia nos mesmos fatos alegados pelo autor, enquanto a reconvenção é autônoma e pode ter conexão com o pedido do autor ou com fundamento da defesa (art. 343, NCPC).

<sup>64</sup> Ressalta-se que, evidentemente, o julgamento de improcedência do pedido inicial não depende de pedido expresso do réu, porque pode ser proferido inclusive na hipótese de revelia. Isso, porém, não

Assim, quando se trata da vinculação da fundamentação pelos pedidos das partes, deve-se levar em consideração que *autor e réu formulam pedidos*.

### 1.2.2. Participantes: Terceiros

Os *terceiros* são, em contraposição às partes, aqueles que não participam (em princípio) da relação jurídica processual<sup>65</sup>, quem não pede e contra quem não se pede<sup>66</sup>.

O conceito tradicional de terceiro no direito processual é baseado na *exclusão*, visto que é definido como alguém que *não deveria participar* do processo, mas que, por conveniência legal (ou contratual ou, ainda, institucional) passa a integrá-lo, ampliando subjetiva e objetivamente a relação jurídica e, por consequência, tornando-a mais complexa.

O principal obstáculo na delimitação de assistência, litisconsórcio e intervenção de terceiros deriva da dificuldade na conceituação de parte<sup>67</sup>. Athos Gusmão Carneiro, após realçar que a noção civilista de parte foi ultrapassada pela concepção publicista (de autonomia da relação processual), afirma que o conceito de parte deve ser buscado somente no processo, e não na relação de direito material<sup>68</sup>. Nesse sentido, “autor é aquele que deduz em juízo uma pretensão (*qui res in iudicium deducit*); e réu, aquele em face de quem aquela pretensão é deduzida (*is contra quem res*

afasta a afirmação de que o réu também formula pedido (e não apenas requerimentos), tampouco significa que o juiz está proibido de negar o pedido do autor quando o réu não apresenta resistência expressa a ele.

<sup>65</sup> Com essa definição de terceiro, por exemplo: “Terceiro é conceito a que se chega por negação. É terceiro quem não é parte” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 185). Ainda: “No processo, quem não for parte é terceiro” (SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81).

<sup>66</sup> “O conceito de terceiro se deixa apanhar por exclusão. É terceiro quem não é parte no processo, vale dizer, quem não faz pedido e contra quem nada é pedido” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 196).

<sup>67</sup> “O conceito de parte é um dos mais problemáticos do direito processual. Toda definição nesse campo demonstrar-se-á como insuficiente e parcial, sendo necessário buscar, arbitrariamente, mas tentando ser o mais fiel possível ao regime atribuído à ‘parte’ no processo brasileiro, um conceito funcionalmente adequado para operar com os desafios que a figura apresenta” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 185).

<sup>68</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 3-5. Igual é o entendimento de Ovídio Baptista: “O que, todavia, deve ser logo estabelecido, quando se busca determinar o conceito de *parte*, é que se está a tratar de um conceito eminentemente processual. É um conceito técnico empregado pela ciência do processo para definir um fenômeno processual. Disso resulta ser impróprio tratar questões de direito material empregando-se, inadequadamente, o conceito de *parte*” (destaques no original) (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 237).

*in iudicium deducitur*)”<sup>69</sup>. Ovídio Baptista salienta que as partes são, literalmente, porções do litígio, frações que formam a lide, quem pede e contra quem é formulado o pedido<sup>70</sup>. Assim, o fato de ser parte não necessariamente importa na titularidade do direito controverso, pois a procedência do pedido não retira a legitimidade do réu, tampouco a improcedência exclui o autor do polo ativo.

Por outro lado, a intervenção de terceiros é definida como a entrada de terceiro em um processo já em andamento<sup>71</sup>, com interesse na resolução do litígio, mas sem assumir a posição de parte (para a concepção tradicional)<sup>72</sup>. Em outras palavras, “diz-se que há intervenção de terceiros no processo quando alguém dele *participa* sem ser *parte* na causa, com o fim de auxiliar ou excluir os litigantes, para defender algum direito ou interesse próprio que possa ser prejudicado pela sentença”<sup>73</sup>.

A despeito desse entendimento, é adequado designar uma pessoa como terceiro *antes* de seu ingresso no processo. A partir de sua entrada, a pessoa natural ou jurídica deixa de ser terceiro e se torna um *sujeito processual*, com *um nome específico*, variável de acordo com a modalidade de intervenção (por exemplo, o assistente, o denunciado à lide e o *amicus curiae*)<sup>74</sup>.

A perspectiva tradicional não será utilizada nesta pesquisa, que, ao inverso, enxerga o terceiro a partir de sua entrada no processo, como um *participante* que

<sup>69</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 294.

<sup>70</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 238.

<sup>71</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68.

<sup>72</sup> Para Marinoni e Arenhart, “(...) será parte, no processo, aquele que demandar em seu nome (ou em nome de quem for demandada) a atuação de uma ação de direito material e aquele outro em face de quem essa ação deva ser atuada. Terceiro interessado será, por exclusão, aquele que não efetivar semelhante demanda no processo, mas, por ter interesse jurídico próprio na solução do conflito (ou, ao menos, afirmar possuí-lo) é autorizado a dele participar sem assumir a condição de parte” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 188).

<sup>73</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 271. Destaque no original. No mesmo sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68.

<sup>74</sup> Com essa concepção, de terceiro como parte: “há situações em que, embora já integrada a relação processual segundo seu esquema subjetivo mínimo (juiz-autor-réu), a lei permite ou reclama o ingresso de terceiro no processo, seja em substituição a uma das partes, seja em acréscimo a elas, de modo a ampliar subjetivamente aquela relação” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 295). No mesmo sentido: “Pela intervenção, o *terceiro torna-se parte* (ou coadjuvante da parte) *no processo pendente*” (destaques no original) (CARNEIRO, Athon Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 47). Ainda: DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 289; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 375-376; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 260.

deveria integrar desde o início a relação jurídica processual e foi indevidamente excluído. Assim, a providência de inclusão do terceiro no processo é um ato de saneamento e organização do processo, que amplia o contraditório e permite a adequada resolução subjetiva e objetiva da controvérsia (e, eventualmente, da questão de direito material ou processual para a formação de um precedente e a posterior aplicação a todos os casos similares).

A intervenção de terceiro pode ser *voluntária* ou *provocada*, respectivamente, quando o terceiro ingressa por iniciativa própria ou quando entra no processo contra a sua vontade. O NCPC possui uma nova forma, *mista*, que é o *amicus curiae*, que pode integrar o processo de modo voluntário ou provocado.

Ainda, os terceiros *quebram a estabilização da demanda*, ao apresentar pedidos, causa de pedir e provas que serão apreciados, valorados e utilizados na fundamentação da decisão judicial. E, como se verá, isso pode ocorrer inclusive em grau recursal (especialmente com o ingresso dos *amici curiae*). O controle dessa ruptura e a proteção dos direitos (materiais e processuais) das partes são feitos, principalmente, pelo contraditório e pela ampla defesa<sup>75</sup>.

Quanto aos pedidos, os terceiros dividem-se entre aqueles que apresentam *pedidos vinculantes* para o juiz e os que formulam *pedidos não vinculantes*.

A intervenção de terceiros pode ser motivada pelo interesse destes contra uma das partes (*ad adiuvandum*) ou contra ambas (*ad excludendum*)<sup>76</sup>. Divide-se no CPC de 1973 em oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide e chamamento ao processo (arts. 56/80)<sup>77</sup>. O novo CPC modifica substancialmente essa classificação e lista cinco espécies de intervenção de terceiros: assistência, denúncia da lide, chamamento ao processo, incidente de desconsideração da personalidade jurídica e *amicus curiae* (arts. 119/138). A oposição passa a ser um procedimento especial (arts.

---

<sup>75</sup> Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 34-38.

<sup>76</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 271.

<sup>77</sup> Dinamarco inclui o recurso de terceiro prejudicado e o *amicus curiae* nas hipóteses de intervenção de terceiros desde a vigência do CPC/73 (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 394-396). A natureza jurídica e processual do *amicus curiae* é controvertida, havendo quem sustente ser terceiro, assistente, terceiro ou assistente atípicos (qualificados por requisito de admissibilidade), auxiliar da justiça, colaborador informal, forma especial de intervenção, ou ainda uma espécie de participação da sociedade (por meio de uma de entidade representativa) em processos de repercussão geral. Acerca do tema: CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n° 60, pp. 102-112, mar. 2008.

682/686) e a nomeação à autoria é substituída pelo incidente de substituição do réu, que pode ocorrer por meio da mera alegação de ilegitimidade passiva na contestação (art. 338)<sup>78</sup> e, ainda, com a expressa indicação pelo réu de quem é o legitimado (art. 339)<sup>79</sup>.

### 1.2.3. Participantes: *Amicus Curiae*

O *amicus curiae* (*amici curiae*, no plural), ou amigo da Corte, tem origens distintas no Direito Romano e no Direito Inglês, e foi desenvolvido principalmente nos Estados Unidos, sendo lá denominado de *friend of the Court*<sup>80</sup>. Tem origem controversa, pois para alguns doutrinadores deriva do *consillarius* do Direito Romano, e para outros provém do Direito Penal britânico<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> “Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º”.

<sup>79</sup> “Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação. § 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338. § 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu”. Essa segunda hipótese é uma aplicação prática do princípio da cooperação, positivado no art. 6º do NCPC (“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”), consistindo em um dever do réu indicado na petição inicial cooperar para que o processo seja integrado pelos legitimados, informando, na alegação de ilegitimidade passiva ad causam, quem deve ocupar o polo passivo, sempre que tiver conhecimento. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>80</sup> Sua participação está prevista na Regra nº 37 das *Rules of the Supreme Court of the United States*, podendo a manifestação do *amicus curiae* se dar por escrito ou oralmente; é admitido quando levar ao conhecimento da Suprema Corte matéria relevante que não tiver sido arguida pelas partes, devendo ainda ter o consentimento destas. Caso contrário, deve juntar suas razões e a das partes, para que sua admissão – ou não – seja decidida pelo julgador: “Rule 37. Brief for an Amicus Curiae. 1. An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored. An amicus curiae brief may be filed only by an attorney admitted to practice before this Court as provided in Rule 5. (...)”.

<sup>81</sup> Paulo de Tarso Duarte Menezes afirma que em Roma a participação do *consillarius* somente era possível por chamamento do julgador, e devia se manter neutro no litígio; de outro lado, sua origem na Inglaterra é mais aproximada das características atuais, com liberdade para o magistrado admitir a manifestação dos *amici curiae*, que abrangia discussões acerca de leis e precedentes dos Tribunais (MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, nº 17, p. 35-51, jul./set. 2007, p. 36-37). Para Damares Medina, “o traço original do *amicus curiae* ainda está presente em várias definições atuais, que o identificam como um terceiro que não possui um interesse direto na solução da controvérsia” (MEDINA, Damares. *Amicus curiae*; amigo da Corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37). Ainda sobre os antecedentes históricos: BAZÁN, Victor. El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones Constitucionales*. México, nº 12, p. 29-71, jan./jun. 2005, p. 31-33. Da mesma forma: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143-333.

Trata-se de pessoa, em regra, sem relação ou interesse próprio no processo, com a atribuição de opinar ou prestar informações sobre a matéria controvertida, podendo o órgão julgador conferir à sua manifestação o valor que entender adequado. Não se trata de testemunha ou perito, não é remunerada, não exerce a função de fiscal da lei destinada ao Ministério Público, tampouco está sujeita à exceção de suspeição.

A *natureza jurídica* e processual do amigo da Corte é controvertida: é tratado como sendo um terceiro, assistente, terceiro ou assistente atípicos (qualificados por um requisito de admissibilidade), auxiliar da Justiça, colaborador informal, forma especial de intervenção, ou uma espécie de participação da sociedade (por meio de uma entidade representativa) em determinados processos judiciais (no controle abstrato de constitucionalidade, em especial)<sup>82</sup>. Afirma-se ainda que possui um interesse “institucional” nos processos em que se manifesta, por não ser o titular do direito em discussão, tampouco suportar os efeitos da decisão<sup>83</sup>.

Sua manifestação pode se referir a questões de direito, de fato, ou a interpretar a norma em discussão<sup>84</sup>. Não se confunde com o perito judicial, pois sua atribuição não é a de comprovar ou atestar fatos, mas de opinar sobre eles<sup>85</sup>.

As divergências teóricas e práticas sobre a natureza jurídica e a delimitação da atuação processual do *amicus curiae* são um reflexo de sua regulamentação legal no país, que não o trata de maneira uniforme. O primeiro dispositivo legal a prever o *amicus curiae* no Brasil foi o art. 31 da Lei nº 6.385/76, seguido pelo art. 89 da Lei nº 8.884/94 (reproduzido no art. 118 da Lei nº 12.529/2011), o art. 5º, parágrafo único, da

---

<sup>82</sup> Sobre a controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto: KÖHLER, Ricardo Carlos. *Amicus curiae: amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010, p. 4-8. Conforme já se decidiu no STF: “(...) A sua atuação nesta via processual ‘como colaborador informal da Corte’ não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção ad coadjuvandum (AGRADI 748-RS, Celso de Mello, DJ de 18.11.94). 6. Assim, como mero colaborador informal, o *amicus curiae* não está legitimado para recorrer das decisões proferidas em ação direta” (ADI 2581 AgR/SP, decisão monocrática, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11/04/2002, DJ 18/04/2002, p. 12). Joana Cristina Brasil Barbosa Ferreira ressalta que, independentemente da discussão acerca da natureza jurídica, é inegável que sua manifestação é destinada ao julgador, e não para auxiliar uma das partes, motivo pelo qual é dispensado de demonstrar a existência de interesse jurídico na causa (FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. *O amicus curiae e a pluralização das ações constitucionais*. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95).

<sup>83</sup> Nesse sentido: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae: afinal, quem é ele? Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, nº 1, p. 76-80. jan./jun. 2007, p. 77-78.

<sup>84</sup> A manifestação sobre questões fáticas abrange também as repercussões (sociais, econômicas, políticas, etc.) da decisão do STF (AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodium, 2005, p. 5).

<sup>85</sup> Nesse sentido: SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. *Amicus curiae: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro*. *Revista jurídica Justilex*. Brasília, nº 67, p. 35-37, jul. 2007, p. 37.

Lei nº 9.469/97, o art. 31 da Lei nº 9.784/99, o § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006 (na edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante), entre outros.

A regulamentação do *amicus curiae* no novo CPC se restringe ao art. 138, que corresponde ao Capítulo V do Título III do Livro III ("Dos Sujeitos do Processo") da Parte Geral, destinado a tratar da *intervenção de terceiros*<sup>86</sup>.

O primeiro aspecto importante que se extrai da norma é a possibilidade de participação dos amigos da Corte *em qualquer processo e em qualquer grau de jurisdição*. Ao dispor que "o juiz ou o relator (...) poderá (...) solicitar ou admitir a participação (...)", o art. 138 permite que o *amicus curiae* ingresse em *qualquer processo judicial de natureza cível*, independentemente da competência originária e da fase processual (mas sem prejuízo dos atos já praticados). Assim, em tese, o ingresso dos *amici curiae* no processo pode ocorrer desde o juízo de admissibilidade da petição inicial realizado pelo juiz de primeira instância, até o início do julgamento do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, por decisão do Ministro relator (ou, indo além, em qualquer etapa de ação rescisória proposta contra esse acórdão, após seu trânsito em julgado e observado o prazo decadencial).

A admissão do *amicus curiae* no processo pressupõe o cumprimento de requisitos legais<sup>87</sup>: (a) subjetivo: pode ser pessoa natural ou jurídica (órgão ou entidade especializada), desde que possua *representatividade adequada*; (b) e objetivo: o

---

<sup>86</sup> “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas”.

<sup>87</sup> Há precedente do STF não acatando o Estado como *amicus curiae* quando a ADI for promovida pelo Governador: “(...) INTERVENÇÃO - GOVERNADOR E ESTADO - CONFUSÃO - INDEFERIMENTO. 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: O Estado de Santa Catarina requer seja admitido, como *amicus curiae*, no processo em referência. Registro a conclusão do processo, devidamente instruído, a Vossa Excelência. 2. A regra é não se admitir intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, iniludivelmente objetivo. A exceção corre à conta de parâmetros reveladores da relevância da matéria e da representatividade do terceiro, quando, então, por decisão irrecorrível, é possível a manifestação de órgãos ou entidades - artigo 7º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. No caso, confundem-se as pessoas natural e jurídica de direito público. A primeira veio a atuar como Chefe do Poder Executivo do Estado e, em nome deste, representando-o, ajuizou a ação. O pedido de intervenção implica verdadeira sobreposição (...)” (ADI 3579/SC, decisão monocrática, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/03/2007, DJ 28/03/2007, p. 15).

processo deve tratar de matéria relevante, *ou* tema específico, *ou* controvérsia com repercussão social<sup>88</sup>.

A possibilidade de os amigos da Corte serem pessoas *naturais* ou *jurídicas* é outra inovação do art. 138 do novo CPC. A regulamentação da Lei nº 9.868/99.e do art. 482 do CPC de 1973, limita essa designação no controle abstrato de constitucionalidade pelo STF exclusivamente às pessoas *jurídicas*<sup>89</sup>.

A representatividade adequada está relacionada com a possibilidade de os integrantes da pessoa jurídica ser afetados pela decisão judicial<sup>90</sup>. Em relação à pessoa natural, deverá se tratar de alguém que represente determinada coletividade de pessoas, como, por exemplo, dirigente associativo ou com elevado grau de conhecimento técnico em sua área de atuação.

Quanto ao requisito objetivo, deve estar presente no mínimo um, entre três possíveis: o processo deve tratar de: (a) matéria relevante; (b) *ou* de tema específico; (c) *ou* de controvérsia com repercussão social.

A relevância da matéria diz respeito à sua complexidade e à extensão dos efeitos da decisão sobre a sociedade, ou sobre parcela considerável desta. Não se

---

<sup>88</sup> Em uma classificação diferenciada, Guilherme Peña de Moraes divide os requisitos em: (a) materiais, abrangendo a relevância do assunto e a representatividade adequada do autor; (b) e formais, que são o requerimento firmado por profissional habilitado, despacho de mero expediente não sujeito a agravo regimental e observância do prazo de prestação de informações (MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207).

<sup>89</sup> Em decisão monocrática expressa quanto à impossibilidade de pessoa natural atuar como parte ou *amicus curiae* no controle concentrado: “(...) 9. Aqui, é importante frisar que o autor, à luz do art. 103 da Magna Carta, não detém legitimidade para ingressar, ainda que por via oblíqua ou incidental, nos domínios da referida ação direta, em busca de uma reavaliação do que nela fora decidido em 13.12.2001. Se tal fosse permitido, ter-se-ia de abrir as mesmas portas para qualquer pessoa física que demonstrasse algum interesse no desfecho dela, ação direta. Poderiam manifestar-se os atuais tabeliães e os candidatos inscritos no mencionado concurso, que têm interesses contrapostos. Cada um com sua medida cautelar e seu pedido específico. Ou cada um com sua defesa. Este cenário, pontilhado de situações de caráter individual, alheias à figura do *amicus curiae*, levaria à descaracterização do controle abstrato. (...)” (AC 688/SP, rel. Min. Carlos Britto, j. 22/03/2005, DJ 01/04/2005, p. 65). Recordar-se que a participação de pessoas naturais no controle abstrato de constitucionalidade no STF pode ocorrer em audiências públicas, mas não como amigos da Corte.

<sup>90</sup> Baseada no objetivo dos *amici curiae* de auxiliar o julgamento, Mirella de Carvalho Aguiar sustenta que essa expressão deve ser interpretada em um sentido amplo, envolvendo as noções de autoridade, respeitabilidade, reconhecimento científico e perícia (AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodium, 2005, p. 30-31). Para Paulo de Tarso Duarte Menezes, a representatividade deve ser analisada com fundamento nos requisitos exigidos para a pertinência temática dos legitimados para provocar o controle concentrado; desse modo, cumpre esse requisito a entidade que demonstrar que possui interesse institucional específico no tema em discussão (MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, nº 17, p. 35-51, jul./set. 2007, p. 44-45). Acerca da representatividade, já decidiu o STF: “(...) Como tal, representa categoria econômica cujo interesse no resultado da ação é incontestado, de modo que ostenta adequada representatividade (adequacy of representation), conforme exigido do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 10.11.1999. (...)” (ADI 3225/RJ, decisão monocrática, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23/07/2007, DJ 06/08/2007, p. 16).

confunde com a relevância do processo, tendo em vista que, por exemplo, importância para o ordenamento jurídico qualquer processo em que se discuta a compatibilidade de ato normativo com a Constituição, no controle difuso ou concentrado<sup>91</sup>. Há precedentes no STF aplicando esse requisito quando a própria manifestação do *amicus curiae* for relevante para o julgamento da causa<sup>92</sup>.

A especificidade do tema está relacionada à necessidade de um conhecimento técnico especializado sobre a matéria, que possa colaborar com a formação da convicção do julgador e a fundamentação de sua decisão. Esse conhecimento pode ser em qualquer área: econômica, política, antropológica, cultural, biológica e inclusive jurídica, entre outras. Como visto acima, o amigo da Corte não se trata de perito judicial, por não realizar um exame, vistoria ou avaliação, mas sim se manifestar *fundamentadamente* sobre tema objeto da controvérsia processual.

Por sua vez, a repercussão social da matéria controversa no processo judicial é um conceito que deverá ser construído nos próximos anos pela doutrina e na prática dos juízes e tribunais. Para esse fim, podem ser aproveitadas decisões do STF acerca da repercussão geral no recurso extraordinário, especialmente aquelas sobre os reflexos, na sociedade, da decisão em um processo sobre um caso concreto. Esse requisito demonstra ainda a preocupação em se buscar uma legitimação social para as decisões judiciais.

A manifestação do amigo da Corte deve ser apresentada no prazo de 15 dias, contados a partir de sua intimação (da decisão que o requisita para se manifestar, ou daquela que deferir seu requerimento de ingresso). O art. 138 do novo CPC não especifica ou limita o modo da expressão dos *amici curiae*, razão pela qual deve ser interpretado no sentido que abrange as formas *escrita* e *oral*, a critério do juiz ou do relator. Como visto, a questão é atualmente controversa, tendo em vista que o Pleno do

---

<sup>91</sup> Nesse sentido: AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodium, 2005, p. 30; MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, nº 17, p. 35-51, jul./set. 2007, p. 44-45. Nesse sentido já se decidiu pela ausência de relevância da matéria: “(...) No caso, a simples circunstância de o Sindicato defender os direitos e interesses dos integrantes da categoria, representando-os judicial ou extrajudicialmente - e está em jogo lei local a versar sobre certa parcela remuneratória -, não conduz à admissão no processo objetivo. Indispensável seria haver tema de alta indagação, a exigir o pronunciamento da entidade. 3. Indefero o pleito. (...)” (ADI 3767/PR, decisão monocrática, rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2006, DJ 19/10/2006, p. 47).

<sup>92</sup> “(...) No entanto, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae*, ainda que fora desse prazo. (...)” (ADI 3538/RS, decisão monocrática, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/12/2006, DJ 01/02/2007, p. 84).

STF permite a manifestação escrita e oral, enquanto a Corte Especial do STJ limita apenas à forma escrita. Caberá, assim, ao juiz do processo (e diante dos poderes que lhe são conferidos pelo § 2º do art. 138), delimitar a atuação do *amicus curiae* em cada caso, o que abrange a autorização para se manifestar oralmente ou apenas por escrito.

Da mesma forma que no controle abstrato de constitucionalidade, a decisão judicial que o convoca a ingressar no processo, ou se manifesta sobre o pedido de ingresso do amigo da Corte (deferindo ou não) é *irrecorrível*<sup>93</sup>. No controle abstrato, a despeito da ausência de previsão legal, há quem sustente que o *amicus curiae* tem legitimidade para recorrer da decisão que indefere sua participação no processo, com fundamento em uma interpretação gramatical do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, segundo o qual é irrecorrível apenas a decisão que *deferir* a manifestação<sup>94</sup>. Contudo, o Código de Processo Civil não deixa margem para essa interpretação, considerando que o *caput* do art. 138 dispõe de forma expressa que se trata de “decisão irrecorrível”.

Ainda, houve uma opção expressa em enquadrar o *amicus curiae* no Código de Processo Civil como um *terceiro*, por estar inserido entre as formas de intervenção

<sup>93</sup> Nesse sentido: “DECISÃO TERCEIRO - ADMISSIBILIDADE - RECUSA - IRRECORRIBILIDADE. 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: ADEF - Associação de Desenvolvimento da Família - interpõe agravo regimental contra a decisão - cópia em anexo - proferida por Vossa Excelência, na qual indeferiu a respectiva intervenção, como *amicus curiae*, no processo em referência. Consigno a publicação da mencionada decisão no dia 30 de agosto deste ano e protocolização do recurso em 8 do mês em curso. 2. A decisão atacada versa sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Conforme consignado, a admissão de terceiro não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Na própria decisão agravada, restou esclarecido que o ato do relator mediante o qual admite, ou não, a intervenção não é passível de impugnação na via recursal - artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. 3. Ante o quadro, nego seguimento ao agravo, cuja peça deverá ser devolvida à agravante. (...)” (ADPF 54 AgR/DF, decisão monocrática, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/09/2004, DJ 01/10/2004, p. 39). Ainda: “(...) 6.6. A participação de terceiros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade é vedada, salvo na qualidade de *amicus curiae* --- colaboradores que trazem aos autos informações relevantes ou dados técnicos ---, se assim entender necessário o relator. 7. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que são incabíveis os recursos interpostos por terceiros, ainda que figurem como *amicus curiae*. (...)” (ADI 2359 ED/ES, decisão monocrática, rel. Min. Eros Grau, j. 27/08/2007, DJ 31/08/2007, p. 57). Mais recentemente: RE 632238 AgR/PA, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/05/2013, DJe 08/08/2013.

<sup>94</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR AMICUS CURIAE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos” (ADI 3615 ED/PB, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/03/2008, DJe 24/04/2008). No mesmo sentido: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI. Amicus curiae. Recurso. Legitimidade ou legitimação recursal. Inexistência. Embargos de declaração não conhecidos. Interpretação do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99. Amicus curiae não tem legitimidade para recorrer de decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade, salvo da que o não admita como tal no processo” (ADI 3105 ED/DF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 02/02/2007, DJ 23/02/2007, p. 17).

de terceiros. Em consequência, além de ser uma pessoa externa à relação jurídica processual, o NCPC declara expressamente que o amigo da Corte é alguém que possui um *interesse jurídico* no processo, o que contraria sua natureza jurídica e o trata não como um colaborador da Justiça, mas sim como um *amicus partis*, alguém com interesse (ainda que institucional, no caso das pessoas jurídicas) em determinada forma de resolução do conflito, favorável a uma das partes<sup>95</sup>.

Trata-se de uma hipótese de intervenção de terceiro *de ofício*, que pode ser determinada pelo juiz. Portanto, o ingresso do amigo da Corte no processo pode ser (a) provocado, quando for de iniciativa judicial; (b) e espontânea, quando ocorrer por requerimento da parte ou do próprio *amicus curiae*.

Entretanto, apesar de formalmente ser considerado um terceiro, o *amicus curiae* não ingressa no feito na qualidade de parte (ou de ajudante desta), mas sim de um auxiliar do juízo, ou do processo, e não possui todos os direitos e tampouco observa todos os deveres das partes e terceiros.

Porém, é um terceiro com regulamentação específica, por observar regras determinadas, divididas em *gerais* e *específicas*.

As regras *gerais* de sua situação processual de terceiro são: (a) a ausência de modificação da competência: a fim de evitar modificações provocadas e indevidas sobre o princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII), o ingresso do *amicus curiae* não altera o juízo competente para processar e julgar o pedido (em razão da pessoa); (b) e a *legitimidade recursal restrita*, tendo em vista que o amigo da Corte só pode opor embargos declaratórios e interpor recurso contra a decisão que resolver o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976/987 (§§ 1º e 3º do art. 138).

Por sua vez, as regras *específicas* são definidas em cada processo, considerando que compete ao juiz do processo (em primeira instância e nos tribunais) delimitar quais serão os poderes de cada *amicus curiae*, na decisão que o requisitar ou que permitir seu ingresso na relação processual (§ 2º do art. 138). Dessa forma, o número de amigos da Corte, o modo de manifestação (oral ou escrita), eventual dilação de prazo para apresentação de suas razões, a participação em atos processuais, entre outras prerrogativas, devem ser definidas pelo juiz da causa, em decisão irrecurável.

---

<sup>95</sup> Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno afirma que o *amicus curiae* é um *terceiro interveniente*, porque possui um "interesse institucional" e ingressa no processo com o objetivo de defender determinados direitos, que beneficiam uma das partes (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 526-533).

Apenas as regras não podem ser alteradas pelo juiz. Além disso, é possível que, em um mesmo processo, o juiz possa fixar atribuições diferentes para cada amigo da Corte.

O novo CPC, em seu art. 138, trata o *amicus curiae* mais como um *amicus causae* ou *amicus partis*, por representar os interesses gerais da coletividade ou de grupos ou classes sociais, consistindo em um *terceiro com interesse jurídico direto na resolução da causa*.

Logo, o Código desvirtua o instituto, ao considerar que não há somente o interesse do juiz em demandar a exposição dos *amici curiae*, mas também destes em apresentar manifestação sobre o assunto em discussão e as consequências da decisão (apesar de estar dispensado da demonstração de interesse para sua admissão no processo).

A manifestação do *amicus curiae* não vincula, mas apenas auxilia o julgador em sua decisão, possibilitando a ciência das situações fáticas abrangidas na criação e na aplicação da norma, e dos prováveis efeitos e implicações da decisão<sup>96</sup>. Além disso, quando se discute um assunto multidisciplinar, são necessários conhecimentos igualmente multidisciplinares para a sua resolução.

Em síntese, o *amicus curiae* no novo Código de Processo Civil tem natureza jurídica de *terceiro*, com legitimidade recursal limitada e que tem seu ingresso condicionado a um requisito subjetivo (pessoa natural ou jurídica com representatividade adequada) e outro objetivo (relevância da matéria, ou tema específico, ou controvérsia com repercussão social). Pode se manifestar em qualquer processo e em qualquer grau de jurisdição, no prazo de 15 dias a partir de sua intimação, e suas prerrogativas são delimitadas em cada caso pelo juiz do processo, em decisão irrecorrível.

#### **1.2.4. Participantes: Audiências Públicas**

Apesar de não se tratar de uma espécie de intervenção de terceiros, tampouco permitir a formulação de pedidos, insere-se neste capítulo a realização de audiências públicas em processos judiciais por duas razões principais: a influência que elas potencialmente produzem sobre a convicção do julgador (razão pela qual, como se

---

<sup>96</sup> Em sentido parcialmente contrário, há quem entenda que o órgão julgador deve incluir na fundamentação todos os argumentos trazidos ao processo pelos amigos da Corte. Nesse sentido é o Enunciado nº 128 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “(art. 138; art. 489, § 1º, IV) No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489”.

verá adiante, integram o contraditório ampliado na formação concentrada de precedentes na regulamentação atribuída no Brasil novo CPC) e porque a fundamentação da decisão é similar àquela causada pelo *amicus curiae*. Justamente pelo segundo motivo, as audiências públicas e os amigos da Corte são usualmente confundidos na prática processual no Brasil (mais especificamente, pelo STF), razão pela qual se pretende efetuar a distinção adequada.

Ademais, pretende-se neste tópico desenvolver a ideia de que as audiências públicas, quando aplicadas na primeira instância e nas Cortes de apelação, permite ao órgão julgador analisar *questões de fatos qualificadas*, porque não apresentadas pelas partes ou por terceiros diretamente interessados no julgamento do caso concreto, mas sim por pessoas interessadas (juridicamente ou não) na definição ampla da questão jurídica de fundo.

A despeito de ser normalmente confundida e atribuída como espécie de manifestação de *amicus curiae*, a admissão da análise de fatos no controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem na Suprema Corte dos Estados Unidos, com o denominado *Brandeis-Brief*. Trata-se de manifestação formulada pelo advogado Louis Dembitz Brandeis<sup>97</sup>, no caso *Muller vs. Oregon*, de 1908, na qual reservou algumas páginas para tratar de questões jurídicas, e a maior parte se destinava à análise das consequências (médicas e sociais) das longas jornadas de trabalho sobre a mulher<sup>98</sup>. Ou seja, não se limitou a analisar teoricamente a afronta à Constituição, mas a embasou também (e não apenas) com situações de fato que sofrem os efeitos da aplicação da norma<sup>99</sup>.

Antes mesmo da existência de fundamento legal no Brasil para a análise de fatos no controle concentrado de constitucionalidade, e apesar de o STF não admitir nos processos a dilação probatória e o exame dos fatos controversos, a Corte acaba por analisar (inclusive revisando) fatos considerados pelo legislador na elaboração das

---

<sup>97</sup> Mais tarde, no período de 1916 a 1939, Brandeis foi *Associate Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 248. O documento *Brandeis-Brief* está disponível em: <<https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-brandeis-brief-in-its-entirety>>. Acesso em: 27 set. 2015.

<sup>99</sup> No caso, Curt Muller, proprietário de uma lavanderia, foi sancionado com uma multa de dez dólares por ter obrigado uma de suas empregadas a trabalhar mais de 10 horas em um dia, e questionou judicialmente a sanção, e o caso chegou até à Suprema Corte dos EUA. Louis Brandeis atuou em favor do Estado de Oregon, na defesa da constitucionalidade da lei estadual que limitava o horário de trabalho das mulheres, em comparação com a jornada dos homens. A Corte, por unanimidade, concluiu que a lei estadual estava em conformidade com a 14ª Emenda à Constituição, porque era justificada pelo interesse público de proteção da saúde da mulher.

normas. Contudo, não há uma motivação expressa que justifique essa análise de fatos, pois normalmente se utilizam como fundamentos o princípio da igualdade e o postulado da proporcionalidade<sup>100</sup>. Porém, na prática o STF valora os fatos considerados na elaboração das espécies normativas, como na ADI-MC 1910/DF, em que decidiu que o legislador não observou o princípio da isonomia ao instituir prazo decadencial diferenciado para a Fazenda Pública em ação rescisória<sup>101</sup>. Ainda, na ADI 1276/SP se concluiu que a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo não feriu o princípio da isonomia ao elaborar lei que criou incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com idade superior a 40 anos<sup>102</sup>. Logo, ainda que implicitamente e com base em motivação diversa, há no controle de constitucionalidade a análise e a revisão dos fatos e prognoses realizadas pelo Legislativo na elaboração das normas<sup>103</sup>.

A Lei nº 9.868/99 (que regulamenta o processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no STF) admite o auxílio de pessoas que não são partes no processo. Assim dispõe em seus arts. 9º e 20, de semelhante teor<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 471-472.

<sup>101</sup> “(...) 3. A igualdade das partes é imaneente ao *procedural due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. (...)” (ADI-MC 1910/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22/04/2004, DJ 27/02/2004, p. 19).

<sup>102</sup> “Ao instituir incentivos fiscais a empresas que contratam empregados com mais de quarenta anos, a Assembléia Legislativa Paulista usou o caráter extrafiscal que pode ser conferido aos tributos, para estimular conduta por parte do contribuinte, sem violar os princípios da igualdade e da isonomia. (...)” (ADI 1276/SP, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2002, DJ 29/11/2002, p. 17).

<sup>103</sup> Em decisões monocráticas, o Ministro Gilmar Mendes faz menção expressa aos fatos e prognoses legislativos: “(...) Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado. Observa-se também que a constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados. (...)” (ADI 2441/GO, j. 27/02/2007, DJ 16/03/2007, p. 45).

<sup>104</sup> “Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e

Redação similar possui o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 (arguição de descumprimento de preceito fundamental)<sup>105</sup>.

Portanto, em processos tidos como objetivos, é possível o esclarecimento de situações fáticas referentes ao assunto em discussão, por meio de consultas a especialistas e aos tribunais competentes para julgar os processos subjetivos sobre a espécie normativa questionada<sup>106</sup>.

As audiências públicas constituem o principal (mas não o único) instrumento utilizado para a apuração e a elucidação de fatos no controle concentrado de constitucionalidade pelo STF.

Aplicando esses dispositivos, no dia 20 de abril de 2007 o STF realizou sua primeira audiência pública, como forma de instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, proposta pela Procuradoria-Geral da República, que impugnou dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005)<sup>107</sup>. A segunda audiência pública ocorreu na ADPF 101, que questionou as decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados por empresas brasileiras, para utilizá-los

---

autoridade na matéria. § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator”. De acordo com o art. 20: “Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º O relator poderá solicitar, ainda, informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de sua jurisdição. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator”. Acerca das audiências públicas no controle abstrato de constitucionalidade como forma de democracia participativa nos processos do STF: JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 131-134.

<sup>105</sup> “Art. 6º Apiciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

<sup>106</sup> Para Kildare Gonçalves Carvalho, essas normas concretizam o princípio da instrução, segundo o qual o julgador pode de ofício buscar a verdade material: “não há como controlar a constitucionalidade sem uma prévia interpretação da Constituição, que considera a realidade que envolver o próprio intérprete, sendo a norma jurídica ato derivado do mundo concreto e nele presente necessariamente” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 11, p. 15-43, 2006, p. 26).

<sup>107</sup> Nessa audiência, foram ouvidos 22 especialistas acerca do uso de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias, divididos em dois grupos, um favorável e outro contrário à permissão legal. Por fim, os julgadores elaboraram cinco questionamentos, respondidos oralmente pelos dois grupos de especialistas.

como matéria-prima na fabricação de pneus remoldados. No dia 27 de junho de 2008, realizou-se a audiência designada pela relatora, Min. Cármen Lúcia, na qual 11 especialistas defenderam posições semelhantes ou distintas do pedido inicial.

Também foram realizados quatro dias de audiência (encerrados em 16/09/2008) na ADPF 54, que versou sobre o abortamento de fetos anencefálicos, com a oitiva do Ministro da Saúde, de médico, cientistas, socióloga, antropóloga, parlamentares, religiosos, entre outros representantes de 25 instituições, com argumentos variados, favoráveis e contrários ao tema objeto do pedido.

A quinta audiência pública realizada pelo STF teve diversas peculiaridades: foi designada pelo então Presidente, Ministro Gilmar Mendes (e não pelo relator do processo), e marcou a extensão de sua utilização para (a) mais de um processo; (b) e relativos ao controle concreto de constitucionalidade. A audiência, ocorrida durante seis dias em abril e maio de 2009, instruiu diversos pedidos de suspensão de segurança, de liminar ou tutela antecipada (incluído o RE 566471/RN) sobre a concessão de medicamentos ou tratamentos excepcionais não disponibilizados pelo SUS.

No RE 597285 e na ADPF 186, ambas relatadas pelo Min. Ricardo Lewandowski, foi designada audiência pública para os dias 03 a 05 de março de 2010, a fim de debater a constitucionalidade do sistema de cotas nas universidades pública.

Na sequência, durante um intervalo superior a dois anos, o STF não realizou qualquer audiência pública, de março de 2010 a maio de 2012.

De 07 a 14 de maio de 2012 foi promovida audiência pública na ADI 4103, relatada pelo Ministro Luiz Fux, sobre normas da Lei nº 11.705/2008 (“Lei Seca”).

Em 24 e 31 de agosto de 2012, 35 pessoas falaram sobre os benefícios e os riscos causados pelo uso industrial do amianto crisotila, proibido pela Lei nº 12.648/2007, do Estado de São Paulo, e em discussão na ADI 3937 e na ADPF 234, relatadas pelo Ministro Marco Aurélio. Além desses processos, o uso do amianto também está em discussão nas ADI 3357 e 4066.

Mais recentemente, o STF realizou sete audiências públicas no ano de 2013: (a) nos dias 18 e 25 de fevereiro foram instruídas as ADI 4679, 4747 e 4756, sobre a Lei nº 12.482/2011, que regulamenta a televisão por assinatura no Brasil; (b) os efeitos dos campos eletromagnéticos sobre o meio ambiente e a saúde pública foram avaliados por 21 expositores nos dias 6 a 8 de março, para o RE 627189, relatado pelo Ministro Dias Toffoli; (c) no dia 22 de abril, para debater as queimadas nos canaviais em discussão no

RE 586224, relatado pelo Ministro Luiz Fux; (d) nos dias 27 e 28 de maio, no RE 641320, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, sobre a possibilidade de cumprimento da pena em regime aberto nos casos de falta de vagas no sistema prisional; (e) nos dias 17 e 24 de junho, na ADI 4650, relatada pelo Ministro Luiz Fux, acerca de normas das Leis nº 9.096/95 e 9.504/97 sobre doações efetuadas por pessoas jurídicas a partidos políticos e a campanhas eleitorais; (f) no dia 21 de novembro de 2013, para debater a (in)compatibilidade das biografias não autorizadas com dispositivos do Código Civil e da Constituição na ADI 4815, relatada pela Ministra Cármen Lúcia; (g) e nos dias 25 e 26 de novembro de 2013, para instruir as ADI 5035 e 5037, relatadas pelo Ministro Marco Aurélio, nas quais se questionam normas do Programa Mais Médicos criado pela Medida Provisória nº 621/2013.

Portanto, das quinze primeiras audiências públicas realizadas pelo STF, quase a metade ocorreu no ano de 2013. Esse dado pode ser interpretado tanto como positivo, por refletir a consolidação do instituto na prática da Corte brasileira, quanto como de forma negativa, por demonstrar um mau uso e a banalização das audiências públicas. Corre-se o risco de que a participação seja reduzida diante do desinteresse causado pela aplicação excessiva do instituto, além de fazer com que, em regra, apenas o relator do processo efetivamente participe das audiências.

Na sequência, em 2014 o STF realizou uma audiência pública no dia 17 de março, na qual 24 participantes manifestaram-se sobre a Lei nº 12.853/2013, que trata da gestão coletiva de direitos autorais na Lei nº 9.610/98, para instruir as ADI 5062 e 5065, relatadas pelo Ministro Luiz Fux. Neste ano foi realizada somente mais uma audiência pública, em 26 de maio, para instruir o RE 581488, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, acerca das diferenças de classe de internamento hospitalar no Sistema Único de Saúde.

Em 2015 o STF também realizou apenas duas audiências públicas: (a) no dia 15 de junho, relativa à ADI 4439, relatada pelo Ministro Roberto Barroso, sobre os modelos de ensino religioso nas escolas públicas; (b) e no dia 21 de setembro, a fim de instruir a ADI 5072, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, acerca das destinações dadas aos depósitos judiciais.

No primeiro quadrimestre de 2016, foi designada apenas uma audiência pública, para o dia 18 de abril, com o objetivo de instruir quatro ações diretas de

inconstitucionalidade (ADI 4901, 4902, 4903 e 4937), relatadas pelo Ministro Luiz Fux, tendo como objeto o novo Código Florestal.

As audiências públicas consistem em um importante instrumento de ampliação do contraditório e da publicidade processual, além de qualificar a fundamentação da decisão judicial, ao permitir a participação (e a colaboração) processual direta de pessoas com conhecimento especializado (e não necessariamente jurídico) acerca do tema controvertido. A adoção de audiências públicas como uma etapa da formação do precedente não só confere maior legitimidade à decisão judicial, mas a qualifica, auxilia o órgão julgador a levar em consideração e a fundamentar o precedente do modo mais amplo, para que compreenda todos (ou a maior quantidade possível conhecida no momento) os argumentos e fundamentos necessários para a resolução da questão de direito controvertida.

A incidência da Lei nº 9.868/98 leva a outro problema, ainda não padronizado pelo STF (que, ao contrário, ampliou as dúvidas no julgamento do MS 32033): a definição, delimitação e distinção entre *amicus curiae* e análise de fatos no controle abstrato de constitucionalidade.

Recorda-se que a participação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade está prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, o qual dispõe que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. De outro lado, o controle exercido pelo STF sobre a análise dos fatos realizada pelo legislador (de forma correta ou equivocada), pode resultar na inconstitucionalidade do ato normativo. A Lei nº 9.868/99 admite expressamente a análise dos fatos em seus arts. 9º (ADI) e 20 (ADC), citados acima. Redação semelhante também possui o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 (ADPF).

Portanto, não se pode confundir a previsão relativa ao *amicus curiae* no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, com a análise de fatos permitida pelos arts. 9º e 20 da mesma lei, e no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. Esse equívoco corre o risco de ser reproduzido em todos os tribunais, a partir da aplicação das normas do novo CPC sobre o amigo da Corte e a realização de audiências públicas.

As principais diferenças entre os dois institutos do controle abstrato de constitucionalidade são as seguintes: (a) enquanto o *amicus curiae* é uma pessoa

jurídica, na averiguação de fatos são ouvidas apenas as pessoas naturais; (b) a admissão do *amicus curiae* exige que haja matéria relevante, enquanto a análise fática ocorre quando o assunto não estiver suficiente esclarecido no processo; (c) o ingresso dos *amici curiae* no feito pode advir de decisão de ofício do relator, ou a pedido daquele, mas a verificação dos fatos somente acontece se houver determinação do relator; (d) de um lado, o *amicus curiae* pode se manifestar livremente acerca do assunto controvertido, e de outro há uma prévia delimitação dos fatos pelo relator ao requisitar informações de pessoas e tribunais, devendo estes se restringir a responder ou esclarecer as questões fáticas solicitadas<sup>108</sup>.

Contudo, essas diferenças não foram todas mantidas pelo novo CPC, tampouco são rigorosamente observadas pelo STF na prática.

Por exemplo, o aumento da frequência das audiências públicas coincidiu com a falta de rigor nas suas regras: não há mais rigor com a fixação da matéria ou circunstância de fato a ser esclarecida, ou de complemento das informações existentes (conforme determina o § 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99), mas apenas a sustentação oral ampla e irrestrita de pessoas favoráveis e contrárias à constitucionalidade da norma questionada no processo.

Além disso, viu-se que pessoa natural pode ser ouvida em audiência pública, mas não na qualidade de *amicus curiae*, contudo, o STF não observou essa distinção em alguns processos, como, por exemplo, no MS 32033. A Corte já possuía precedentes em que autorizava a manifestação em mandado de segurança<sup>109</sup>, mas neste mandado de segurança, duas pessoas naturais realizaram sustentação oral como *amici curiae*<sup>110</sup>.

No novo CPC, as audiências públicas são previstas como um instrumento de concretização do contraditório ampliado nos precedentes, a fim de assegurar a participação da sociedade na formação<sup>111</sup> e também na sua superação<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Sobre as diferenças: CARDOSO, Oscar Valente. *Controle abstrato de constitucionalidade: aspectos subjetivos*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011.

<sup>109</sup> Por exemplo: MS 29058 MC-AgR/DF, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, j. 24/05/2013, DJe 28/05/2013; MS 29426 AgR/DF, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, j. 30/04/2013, DJe 03/05/2013; MS 30531/DF, decisão monocrática, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/04/2012, DJe 04/05/2012.

<sup>110</sup> Esse processo possui outra situação excepcional: à manifestação dos *amici curiae* em ritos que não o admitam expressamente, como ocorre no mandado de segurança (a Lei nº 12.016/2009 não permite e nem proíbe o amigo da Corte). Sobre o assunto: CARDOSO, Oscar Valente. A admissibilidade de pessoa natural como *amicus curiae* em mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 126, pp. 77-84, set. 2013.

<sup>111</sup> A audiência pública é prevista no IRDR, de acordo com o art. 983: “§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”. Ademais, o art. 1.038 também prevê a sua realização, no processamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos: “Art. 1.038. O relator poderá: (...)II - fixar data para, em

Portanto, ainda que parcialmente equivocadas, o novo Código tem opções claras sobre a natureza jurídica e a regulamentação do *amicus curiae* e da audiência pública, o que facilitará a sua aplicação efetiva e adequada pelos tribunais, principalmente no contraditório e publicidade ampliados exigidos para a formação e superação de precedentes.

### **1.3. O Contraditório como Delimitador e Limitador da Fundamentação**

O contraditório, na sua concepção tradicional, costuma ser, em regra, associado ao princípio da ampla defesa, tendo em vista que ambos são assegurados expressamente pelo art. 5º, LV, da Constituição de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Presente na ordem constitucional brasileira desde 1937 (no art. 122, 11)<sup>113</sup>, o contraditório era restrito ao direito processual penal até 1988, quando foi expressamente ampliado a todo e qualquer processo, administrativo ou judicial, penal ou cível.

---

audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento”.

<sup>112</sup> De acordo com o § 2º do art. 927 do NCPC, os tribunais podem realizar audiências públicas no debate sobre a eventual superação do precedente: “§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

<sup>113</sup> O art. 122, 11, da Constituição de 1937, previa: “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. A norma foi suspensa pelo Decreto nº 10.358/42. Em seguida, o art. 141, § 25, da Constituição de 1946, também abordava o contraditório sob o ponto de vista penal: “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”. Essa concepção foi mantida no art. 150, § 16, da Constituição de 1967: “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. Por fim, redação similar tinha o art. 153, § 16, da Constituição de 1969: “Art. 153. (...) § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

A abrangência e a influência do contraditório no processo civil moderno foram tão ampliadas ao ponto de ele ser incorporado ao próprio conceito de processo, como um *procedimento em contraditório*<sup>114</sup>.

Apesar de nem sempre se realizar uma separação adequada, há distinções entre ambos. Em primeiro lugar, enquanto a ampla defesa tem um aspecto negativo, o contraditório tem um caráter positivo, de permitir que a parte influencie no processo, por meio de alegações e da produção de provas<sup>115</sup>.

Formalmente, o contraditório é sintetizado no binômio conhecimento/reação (ou ciência/participação)<sup>116</sup>, derivado do brocardo latino *audiatur et altera pars*, e a ampla defesa restringe-se aos meios de reação (ou participação)<sup>117</sup>, ou seja, aos *meios e recursos a ela inerentes* referidos na Constituição.

O contraditório é intrínseco ao próprio litígio existente (e a ser resolvido) no processo: é a partir das atuações *parciais* das partes que o Judiciário deve buscar uma solução *imparcial* para a controvérsia.

Em outras palavras, por meio do contraditório se assegura que as partes (e eventuais terceiros) sejam cientificadas de todos os atos praticados no processo (em regra, antes da sua ocorrência, admitindo-se de forma excepcional o denominado contraditório diferido ou postergado, com a intimação posterior) e possam se manifestar sobre eles. Por sua vez, a ampla defesa garante que essa reação ao ato que for

---

<sup>114</sup> Conforme a clássica definição de Elio Fazzalari: FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1989, pp. 60-80. Também sobre o assunto: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 61-77. Cita-se, ainda: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 282.

<sup>115</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 122.

<sup>116</sup> Nesse sentido: "Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis" (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 210). Ainda: "É a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los com alegações e provas" (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 160).

<sup>117</sup> Em resumo, "o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas" (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125). Ainda: "Ampla defesa significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a conseqüente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas" (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 248-249).

desfavorável seja realizada por meio de todos os meios processuais legalmente permitidos (alegações, provas, recursos etc.), sem restrição<sup>118</sup>.

Contudo, o simples direito de informação e reação, como manifestação dos sujeitos no processo, é *insuficiente para concretizar os direitos fundamentais do processo*, motivo pelo qual se faz necessário garantir uma postura participativa das partes.

Assim, na doutrina constitucional e processual brasileira, há alguns anos o contraditório teve uma ampliação de seu conteúdo, passando a abranger os seguintes direitos: de informação (as partes devem ter ciência dos atos praticados no processo), de manifestação (as partes têm o direito de se pronunciar sobre os atos praticados e as provas produzidas) e de *ter considerada sua argumentação* (o julgador deve levar em consideração as razões das partes na fundamentação de suas decisões, nos termos do art. 93, IX, da Constituição)<sup>119</sup>. Não se trata apenas de dar ciência *posterior* dos atos

---

<sup>118</sup> Para André Ramos Tavares, “ampla defesa é o asseguramento de condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe”, enquanto o contraditório decorre diretamente daquela, consistindo na relação dialética entre as partes, em igualdade de condições (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 696-697). Com o mesmo entendimento: “Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é ao própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 93). Fazendo menção à definição tradicional do contraditório, mas sem concordar com ela: “Em geral, do ponto de vista do seu *conteúdo*, o direito ao contraditório é identificado com a *simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes*. Neste contexto, o contraditório realiza-se apenas com a observância do binômio *conhecimento-reação*. Isto é, uma parte tem o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tem o direito de, querendo, contrariá-las” (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 647). Em sentido contrário, há quem trate a ampla defesa como decorrência do contraditório: DEUS, Fernando Barroso de. Ampla defesa, contraditório e o direito evidente. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 70, pp. 37-48, jan. 2009, p. 41. Ainda: “O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 125). Ainda: “Talvez se possa afirmar que a ampla defesa é garantia de participação conferida exclusivamente às partes da relação processual Já contraditório é fenômeno mais amplo, pois se refere também ao juiz, que deve, juntamente com os sujeitos parciais do processo, assumir postura ativa no desenvolvimento do processo, preocupando-se com seu resultado” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, p. 19).

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 547. Da mesma forma: “Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de *cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório*. (...) Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir nos seus rumos*. Isto é, *direito de influência*” (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 648). Também: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo:

processuais, mas, principalmente, de dar às partes e ciência *prévia* dos atos que serão praticados, para que participem ativamente se sua realização (o que abrange o direito de influenciar os pronunciamentos judiciais).

Outro aspecto do contraditório prévio e participativo diz respeito à determinação de provas de ofício pelo juiz e a manutenção de sua imparcialidade no processo: a ciência prévia das partes, sua participação no procedimento de produção e aquisição da prova pelo processo, em conjunto com a posterior fundamentação (influenciada pelas partes), fazem com que a complementação de provas por iniciativa do juiz não comprometa a sua posição imparcial<sup>120</sup>.

Trata-se, em síntese, de assegurar a participação *real* dos sujeitos processuais, e não apenas a ciência formal da prática de atos no processo. No processo penal, o § 16 do art. 150 da Constituição de 1967 (posteriormente reproduzido no § 16 do art. 153 da Constituição de 1969) determinava a observância do contraditório na produção de provas, ou seja, não apenas como um aspecto formal de ciência e reação no processo<sup>121</sup>.

---

RT, 2010, pp. 210-211. Do mesmo modo: “Tanto maior, conforme bem se compreende, a necessidade de assegurar às partes, nesse momento capital, o pleno gozo das garantias que o ordenamento lhes deve proporcionar, com o fito de permitir-lhes influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível, ao mesmo tempo em que uma atuação eficiente na defesa de seus interesses, também - e sobretudo - uma colaboração prestada no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los. Avulta aqui, como postulado de boa administração da justiça, o respeito escrupuloso do chamado ‘princípio do contraditório’; *audiatur et altera pars*. Em linha de princípio, seja pouco dizer que nenhum litigante pode ver-se repellido em razão de prova a cujo conhecimento não tivesse possibilidade de acesso; cumpre acrescentar que ao órgão judicial, na motivação in facto da sentença, não é dado levar em conta senão elementos probatórios colhidos segundo procedimento em que as partes hajam tido oportunidade real (e não apenas nominal) de participar” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, pp. 231-238, jul./set. 1984, p. 231). Ainda: “O conteúdo mínimo do princípio do contraditório, longe de se esgotar na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação dos sujeitos interessados no curso inteiro do procedimento” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 82-83). Também com essa concepção: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 13-52. Ainda, sobre o contraditório como o direito de influência das partes sobre os pronunciamentos judiciais e o direito de não-surpresa no debate processual: REICHEL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 162, pp. 330-351, ago. 2008.

<sup>120</sup> Analisando o contraditório sob essa perspectiva: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, pp. 178-184, jul./set. 1984.

<sup>121</sup> “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

Nesse sentido, há mais de 10 anos o Supremo Tribunal Federal reconhece a nova concepção de contraditório nos seus acórdãos<sup>122</sup>. Entretanto, não se pode falar na existência de *jurisprudência* do STF sobre o tema, porque a Corte não manteve estabilidade e coerência em suas decisões (singulares e colegiadas) sobre o contraditório e, nos últimos anos, prevaleceu inclusive a concepção contrária, de que o juiz não tem o dever de refutar todos os argumentos trazidos pelas partes ao processo. Por isso é que, por exemplo, pode ser encontrado acórdão unânime da 1ª Turma do STF de fevereiro de 2016 em que se concluiu que “(...) referido dispositivo constitucional exige a explicitação, pelo órgão jurisdicional, das razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes”<sup>123</sup>; mas, de outro lado, em maio de 2015, também por unanimidade, a 1ª Turma considerou satisfeito o contraditório porque “(...) a parte recorrente teve acesso a todos os meios de impugnação previstos na legislação processual, havendo o acórdão recorrido examinado todos os argumentos e motivado suas conclusões de forma satisfatória”<sup>124</sup>. Ainda, em novembro de 2014, por maioria, o Plenário do STF decidiu, em processo criminal pela

<sup>122</sup> Cita-se, por exemplo, decisão proferida em fevereiro de 2005: "Agravado de instrumento. 2. Procedimento Administrativo. Exclusão de vantagens salariais de servidores públicos. Direito de defesa. Não observância. 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 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. Precedentes. 7. Agravado de instrumento a que se nega provimento" (AI 481015/DF, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2005, DJ 08/09/2006, p. 56). No mesmo sentido: “(...) 2. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa, ampliados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido também em matéria jurídica. Precedentes. (...)” (RE 527814 AgR/PR, 2ª Turma, rel. Min. Eros Grau, j. 05/08/2008, DJe 28/08/2008). Ainda: RE 492783 AgR/RN, 2ª Turma, rel. Min. Eros Grau, j. 03/06/2008, DJe 19/06/2008.

<sup>123</sup> “(...) 1. Inexiste violação do art. 93, IX, da Lei Maior. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o referido dispositivo constitucional exige a explicitação, pelo órgão jurisdicional, das razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes. (...)” (ARE 922856 AgR/SP, 1ª Turma, rel. Min. Rosa Weber, j. 02/02/2016, DJe 22/02/2016). Da mesma forma: ARE 933368 AgR/DF, 1ª Turma, rel. Min. Rosa Weber, j. 02/02/2016, DJe 23/02/2016.

<sup>124</sup> “(...) 1. Não foram ofendidas as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a parte recorrente teve acesso a todos os meios de impugnação previstos na legislação processual, havendo o acórdão recorrido examinado todos os argumentos e motivado suas conclusões de forma satisfatória. (...)” (ARE 833427 ED/SP, 1ª Turma, rel. Min. Roberto Barroso, j. 19/05/2015, DJe 01/06/2015).

“(…) desnecessidade de o órgão julgante se manifestar sobre todos os argumentos apresentados pela defesa”<sup>125</sup>.

Como consequência do contraditório, recorda-se, por exemplo, do princípio da dialeticidade, segundo o qual, no recurso, a parte deve fundamentar o motivo de sua impugnação, a fim de permitir o contraditório à parte contrária, por meio das contrarrazões, e o julgamento pelo juízo de grau superior<sup>126</sup>.

O contraditório foi reformulado no novo CPC, especialmente em três dispositivos inseridos no capítulo das normas fundamentais do processo civil (arts. 7º, 9º e 10), que serão vistas na sequência, para demonstrar o novo princípio nascido a partir delas, que se reflete em diversas outras normas processuais.

A primeira referência está no art. 7º do NCPC<sup>127</sup>, que, após delimitar o princípio da paridade de tratamento e de armas, acresce o contraditório na parte final, do que já se pode extrair a mudança essencial promovida: enquanto a Constituição se limita a assegurar de forma genérica o contraditório e faz menção aos litigantes como seus destinatários, o Código atribui ao juiz o *dever de zelar pela efetividade do contraditório*.

Trata-se do denominado *contraditório forte* ou *participativo*, que deixa de ver o contraditório como forma e o trata como um direito a ser efetivamente assegurado em todo o processo<sup>128</sup>.

Até então, o contraditório tradicionalmente se desenvolvia entre as partes no processo, assegurando que uma se contraponha às manifestações e às provas produzidas pela outra, ocupando o juiz a função de *espectador* desse diálogo processual e de *fiscalizador* do cumprimento das normas constitucionais e infraconstitucionais no embate entre as partes.

<sup>125</sup> RE 839163 QO/DF, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 05/11/2014, DJe 09/02/2015.

<sup>126</sup> Na definição de Cassio Scarpinella Bueno, “(...) atrela-se com a necessidade de o recorrente demonstrar as *razões* de seu inconformismo, relevando por que a decisão lhe traz algum gravame e por que a decisão deve ser anulada ou reformada” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30). Conforme já decidiu o STJ, “de acordo com o princípio da dialeticidade, as razões recursais devem impugnar, com transparência e objetividade, os fundamentos suficientes para manter íntegro o decurso recorrido. Deficiente a fundamentação, incidem as Súmulas 182/STJ e 284/STF” (AgRg no Ag 1056913/SP, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 06/11/2008, DJe 26/11/2008).

<sup>127</sup> “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

<sup>128</sup> Utilizando a expressão “contraditório participativo”: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, pp. 78-79. Ainda, Marinoni e Mitidiero tratam do “(...) direito ao contraditório como dever ao diálogo no processo” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 128).

Em outras palavras, a atuação das partes no processo não se resume a um contraditório meramente formal, que tem a função principal de conferir legitimidade à decisão judicial. Ao contrário, deve ser assegurada a sua participação inclusive com o fim de influenciar a decisão judicial, de tomar parte na sua elaboração, de traçar os limites dentro dos quais o julgador formará o seu convencimento<sup>129</sup>.

No NCPC, o juiz passa a fazer parte desse diálogo processual, além de permanecer responsável por assegurar a observância do contraditório pelos demais sujeitos processuais ("zelar pelo efetivo contraditório"). Há uma substituição do monólogo do juiz pelo diálogo deste com as partes. Embora ainda exerça o poder de polícia (art. 139, VII), o magistrado passa a ser um sujeito *participante* do processo, não mais exclusivamente um sujeito com voz imperativa no processo. Por essa razão, os provimentos do juiz devem respeitar os direitos fundamentais e o que foi previamente debatido com as partes.

Em suma, a grande novidade do art. 7º está na *inserção do juiz no contraditório*<sup>130</sup>.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery veem, na inclusão desses princípios no mesmo dispositivo (art. 7º), uma relação de causa e consequência entre contraditório e paridade de tratamento e de armas: (a) a paridade de tratamento, que assegura às partes "(...) as mesmas oportunidades ao longo do processo, como decorrência lógica do princípio do contraditório"; (b) e a paridade de armas, que assegura as mesmas chances de manifestação no processo, "(...) os mesmos instrumentos de ataque e defesa para que o juiz possa, ao final, proclamar a solução mais justa e equânime da causa"<sup>131</sup>. Contudo, a inclusão do magistrado como um dos destinatários das paridades leva a um problema, que deverá ser enfrentado (e resolvido) na prática, e que diz respeito à possibilidade – e aos limites – do juiz *reequilibrar o processo*.

---

<sup>129</sup> Sobre o assunto, sob a perspectiva do contraditório e do procedimento como fatores de legitimação da decisão judicial: HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997, pp. 31-32.

<sup>130</sup> Nesse sentido, na doutrina: "O juiz, como visto do teor do CPC 7.º, é responsável pela devida observância do preceito" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 209).

<sup>131</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, pp. 209-210.

Em seguida, gera reflexos diretos sobre outros dois dispositivos, que, por sua vez, ajudam a compreender o significado e o conteúdo do contraditório no novo CPC.

Em primeiro lugar, o art. 9º proíbe que, em regra, o juiz profira decisão contra uma das partes sem a sua oitiva prévia (salvo as exceções previstas no parágrafo único)<sup>132</sup>. Por sua vez, o art. 10 veda ao magistrado a utilização, na fundamentação de sua decisão, de fundamentos que não foram previamente debatidos pelas partes (ou que, ao menos, conceda-lhes prazo para esse fim), o que abrange inclusive as matérias que podem ser conhecidas de ofício<sup>133</sup>. Os dois dispositivos foram redigidos sob a influência do art. 3º do CPC de Portugal<sup>134</sup>.

Nessas duas hipóteses, *o contraditório impõe ao juiz o dever de consulta prévia às partes*, sobre os fundamentos que podem ser utilizados em sua decisão, e *assegura às partes o direito de influenciar a decisão judicial*<sup>135</sup>.

Busca-se, com esses dois dispositivos, evitar as “decisões-surpresa”<sup>136</sup>, ou seja, que uma ou ambas as partes sejam surpreendidas por uma decisão apoiada em

<sup>132</sup> “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701”.

<sup>133</sup> “Art. 10. 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”.

<sup>134</sup> “Artigo 3.º Necessidade do pedido e da contradição. 1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição. 2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida. 3 - 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. 4 - Às exceções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência prévia ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final”.

<sup>135</sup> Comentando o art. 9º do NCPC, sob a perspectiva do contraditório e do direito da parte se manifestar previamente à sentença: “O princípio do contraditório vem assumindo contornos diferentes e mais abrangentes ao longo do tempo. O art. 9.º, *caput*, trata de sua essência – cientificar e proporcionar a possibilidade de manifestação à parte, antes que seja proferida decisão *em seu desfavor*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 65).

<sup>136</sup> Sobre a vedação das decisões-surpresa pelo contraditório: “Por esta razão, permitir às partes a exercer as suas defesas após o exercício dos poderes do juiz não pode formar o conteúdo de uma simples faculdade discricionária, mas uma obrigação própria do juiz, que não pode, portanto, ser considerado como autorizado a emitir os assim chamados julgamentos ‘surpresa’ ou sentenças da ‘terceira via’”. No original: “Per tale motivo, consentire alle parti di svolgere le proprie difese a seguito dell’esercizio dei poteri del giudice non può costituire il contenuto di una mera facoltà discrezionale, bensì un vero e proprio obbligo del magistrato, il quale non può dunque ritenersi autorizzato ad emettere le c.d. sentenze ‘a sorpresa’ o sentenze della ‘terza via’” (GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d’ufficio. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 186, pp. 109-160, ago. 2010).

fundamentos de fato ou de direito<sup>137</sup> não discutidos no processo<sup>138</sup>. Assim, qualquer questão objeto do pronunciamento judicial deve ser previamente objeto de debate, deve ter integrado o diálogo processual. Caso isso não tenha ocorrido, compete ao juiz provocar as partes ao debate. A partir daí, com a apresentação – ou não – de argumentos por elas, pode o juiz decidir contra uma das partes ou com base nos fundamentos debatidos ou instados ao diálogo no processo. Em outras palavras, o contraditório impõe a *previsibilidade* da fundamentação da decisão judicial. Ainda sob essa perspectiva, não basta à fundamentação da decisão judicial expor o convencimento do julgador, mas também deve *convencer* os seus destinatários<sup>139</sup>.

Como visto, o contraditório deve ser observado por todos os sujeitos processuais, o que abrange especialmente as partes e o juiz.

Por essa razão, o art. 9º determina que o juiz não pode decidir em prejuízo de uma das partes sem ter dado a ela a oportunidade de se manifestar no processo. Há um *dever de consulta* do juiz, no sentido de que deve instar as partes a se manifestar sobre fundamentos de fato e de direito não apresentados por ela no processo. Esse dever de consulta está inserido no conteúdo mínimo do contraditório.

<sup>137</sup> Sobre a abrangência da expressão “fundamento” no art. 10, relacionada a questões fáticas e jurídicas: “b.2) Este fundamento novo pode ser de fato ou de direito. Sabe-se que é difícil separar-se, completamente, questões fáticas das jurídicas, porque o direito ocorre justamente no encontro dos planos fático e normativo. Fatos, quando são juridicamente qualificados, já não são mais puros fatos. Normas, a seu turno, supõem quadros fáticos (de forma mais ou menos direta) a que se devem aplicar. Certamente, este dispositivo se aplica a fundamentos sejam predominantemente fáticos, sejam predominantemente jurídicos, porque é só assim que a distinção entre fato e direito pode ser feita: em termos de predominância” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, pp. 67-68). Ainda: “3. Proibição de decisão surpresa (*Überraschungsentscheidungsverbot*). CF 5.º LIV e LV. A parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha, previamente, tomado conhecimento (*Überraschungsentscheidung*), vale dizer, fatos que não esclareçam o porquê da decisão (...)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 212).

<sup>138</sup> Comentando os arts. 9º e 10 sob a perspectiva da vedação à decisão-surpresa: “2. Proibição da decisão surpresa. Este dispositivo, juntamente com o CPC 10, veda a chamada *decisão surpresa*, a qual se baseia em fatos ou circunstâncias que não eram de conhecimento da parte prejudicada pela mesma decisão. Também esta vedação decorre logicamente do princípio do contraditório, bem como, também, do princípio do *due process of law* (Nery. *Princípios*, n. 24.3, p. 237-238). É bom lembrar que o juiz deve zelar pela observância do contraditório (CPC 7.º), razão pela qual não pode negar ou desprezar a ouvida da parte em nenhuma hipótese, exceto nos casos especificados pelo CPC 9.º (medida de urgência ou risco de perecimento de direito)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 211).

<sup>139</sup> Nesse sentido: “A justificação de uma decisão, como resultado de um diálogo argumentativo, somente terá êxito se tiver convencido o seu destinatário imediato (parte no processo) e mediato (a sociedade) que é correto aceitar a interpretação oferecida, ou seja, que a decisão é racionalmente correta, porquanto justificada em termos universalizáveis” (PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014, pp. 105-106).

Esse dever de consulta, também denominado de *dever de prévia oitiva da parte*, confere efetividade ao contraditório e, ao mesmo tempo: (a) assegura às partes o direito de influenciar as decisões judiciais, que devem derivar do diálogo processual e levar em consideração os argumentos apresentados e debatidos entre as partes<sup>140</sup>; (b) e proíbe as “decisões-surpresa”.

As exceções ao dever de consulta estão previstas no parágrafo único do art. 9º e consistem em: (a) decisão em tutela provisória de urgência, antecipada ou cautelar (arts. 303/310); (b) decisão em tutela provisória da evidência, nos casos em que não depende, para a sua concessão, de comportamento processual abusivo ou protelatório do réu (art. 311, II e III)<sup>141</sup>; (c) e decisão inicial na ação monitória, que determina a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, para cumprimento pelo réu em 15 dias úteis (art. 701).

Trata-se do denominado contraditório diferido ou postergado, em que o juiz decide provisoriamente com fundamento nas alegações e provas apresentadas por uma das partes (o autor), para a oitiva posterior da outra (o réu), que terá a oportunidade de se manifestar após a formação da convicção do juiz (e, em regra, do cumprimento da medida por ele determinada), completando a formação do contraditório. Por isso, afirmam-se que o contraditório (e o dever de consulta) não são descumpridos, mas apenas se concretizam em momento posterior. Nesses casos, portanto, que compreendem *medidas de urgência e medidas para evitar o perecimento do direito*<sup>142</sup>, o juiz pode decidir sem a oitiva prévia da parte contrária. Evidentemente, isso não impede que, após a oitiva da outra parte, o juiz revogue ou modifique a medida.

Acrescenta-se que esse rol do parágrafo único do art. 9º é *exemplificativo*. Logo, não exclui outras hipóteses de exceção ao dever de consulta, previstas em lei especial ou no próprio Código de Processo Civil. Por exemplo, independem de prévia

---

<sup>140</sup> Por essa razão, a decisão judicial não é considerada fundamentada se não apreciar e refutar todos os argumentos que possam alterar suas conclusões: “Art. 489. (...) § 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”.

<sup>141</sup> As hipóteses dizem respeito, respectivamente: (a) à comprovação documental das alegações de fato (e a desnecessidade de demonstração por outros meios) e à existência de tese fixada em precedente obrigatório; (b) e ao pedido reipersecutório, ou seja, formulado pelo proprietário de bem que não está na sua posse, instruído com o contrato de depósito.

<sup>142</sup> Conforme a distinção realizada por: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 211.

oitiva do réu as decisões liminares nas ações possessórias (art. 562, NCPC)<sup>143</sup>. Ainda, o julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332 do NCPC) também constitui exceção: o juiz pode decidir o mérito liminarmente, para declarar a prescrição ou a decadência, ou aplicar súmula do STF ou STJ, e indeferir o pedido do autor, mesmo que este não tenha se manifestado sobre o assunto na petição inicial (e sem necessidade de intimá-lo para emendá-la e apresentar seus argumentos, porque a petição inicial é a sua manifestação prévia à decisão judicial)<sup>144</sup>. Além do NCPC, cita-se, por exemplo, a medida liminar nas ações de despejo da Lei de Locações (art. 59, § 1º, da Lei nº 8.245/91)<sup>145</sup>, e a liminar em mandado de segurança (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009)<sup>146</sup>, que independe da oitiva prévia da autoridade coatora e da pessoa jurídica.

O art. 10 do NCPC positiva a *regra de prévia oitiva das partes pelo juiz*, que impõe o dever de consulta e proíbe o "julgamento surpresa" e, com isso, concretiza o princípio do contraditório. O dispositivo cria uma limitação ao brocardo latino "*iura novit curia*"<sup>147</sup>. O juiz deve conhecer o direito, mas não mais pode aplicá-lo sem a manifestação prévia das partes, ou seja, sem o exercício do contraditório. Ainda que o julgador deva conhecer e aplicar a norma de ofício, deve intimar as partes para dialogar sobre ela. Assegura às partes o direito de manifestação prévia sobre *qualquer questão*

<sup>143</sup> "Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada".

<sup>144</sup> Com esse entendimento, inserido o art. 332 nas exceções ao art. 9º: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 67.

<sup>145</sup> "§ 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo".

<sup>146</sup> "Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica".

<sup>147</sup> Em sentido contrário: "16. *Iura novit curia* e a proibição de decisão-surpresa. A proteção contra as *decisões-surpresa* não inviabiliza, nem atenua, tampouco elimina a utilização, pelo juiz, dos preceitos do princípio processual *iura novit curia* (Montesano-Arieta. *Trattato DPC*, v. I, t. 1, ns. 97.3 e 98.1, pp. 357 e 360; Gerald. *Temas*, v. I, Cap. I, n. 4.1, p. 77). Esse princípio implica, de um lado, o poder-dever de o juiz conhecer e determinar a norma jurídica a ser aplicada à situação concreta exposta na demanda, prescindindo (questão de ordem pública) ou não (questão de direito dispositivo) da alegação da parte, e, de outro, consentir na modificação da qualificação jurídica do direito ou da relação deduzida em juízo, observados rigorosamente os fatos e fundamentos jurídicos do pedido (*causae petendi* próxima e remota) (Montesano-Arieta. *Trattato DPC*, v. I, t. 1, n. 97, p. 353). (...) O princípio *iura novit curia* atua apenas no tocante às questões de direito, o que se deduz da própria significação literal da locução (*o juiz conhece o direito*), não se aplicando aos fatos, cuja prova deve ser feita nos autos em virtude de ônus a cargo das partes (Montesano-Arieta. *Trattato*, v. I, t. 1, n. 97, p. 354)" (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, pp. 216-217).

*relevante para o julgamento da causa*, mesmo que se trate de questão que o juiz possa conhecer de ofício (como, por exemplo, a prescrição e a decadência, a inconstitucionalidade da norma, a sua incompetência absoluta).

Em outras palavras, a norma dispõe, sob a perspectiva de dever do juiz, que este não pode utilizar, em sua decisão, fundamento que não integrou o diálogo processual, ou seja, que *não foi objeto de contraditório*. Assim, toda e qualquer questão objeto do pronunciamento judicial deve constar previamente do objeto dos debates entre os sujeitos no processo, deve ter sido abordada no diálogo processual. Trata-se, de forma mais ampla, da observância da *transparência* na relação entre juiz e partes<sup>148</sup>.

A parte final do art. 10 mostra a grande extensão (e importância) conferida ao princípio do contraditório no novo CPC: “(...) ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Em outras palavras, mesmo que o juiz deva conhecer do tema independente de manifestação prévia das partes (ex: prescrição, decadência, incompetência absoluta), deve intimá-las para que possam se posicionar sobre a matéria, contrária ou favoravelmente. Assim, “o contraditório, em sua versão contemporânea, abrange a necessidade de que as partes sejam ouvidas *mesmo quando o juiz pretende resolver matéria* sobre a qual pode se manifestar de ofício e também a necessidade de que a atividade das partes em contraditório seja *levada em conta* pelo juiz, ao decidir”<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Nesse sentido: “4. Relacionamento do juiz com as partes. Transparência. Tratando do relacionamento entre as partes e o juízo, afirma-se que a atividade jurisdicional de avaliação dos fatos e do direito não deve surpreender as partes (...) (Rosenberg-Schwab-Gottwald. *ZPR*, § 77, III, 23, p. 403, grifado no original), sendo que essa proteção contra a decisão-surpresa do tribunal é um aspecto especial da garantia constitucional do contraditório (Rosenberg-Schwab-Gottwald. *ZPR*, § 77, III, 27, p. 404)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 212).

<sup>149</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 66. Ainda, comentando o dispositivo: “11. Poder-dever do juiz de ouvir as partes. A proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de “terceira via” (Carpì-Colesanti-Taruffo-Brunelli. *Comm.breve CPC*<sup>7</sup>, coment. IV CPC ital. 183, pp. 726/727). Não que implique adiantamento do entendimento do juiz, pois isso seria pré-julgamento intolerável e inconstitucional, que macula a imparcialidade necessária para o juiz julgar a causa. Mas o juiz, como sujeito do processo, *terceiro imparcial* (Const. ital. 111, redação da Legge costituzionale n. 2, de 12.11.1999), equidistante das partes, deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 215).

Isso não significa que o juiz não possa aplicar mais de ofício determinadas normas ou matérias. *Aplicar de ofício significa fazer incidir a norma independentemente de requerimento expresso das partes.* O que o art. 10 do NCPC não permite é que o juiz utilize ato normativo ou fundamento (mesmo que de ofício) sem que as partes tenham se manifestado sobre ele. Por exemplo, encerrada a instrução processual, o juiz verifica a ocorrência da decadência do direito do autor, mas a matéria não foi alegada pelo réu, na contestação ou em momento posterior. Deve, por isso, converter o julgamento em diligência e intimar as partes para que, querendo, manifestem-se acerca do possível decurso do prazo decadencial. Ainda que apenas o autor peticione e o réu se mantenha silente (sem alegar ou apresentar requerimento), o juiz deve declarar a decadência de ofício.

Ademais, há uma vinculação do juiz, na decisão, aos fundamentos trazidos ao processo pelas partes. Contudo, *o acréscimo de outros fundamentos ao diálogo processual pelo juiz não o vinculam a utilizá-los na decisão.* Por exemplo, ao converter o julgamento em diligência e intimar as partes sobre a possível ocorrência da prescrição, o juiz não é obrigado a declará-la na sentença, ou a se manifestar sobre ela (pode ocorrer que uma ou as duas partes demonstrem a existência de causa de suspensão ou interrupção e esclareçam que não se trata de matéria controversa).

Outra questão deve ser elucidada: o acréscimo de fundamentos novos ao processo nem sempre é promovido pelo juiz. Pode ser realizado, por exemplo, pelo Ministério Público, que se manifesta sempre após as partes (art. 179, I, NCPC), ou por *amicus curiae*, entre outras pessoas e situações. Nesses casos, antes de decidir (e caso queira utilizá-los), o órgão julgador deve oportunizar às partes que se expressem sobre esses novos fundamentos<sup>150</sup>.

Destaca-se que o art. 10 não deve ser considerado observado por decisões genéricas, que intimem as partes para se manifestar sobre todas as questões que possam, em tese, incidir no processo (e em qualquer outro), como, por exemplo: “manifestem-se as partes, em 10 dias, sobre as questões previstas no art. 337 do CPC”. A cooperação e o diálogo processual pressupõem que seja indicada especificamente a questão, como, por

---

<sup>150</sup> Sobre o assunto: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 216.

exemplo, a ocorrência de litispendência ou a falta de interesse processual (art. 337, VI e XI), sob pena de nulidade da sentença por violação ao contraditório<sup>151</sup>.

Por essa razão, aumentará a *importância do juízo de admissibilidade da petição inicial*, que será o momento adequado para, se for o caso, resolver o mérito e proferir julgamento de improcedência liminar (art. 332,) ou, na decisão que receber a petição inicial, determinar a citação do réu e designar audiência de conciliação ou mediação (entre outras providências), intimar as partes para se manifestar expressamente sobre questão não argumentada na inicial (como, por exemplo, a incompetência absoluta ou a coisa julgada).

A incidência do art. 10 do novo CPC nos Juizados Especiais causará dificuldade quando for necessário intimar a parte autora não representada por advogado para se manifestar sobre questões técnicas, como, por exemplo, a incompetência absoluta do juízo, a ocorrência de prescrição ou decadência, a conexão ou a coisa julgada. A fim de mitigar as dificuldades da parte, deverá o juiz: (a) em observância ao § 2º do art. 9º da Lei nº 9.099/95, alertá-la sobre a conveniência de ser representada por advogado, especialmente em virtude da necessidade de manifestação sobre assuntos jurídicos<sup>152</sup>; (b) e, como primeira ou segunda alternativa, designar audiência para, inicialmente, informar didaticamente a parte acerca dos fundamentos sobre os quais deve se manifestar.

---

<sup>151</sup> Na prática, contudo, esses novos dispositivos enfrentam resistência na sua observância pelo Judiciário. Por exemplo, no Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, promovido pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), em Brasília, de 26 a 28 de agosto de 2015 (portanto, antes da entrada em vigor do NCPC), foram aprovados 62 Enunciados, entre os quais estão alguns que buscam “mitigar” a efetiva aplicação do contraditório. Nesse sentido, o Enunciado nº 1 delimita os fundamentos dos pedidos das partes: “1) Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”. Em seguida, o Enunciado nº 2 da ENFAM prevê a aplicação de princípio pelo julgador, mesmo que não tenha sido diretamente integrado o debate processual: “2) Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio”. Ainda, o Enunciado nº 3 dispensa a consulta prévia às partes quando o juiz entender desnecessária para o julgamento: “3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”. O Enunciado nº 4 dispensa o contraditório prévio na decisão de declaração de incompetência absoluta do juízo: “4) Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015”. Os Enunciados nº 5 e 6 da ENFAM dispensam o contraditório na decisão que se apoiar nas provas: “5) Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório”; “6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório”.

<sup>152</sup> “§ 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar”.

Ainda na legislação especial, o § 4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), inserido pela Lei nº 11.051/2004, observa a necessidade do contraditório prévio entre juiz e partes na declaração da prescrição intercorrente, ao prever: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

Importante ressaltar que *decisão judicial que não observar o art. 10 do NCPC não viola o dever de fundamentação* (previsto no art. 93, IX, da Constituição, e no art. 11 do NCPC). Ao contrário, essa decisão terá *excesso de fundamentação*, e poderá ser anulada por *violação ao princípio do contraditório*.

Portanto, o contraditório gera, ao mesmo tempo, um dever para o juiz (denominado de *dever de consulta*) e um direito para as partes (*direito de influência do diálogo processual na decisão judicial*)<sup>153</sup>.

Essa mudança influencia outros princípios processuais, como, por exemplo, o do impulso oficial, que passa a ser condicionado pelo contraditório, no sentido de que o impulso do processo pelo juiz é condicionado pelo diálogo prévio com as partes, com a sua manifestação e observado o seu direito de influenciar o andamento processual. Indo além, produz reflexos inclusive sobre a concepção tradicional de processo como instrumental e secundário ao direito material: o contraditório deixa claro que o juiz não pode decidir sem ouvir as partes e sem dar a elas a oportunidade de corrigir os vícios processuais, com o objetivo maior de dar efetividade à prestação jurisdicional.

Ressalva-se ainda que os arts. 7º, 9º e 10 do NCPC se aplicam a todas as instâncias e em qualquer grau de jurisdição<sup>154</sup>.

---

<sup>153</sup> Sobre o contraditório como o direito de influenciar o juiz: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13. Do mesmo modo: REICHELDT, Luis Alberto. O direito ao processo justo e suas manifestações no projeto de novo Código de Processo Civil: primeiras considerações. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, Porto Alegre, nº 16, pp. 75-88, jan./dez. 2015, p. 83. Ainda: “É na fundamentação da decisão que se observará se, de fato, o direito ao contraditório foi efetivamente exercido no processo. Isso pela razão de que, no cenário do Estado Constitucional, o direito ao contraditório não diz respeito apenas às partes: a ele submete-se também o órgão jurisdicional. Vale dizer: o direito ao contraditório significa mais do que exercer, no curso do processo, o direito a manifestação a respeito do material a ele aportado pela parte contrária. Significa direito de influência na decisão” (MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da decisão e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015, p. 155). Ainda, acerca do contraditório como direito de influência sobre a decisão e dever de debate, em um modelo de processo cooperativo: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 149-156.

<sup>154</sup> Nesse sentido, comentando o art. 10: “18. Regra incide em qualquer grau de jurisdição. Tendo em vista que a Constituição Federal atua em qualquer processo e em qualquer juízo ou tribunal, indistintamente, a regra da proibição de decisão-surpresa, que decorre diretamente dos princípios

Para alguns doutrinadores, os arts. 9º e 10 do novo CPC constituem uma forma de aplicação prática do princípio da cooperação, previsto no art. 6º do Código<sup>155</sup>. Contudo, ainda que haja a influência da cooperação no diálogo com as partes e no aproveitamento de seus argumentos e fundamentos na decisão judicial, os dispositivos decorrem diretamente do contraditório e a inserção do juiz em seu cumprimento.

O contraditório forte do novo CPC produz diversos deveres para o juiz, especialmente quatro: (a) o dever de *consulta*, positivado principalmente no art. 10 (e, parcialmente, no art. 9º) do NCPC, que “impõe” o diálogo do juiz com as partes, e transforma o processo em um ambiente de trabalho em cooperação (e aqui está a relação do princípio da cooperação com o contraditório, mas não significar que os arts. 9º e 10 são norteados primariamente pela cooperação); (b) o dever de *esclarecimento*, que se subdivide no dever de pedir esclarecimentos aos sujeitos processuais sobre requerimentos e pedidos obscuros, contraditórios e omissos (e que amplia a importância do juízo de admissibilidade da petição inicial e do saneamento do processo), e, conseqüentemente, no dever de proferir decisões claras e completas; (c) o dever de *prevenção*, de acordo com o qual incumbe ao magistrado apontar as falhas existentes nos atos processuais e indicar sua correção, para sanear o processo e possibilitar a

---

constitucionais do devido processo legal (CF 5.º *caput*, I e LIV) e do contraditório e ampla defesa (CF 5.º LV), aplica-se a todos os processos, sejam de competência originária ou recursal, e em qualquer grau de jurisdição, sejam eles da instância ordinária ou extraordinária” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 218). Para não deixar dúvidas da extensão do contraditório, além das normas inseridas entre as normas fundamentais do processo civil, o novo Código reitera a sua aplicação em outras fases processuais, tais como o surgimento de fatos novos após o início do processo: “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”. Ademais, o art. 933 detalha a aplicação do contraditório em grau recursal: “Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente. § 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores”.

<sup>155</sup> “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Sobre a cooperação como um princípio e um modelo de processo, no Brasil: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. O autor elabora um modelo de processo organizado sob a cooperação de todos os que dele participam, tendo como teoria metodológica o formalismo-valorativo. Afirma que o processo cooperativo depende da existência de condições sociais, lógicas e éticas, a fim de que se diferencie dos modelos isonômico e assimétrico. Ainda, trata-se de um processo no qual o diálogo é um elemento sempre presente no *iter* procedimental, da apresentação da petição inicial até a coisa julgada e o cumprimento da decisão. Ainda, acerca dos deveres de cooperação do juiz no novo CPC: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 128-132.

decisão de mérito (aqui também há a incidência do princípio da primazia da decisão de mérito, previsto no art. 4º do NCPC); (d) e o dever de *auxílio*, que atribui ao juiz o papel de auxiliar as partes na remoção de entraves processuais.

Esses quatro deveres são instrumentais para que o juiz possa proferir a decisão adequada à resolução da controvérsia, com uma fundamentação que reflita o diálogo processual e tenha sua legitimidade previamente conferida pelos próprios sujeitos do processo<sup>156</sup>. Para isso, deve estar claro no processo, antes mesmo de o juiz proferir a sentença, ou o tribunal prolatar o acórdão, *quais serão os fundamentos utilizados na decisão. A surpresa deve estar apenas no resultado*, ou seja, quais fundamentos serão acolhidos e quais serão refutados. Como se verá no Capítulo 3, os precedentes minimizam essa surpresa, ao vincular a resolução das questões similares nos processos futuros.

Em suma, *para decidir, o juiz deve previamente ouvir*. Além disso, o julgador deve ouvir e efetivamente levar em consideração o que as partes alegam. Pressupõe-se que aqueles que serão afetados pela decisão devem participar previamente de sua elaboração. Consequentemente, o controle do contraditório é feito por meio da fundamentação da decisão judicial. Desse modo, *a decisão fundamentada é aquela que contém os fundamentos previamente debatidos pelas partes*.

O contraditório no novo CPC pretende conferir uma *legitimação democrática* às decisões judiciais. Reforça a ideia de que *o pedido vincula o julgador*, não apenas por definir previamente o conteúdo da decisão, mas também por influenciá-la, por fazer com que o juiz examine os elementos fáticos e jurídicos trazidos ao processo pelas partes e, de modo expressa, acolha ou refute os seus argumentos e fundamentos.

Enquanto a congruência explica, o contraditório é a origem da vinculação do juiz aos pedidos, a base jurídica que determina ao juiz que julgue tudo o que foi pedido e apenas o que foi pedido pelos sujeitos processuais<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> Nesse sentido: “(...) todos os elementos fático-jurídicos da causa dependem de debate prévio, entre todos os partícipes da relação processual, partes e julgador, objetivando-se, desse modo, a construção da justa solução do caso concreto, estratificável e aferível, por óbvio, na motivação da decisão” (LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 199).

<sup>157</sup> “Embora imposta pela lei ordinária, não pela Constituição, a adstrição encontra fundamento nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O motivo pelo qual o legislador processual não permite ao juiz decidir fora dos limites objetivos fixados na inicial, ou legitimamente ampliados, é exatamente preservar a integridade desses princípios” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e;

Dessa forma, o contraditório gera reflexos importantes sobre a fundamentação das decisões judiciais: (a) impede, em regra, que o juiz profira decisão contra uma das partes sem ouvi-la previamente (salvo as exceções expressamente previstas em lei); (b) apesar de não evitar que o juiz conheça de ofício determinadas matérias, proíbe a utilização, na fundamentação, de fundamentos não levados o processo pelas partes (salvo a possibilidade de o juiz provocar a manifestação das partes sobre a matéria).

#### **1.4. A Congruência Ampliada: *Causa Petendi* e Fundamentação**

Como reflexo direto da utilização do contraditório forte ou participativo no processo, o princípio da congruência é significativamente ampliado.

Viu-se que, na concepção tradicional, a congruência externa divide-se em objetiva e subjetiva. A congruência externa objetiva é vinculada pelos pedidos dos sujeitos processuais.

Com o novo Código de Processo Civil brasileiro, surge uma *congruência ampliada*, que, em sua face externa objetiva, diz respeito não apenas aos pedidos, mas também aos *fundamentos do pedido*.

Em outras palavras, o órgão julgador é limitado e tem sua decisão delimitada pelos fundamentos de fato e de direito do pedido

No direito positivo, essa relação direta entre fundamentação e causa de pedir está prevista no art. 458, II, do CPC/73<sup>158</sup>, que define a fundamentação da sentença a partir de seu *conteúdo*, consistindo na parte “(...) em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. O art. 489, II, do novo CPC<sup>159</sup>, tem um teor semelhante, conceituando a fundamentação como a parte da sentença que deve conter o exame (e a resolução) das questões fáticas e jurídicas trazidas ao processo pelas partes e eventuais outros sujeitos processuais.

---

BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, p. 34).

<sup>158</sup> “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

<sup>159</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

Tal vinculação do julgador à causa de pedir, e não somente aos pedidos, já encontrava defensores na vigência do CPC de 1973, especialmente para traçar os limites da coisa julgada<sup>160</sup>.

Ademais, o novo CPC prevê de forma expressa a vinculação da fundamentação à causa de pedir, ao regulamentar a teoria da causa madura em seu art. 1.013, § 3º, o qual dispõe que, no julgamento da apelação, o órgão colegiado do tribunal pode julgar o mérito quando declarar a nulidade de sentença incongruente com o pedido *ou com a causa de pedir*<sup>161</sup>.

Também no novo CPC, o art. 489, § 1º, IV<sup>162</sup>, dispõe que a fundamentação das decisões judiciais deve enfrentar expressamente todos os *argumentos* trazidos pela parte vencida que possa, em tese, levar a uma decisão contrária. O dispositivo deveria complementar, mas é diferente do dever de consulta positivado no art. 10, que, como visto, impõe ao juiz a utilização, na fundamentação de suas decisões, apenas os *fundamentos* debatidos no processo, ou oportunizar aos sujeitos processuais o diálogo sobre eles.

Enquanto os argumentos consistem em todas as alegações expostas nas manifestações dos sujeitos processuais parciais (sobre fatos, provas, outros atos processuais e os fundamentos de fato e de direito em debate, entre outros), os fundamentos são mais restritos e compreendem os fundamentos de fato e de direito dos quase decorre o pedido, ou seja, são os elementos que compõem a causa de pedir e, conseqüentemente, identificam a demanda<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Com esse entendimento: “Isto decorre do fato de que o relevante é a causa de pedir, e não os fatos, as circunstâncias, os sucessos históricos, para a delimitação objetiva da coisa julgada. (...) De fato, os sucessos históricos servem para interpretar o pedido e a causa de pedir, pelo que, em uma segunda demanda, se recorrerá a eles para saber se as novas circunstâncias espaciais e temporais já não estão abrangidas pela decisão do primeiro processo” (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 81).

<sup>161</sup> “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...) § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: (...) II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir”.

<sup>162</sup> “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”.

<sup>163</sup> Acerca do tema, no novo CPC: CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, § 1º, IV do NCPC. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). *O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 283-308. Ainda, o Enunciado nº 1 da ENFAM define o fundamento da seguinte forma: “1) Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes”. Sobre o conceito de fundamentos: “Fundamentos jurídicos do pedido não são os preceitos legais onde se adapta o fato, mas a circunstância que lhe é

Desse modo, o art. 489, § 1º, IV, do novo CPC, deve ser interpretado no sentido de que vincula o julgador à causa de pedir contida nos pedidos das partes, além de outros sujeitos processuais eventuais (o que inclui especialmente os terceiros e, como visto, o *amicus curiae*).

Além dos deveres criados pelo contraditório nos arts. 7º, 9º e 10, o art. 489, § 1º, IV, do novo CPC<sup>164</sup>, impõe ao juiz um dever de *diálogo direto* com os sujeitos processuais parciais (especialmente as partes, terceiros, seus representantes e o Ministério Público), explicando as razões de acolher determinados argumentos e provas em detrimento de outros e, especialmente, os motivos pelos quais refuta determinados argumentos e provas. Trata-se da outra face do direito de influenciar as decisões judiciais, titularizado pelos sujeitos processuais (especialmente pelas partes).

Logo, o julgador também é vinculado e deve se manifestar, na sentença e em outras decisões, acerca dos fundamentos de fato e de direito alegados pelos sujeitos processuais. Isso significa que, por exemplo, deve examinar não apenas os fatos alegados pelo autor, mas também os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor eventualmente alegados pelo réu, especialmente quando for refutá-los na decisão.

Trata-se de uma causa de pedir *qualificada*, porque não diz respeito a todos os fundamentos fáticos e jurídicos do pedido, mas apenas aos fundamentos que, em tese, puderem levar a uma conclusão contrária àquela adotada na decisão judicial.

Em complemento, é *infra* (ou *citra*) *causa petendi* a decisão que não resolve todos os fundamentos dos pedidos que puderem contrariá-la em tese, *ultra causa petendi* a que decidir além dos fundamentos dos pedidos, e *extra causa petendi* aquela que julgar de forma diversa dos fundamentos dos pedidos.

### **1.5. Síntese Conclusiva sobre os Reflexos dos Pedidos Sobre a Fundamentação**

---

peculiar e que demonstra possibilidade de consequências jurídicas, dentre as quais a que se revela na pretensão materializada no pedido” (SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 429). No tocante ao conceito de causa de pedir e seus elementos: LEONEL, Ricardo de Barros. *A causa petendi nas ações coletivas*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 125-190.

<sup>164</sup> “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”.

Os pedidos formulados no processo (por autor, réu, terceiros e outros sujeitos processuais) delimitam e limitam a fundamentação da decisão judicial, por apresentar ao juiz os limites da disputa entre as partes (e outros eventuais interessados), o que, ao mesmo tempo, cria uma vinculação para decidir exclusivamente nesse "território" processual, traçado principalmente por autor e réu<sup>165</sup>.

Na perspectiva do julgador, a congruência é o *dever de decidir de modo claro e de acordo com os limites traçados pelos sujeitos processuais*, ou seja, vincula o juiz aos pedidos dos sujeitos processuais.

Sob a ótica das partes, terceiros e interessados, a congruência é o *direito de ter a controvérsia julgada de acordo com os limites subjetivos e objetivos dados pelos sujeitos processuais*.

Viu-se que a decisão judicial também recebe a influência do contraditório, no sentido de *participação e influência* dos sujeitos processuais sobre os *fundamentos* utilizados pelo julgador. Evidentemente, a lei não impõe uma influência sobre a *convicção* do julgador, mas vincula a fundamentação por ele utilizada para justificar suas escolhas.

Se a congruência *explica* o que é e de que modo ocorre a vinculação do juiz aos pedidos, é do contraditório que se extrai a origem dessa vinculação, as razões pelas quais o juiz se vincula aos pedidos, para decidir e para fundamentar sua decisão.

Sob o aspecto objetivo, interno e externo, além da vinculação aos pedidos (congruência), o novo CPC deixa clara a existência de vinculação do julgador à causa de pedir.

Logo, os vícios da decisão judicial em diante da inobservância da congruência passam a ser divididos de acordo com o pedido (concepção tradicional) e a causa de pedir (nova concepção).

Assim, é *infra* (ou *citra*) *petita* a decisão que não resolve todos os pedidos, *ultra petita* a que decidir mais do que foi postulado (além dos pedidos), e *extra petita* aquela que julgar de forma diferente do pleito inicial (fora dos pedidos).

---

<sup>165</sup> Porém, apesar de compartilhar esse entendimento, em regra se defende na doutrina tradicional que apenas os pedidos do autor delimitam a sentença, e que o réu pode também desempenhar esse papel por meio da reconvenção. Com tal entendimento: "(...) em obediência ao princípio dispositivo, é a petição inicial que fornece o norte para a realização da perícua atividade do magistrado no processo. Tal é relevante para o tema em questão, pois as alegações do réu não modificarão a demanda ou a lide, ao menos que formule pedido reconvenicional" (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 79).

Em complemento, é *infra* (ou *citra*) *causa petendi* a decisão que não resolve todos os fundamentos dos pedidos que puderem contrariá-la em tese, *ultra causa petendi* a que decidir além dos fundamentos dos pedidos, e *extra causa petendi* aquela que julgar de forma diversa dos fundamentos dos pedidos.

Sob o aspecto subjetivo, o julgador é vinculado aos pedidos apresentados pelos sujeitos processuais, e não apenas pelo autor, ou por autor e réu. Outros participantes do processo também formulam pedidos que vinculam a decisão judicial e sua fundamentação.

Por tais razões, não há uma *liberdade* absoluta no ato de julgar: as decisões judiciais devem respeitar as fronteiras traçadas pelas partes e outros sujeitos processuais em torno da prestação jurisdicional no processo.

Até 17 de março de 2016, as partes (e outros sujeitos processuais eventuais) escreviam o *roteiro* e o juiz elaborava o *conteúdo e o fim da história*, ou seja, a solução para o caso. Havia limitação na escolha do fim, de acordo com os pedidos estabelecidos pelas partes, mas o conteúdo era livremente preenchido pelo órgão julgador, sem vinculação aos argumentos e fundamentos das partes.

A partir de 18 de março de 2016, com a entrada em vigor do novo CPC, as partes (e outros sujeitos processuais eventuais) *escrevem o roteiro, delimitam o conteúdo* que será escrito pelo julgador e *limitam os possíveis fins*. Ao juiz incumbe *escolher o conteúdo e o fim* entre aqueles definidos pelas partes, justificando as razões de sua escolha e os motivos de não ter adotado outro conteúdo e outros fins possíveis.

## 2. PROVAS – A VALORAÇÃO E A VINCULAÇÃO JUDICIAL DAS PROVAS

A fundamentação das decisões judiciais, especialmente da sentença e do acórdão dos tribunais de apelação (na resolução do mérito da causa), não se limita a uma formalidade de subsunção ou de ponderação na aplicação de normas. O julgador deve, em primeiro lugar, reconstruir os fatos ocorridos, o que se faz por meio do exame e valoração das provas, a partir dos quais incidirão as consequências jurídicas.

Essa atividade de reconstrução processual dos fatos por meio das provas, com o objetivo de resolver os pedidos das partes e determinar qual a norma aplicável e de que forma ela incidirá, será analisada neste capítulo, sob a perspectiva da fundamentação.

A escolha, no processo, por determinadas provas em detrimento de outras, é um assunto que não se mantém estável na história do processo e ainda não foi resolvido de forma satisfatória: todos os modelos conhecidos são sujeitos a crítica e se limitam a conferir segurança apenas sobre a previsibilidade do padrão de valoração de provas que incidirá no processo. Contudo, não há um modelo imune a falhas ou insuficiências, tampouco se pode afirmar que aquele escolhido pelo legislador será utilizado de modo adequado, por ele, pelo Judiciário ou por qualquer outro legitimado.

Na prática, por se tratar de um conceito de direito processual (com base constitucional) faz-se a seguinte análise: existindo uma fundamentação *formalmente* válida, está atendido o art. 93, IX, da Constituição. Contudo, as relações da fundamentação com a prova e, conseqüentemente, o direito material, exigem um tratamento mais amplo do que a simples perspectiva formal.

As principais questões que envolvem a valoração judicial das provas e a fundamentação das decisões judiciais, e que se pretende responder ao final, são as seguintes: quando se pode considerar que um fato foi provado no processo? O juiz pode decidir primeiro (aspecto interno) e justificar no segundo momento (aspecto externo), ou deve inicialmente buscar as justificativas para em seguida decidir? Existem meios de controle processual para impedir essa inversão de ordem? Além disso, há efetivamente distinção relevante na observância da ordem fundamentação/decisão ou decisão/fundamentação? Por fim, a supressão (parcial ou total) da “liberdade” do

jugador na valoração pelo art. 371 do novo Código de Processo Civil brasileiro trará algum reflexo para o sistema de valoração judicial de provas adotado no país?

Para tanto, neste capítulo serão examinados dois pontos principais: o direito à prova como um direito fundamental, além dos sistemas de valoração de provas existentes e de que forma o sistema adotado no Brasil desde o CPC de 1939 vincula o juiz na fundamentação de suas decisões.

### 2.1. Direito Fundamental à Prova: Aspectos Teóricos e Normativos

A prova, no Direito Processual Civil, pode ser definida como um meio para inserir no processo os fatos ocorridos, ou melhor, para demonstrar que os fatos efetivamente aconteceram conforme narrados pela parte<sup>166</sup>. Por essa razão, as provas, em regra, *dizem respeito ao passado*, a fatos ocorridos em algum momento anterior e que deverão ser *reconstruídos no processo*. O sistema probatório no processo destina-se a conferir meios para os sujeitos processuais demonstrarem e o Judiciário compreender de que forma os fatos ocorreram. Contudo, a prova também pode ter como objeto fatos presentes (constatados, por exemplo, por meio de inspeção judicial ou de perícia) e futuros (em situações, *e.g.*, com efeitos jurídicos que perduram no tempo)<sup>167</sup>.

Nesse sentido, Michele Taruffo afirma que, tradicionalmente, a prova é associada à ideia de que o processo tem o objetivo de definir se determinados fatos

<sup>166</sup> Nesse sentido: PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, pp. 139-140. Ou, melhor dizendo, a *enunciados sobre fatos*, no sentido de que os fatos passados podem ser *constatados*, enquanto as provas são utilizadas para demonstrar as *proposições*, as afirmações atuais das partes e de outros sujeitos processuais sobre de que modo os fatos ocorreram e as consequências que produziram (ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 76).

<sup>167</sup> Sobre o assunto: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 32-35. Ainda: “Seja como for, em todas essas construções observa-se a nítida vinculação à ideia de que a prova se destina *ao passado*, à *reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência*. Não obstante, como dito antes, essa ideia está superada e sepultada em outros ramos do conhecimento, não se justificando a sua manutenção na ciência jurídica. Como demonstrado, é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos, já que jamais se logrará extirpar toda a dúvida possivelmente existente sobre a efetiva acuidade do juízo de certeza a que se chegou. Vale dizer: a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou; de outra banda, também a ideia de certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, sendo que esse conceito pode variar de pessoa para pessoa – o que demonstra a relatividade da noção. O juiz não é um historiador; se fosse, não deveria ser recrutado dentre bacharéis em direito, mas sim entre graduados em história (certamente muito mais preparados para a pesquisa do passado). Conclui-se, então, que qualquer dos conceitos acima ofertados, enquanto relacionados a paradigmas já superados do conhecimento, não se presta para uma definição real e adequada do conceito de prova. Importa, assim, buscar nova dimensão para situar o conceito, apta a fazer frente às premissas anteriormente expostas sobre a forma do conhecimento, conforme verificadas pela filosofia atual” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 71).

ocorreram (ou não), a forma de sua existência, e se as provas são suficientes para esse fim<sup>168</sup>.

Independentemente de ser vista como a representação provável dos fatos ou a sua própria reprodução ou reconstituição<sup>169</sup>, a prova tem importância fundamental para a resolução da lide, considerando que a controvérsia a ser julgada e o ato normativo cuja aplicação as partes pretendem normalmente derivam de situações fáticas, que devem ser transpostas aos autos do processo por meio das provas<sup>170</sup>.

Desse modo, via de regra, a prova tem relação com os fatos, e não com o direito<sup>171</sup>, e a correção da decisão depende da reconstrução, no processo, das alegações fáticas (passadas, presentes e futuras) correspondentes ao direito controverso<sup>172</sup>.

A prova possui um duplo aspecto: (a) negativo, pois o juiz tem a obrigação de decidir, mesmo que tenha dúvidas ou que a instrução tenha sido insuficiente; (b) e positivo, porque se trata de um direito fundamental, razão pela qual devem ser adotadas pelo Poder Público medidas que assegurem o seu exercício pelos jurisdicionados.

A existência de direitos fundamentais na Constituição de 1988 incidentes sobre o processo condiciona o julgador a observá-los, tanto na condução processual (juiz natural, contraditório e ampla defesa, devido processo legal etc.), quanto em sua decisão (principalmente a motivação e a publicidade)<sup>173</sup>. Humberto Theodoro Júnior vai além, e afirma que “(...) a função jurisdicional não se sujeita apenas a cumprir regras e

<sup>168</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 21.

<sup>169</sup> Sobre o assunto: "Justamente por isso que há doutrinadores que preferem afirmar que a prova no processo busca obter a representação (provável) daquilo que ocorreu. Fala-se em representação provável porque, para desfazer outro equívoco comum, a prova não busca a certeza, no sentido próprio da palavra, mas sim a probabilidade aceitável. Calamandrei, em seu famoso estudo intitulado *Verdade e Verossimilhança em Processo Civil*, desenvolve toda a sua argumentação a partir de uma tese de Adolf Wach no sentido de que, no fundo, todas as provas são provas de 'verossimilhança'. (...)” (ASSIS, Carlos Augusto de. O dever de falar a verdade e o processo civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, nº 32, pp. 62-77, set./out. 2009, p. 63).

<sup>170</sup> Acerca do tema, especialmente sobre o direito à prova como um direito fundamental: CARDOSO, Oscar Valente. O direito à prova como um direito fundamental. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 74, pp. 64-75, maio 2009. Igualmente: CARDOSO, Oscar Valente. *Juizados Especiais da Fazenda Pública* (Comentários à Lei nº 12.153/2009). São Paulo: Dialética, 2010, pp. 155-201.

<sup>171</sup> De modo excepcional, o art. 337 do CPC dispõe que “a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

<sup>172</sup> Não se trata de questão pacífica. Para Sentís Melendo, os fatos existem, não necessitam de prova, razão pela qual o objeto da prova não é constituído pelos fatos, mas sim pelas *afirmações acerca dos fatos* (MELENDO, Santiago Sentís. *La prueba: los grandes temas de derecho probatorio*. Buenos Aires: Ejea, 1978, p. 12).

<sup>173</sup> LEAL, Rogério Gesta. Afinal, a quem se destina a prova no sistema jurídico brasileiro? Inquietações procedimentais a partir dos direitos fundamentais. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 134-135. Michele Taruffo ressalta que a publicidade e o dever de motivação possibilitam uma relação direta entre a sociedade e a Administração da Justiça, ao permitir o controle externo dos atos judiciais (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 407).

princípios constitucionais de natureza procedimental. É a Constituição mesma que o Poder Judiciário tem o encargo de tutelar”<sup>174</sup>.

A denominada constitucionalização do processo civil nada mais é do que o reconhecimento da incidência direta de normas constitucionais sobre o Direito Processual, independentemente de regulamentação, em virtude de sua autoaplicabilidade (art. 5º, § 1º, da CF). O reconhecimento da força normativa da Constituição, especialmente a partir da teoria formulada por Konrad Hesse<sup>175</sup>, produziu reflexos em todos os ramos jurídicos. No processo civil, especificamente, resultou na necessidade de observância, pelas normas processuais, pelo julgador e pelas partes, dos direitos e garantias fundamentais pertinentes<sup>176</sup>. Pedro Miranda de Oliveira destaca que “(...) o Direito Processual é inerente à Constituição, no sentido de que muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais”<sup>177</sup>. Sob essa perspectiva, o processo não se limita a ser um meio, e sim um fim para a efetivação dos direitos, logo, deve ser reputado como um direito constitucional aplicado<sup>178</sup>.

Entre os direitos e garantias fundamentais incidentes sobre o processo civil, Canotilho salienta que o direito constitucional à prova não possui a merecida atenção por parte da doutrina, sendo normalmente inserido em outros direitos constitucionais, como o direito de defesa, ao contraditório, ou a vedação ao uso de provas ilícitas<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito Processual Constitucional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 55, pp. 66-78, set./out. 2008, p. 66. Do mesmo autor, sobre as relações recíprocas entre os Direitos Constitucional e Processual Civil: “Assim, o direito processual civil mantém estreitas relações com o direito constitucional, não apenas derivadas da hegemonia que cabe a esse ramo sobre todos os demais, mas principalmente porque, cuidando o processo de uma função soberana do Estado, será na Constituição que estarão localizados os atributos e limites dessa mesma função. Além disso, a Constituição traça regras sobre os direitos individuais que falam de perto ao direito processual, como a do tratamento igualitário das partes do processo (art. 5º, inc.I), (...)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7).

<sup>175</sup> Hesse contrapõe-se às idéias de Ferdinand Lassalle, de ser a Constituição jurídica somente um pedaço de papel (*ein Stück papier*), e que a Constituição real do país é formada pelos fatores reais de poder (poderes militar, social, econômico e intelectual). Sustenta, por outro lado, que a Constituição contém uma força própria (mesmo que limitada) motivadora e ordenadora do Estado (a força normativa), e que o conflito entre a Constituição e os fatores reais de Poder não necessariamente é resolvido em favor destes (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991).

<sup>176</sup> MARTINS, Samir José Caetano. Um panorama das garantias fundamentais do processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 61, pp. 84-104, abr. 2008, pp. 84-85.

<sup>177</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo e o princípio do *due process of law*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 64, pp. 77-91, jul. 2008, p. 79.

<sup>178</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=216](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216)>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>179</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, pp. 169-170. Ainda: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de

Cândido Dinamarco conceitua o direito à prova como “(...) o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”<sup>180</sup>. Para Canotilho, trata-se do “(...) poder de uma parte (pessoa individual ou pessoa jurídica) ‘representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável’ e de ‘exibir os meios representativos desta realidade’”. Sintetizando, afirma que “(...) o direito constitucional à prova abrange o direito à prova em sentido lato (poder de demonstrar em juízo o fundamento da própria pretensão) e o direito à prova em sentido estrito (alegando matéria de facto e procedendo à demonstração de sua existência)”<sup>181</sup>.

O direito à prova, para Nello Nappi, é delimitado nos ordenamentos jurídicos com base em duas questões: “a) quais são os critérios que, além da relevância, delimitam o âmbito de admissibilidade das provas, permitindo, assim, a exclusão de provas que seriam relevantes; b) quem tem a tarefa de articular a ideia de reconstrução do fato ao qual necessariamente se refere o julgamento de relevância das provas”<sup>182</sup>.

Barbosa Moreira divide o direito à prova em três garantias: a concessão de iguais oportunidades para as partes em sua produção, a utilização de igual critério pelo juiz para o acolhimento e o indeferimento de produção de provas pleiteadas pelas partes, e a concessão das mesmas possibilidades às partes na participação dos atos probatórios, bem como na manifestação sobre eles<sup>183</sup>.

O inciso LV do art. 5º da Constituição brasileira de 1988 dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

Oliveira. Presunções absolutas e devido processo legal – inconstitucionalidade por ofensa ao direito à prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 61, pp. 33-40, abr. 2008, p. 35.

<sup>180</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 46-47. Grifos no original. Com entendimento similar: “(...) direito de contribuir ativamente com os fatos que são levados aos autos para a apuração da verdade, (...)” (RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013, p. 43).

<sup>181</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 170. Grifo no original.

<sup>182</sup> No original: “a) quali sono i criteri che, oltre a quello della rilevanza, delimitino ulteriormente l’ambito di ammissibilità delle prove, consentendo così di escludere prove che pure sarebbero rilevanti; (b) a chi è demandato il compito di articolare l’ipotesi di ricostruzione del fatto cui occorre necessariamente riferirsi per il giudizio di rilevanza delle prove” (NAPPI, Nello. Considerazione sul diritto alla prova. In: BESSONE, Mario. *L’attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 272).

<sup>183</sup> A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 67.

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>184</sup>. O simples direito de defesa, como manifestação no processo, é insuficiente para concretizar os direitos fundamentais, motivo pelo qual se faz necessário garantir uma postura participativa das partes no processo. Assim, o contraditório e a ampla defesa abrangem os seguintes direitos: de informação (as partes devem ter ciência dos atos praticados no processo), de manifestação (as partes têm o direito de se pronunciar sobre os atos praticados e as provas produzidas) e de ter considerada sua argumentação (o julgador deve levar em consideração as razões das partes, bem como fundamentar suas decisões, nos termos do art. 93, IX, da Constituição)<sup>185</sup>. A parte final do art. 5º, LV, tem relevância, pois o direito à prova pode ser considerado como incluído entre os meios e recursos inerentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Para Dinamarco, “nem a Constituição nem a lei afirma esse direito de modo amplo e direto, nem existe a garantia constitucional específica e formal do direito à prova, mas ele é com absoluta segurança inferido de alguns de seus textos de amplitude mais geral”<sup>186</sup>. Como exemplos, cita o art. 332 do CPC/73 e o art. 32 da Lei nº 9.099/95, segundo os quais “todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes”.

De modo similar, o art. 369 do NCPC dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

---

<sup>184</sup> Apesar de parte da doutrina não diferenciá-los, podem ser ressaltadas distinções entre ambos: enquanto a ampla defesa tem um aspecto negativo, o contraditório tem um caráter positivo, de permitir que a parte influencie no processo, por meio de alegações e da produção de provas (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 122). Para André Ramos Tavares, “ampla defesa é o asseguramento de condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe”, enquanto o contraditório decorre diretamente daquela, consistindo na relação dialética entre as partes, em igualdade de condições (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 696-697). Em sentido contrário, tratando a ampla defesa como consequência do contraditório: DEUS, Fernando Barroso de. Ampla defesa, contraditório e o direito evidente. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 70, pp. 37-48, jan. 2009, p. 41.

<sup>185</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 547.

<sup>186</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47. Sobre a prova como um direito fundamental inserido na vedação de provas ilícitas (art. 5º, LVI, da Constituição de 1988) e no contraditório e na ampla defesa (art. 5º, LV): RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013.

Para alguns doutrinadores, o direito à prova tem fundamento constitucional na garantia do devido processo legal (inciso LIV do art. 5º)<sup>187</sup>, em seu sentido formal, por ter relação com a possibilidade de introduzir no processo as demonstrações de suas alegações sem qualquer vedação, a menos que prevista em lei<sup>188</sup>. Para Cândido Dinamarco, “falar em direito à prova, portanto, é falar em *direito à prova legítima, a ser exercido segundo os procedimentos regidos por lei*”<sup>189</sup>. No mesmo sentido, “o devido processo legal, no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes”<sup>190</sup>. Para Eduardo Cambi, o direito à prova apoia-se na garantia à ordem jurídica justa prevista no art. 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), que tutela vários direitos fundamentais processuais<sup>191</sup>. Independentemente da divergência, o devido processo legal é uma garantia genérica e subsidiária, que abrange o contraditório e a ampla defesa, o princípio do juiz natural, a vedação a provas ilícitas, e a garantia de ter a prisão decretada somente pela autoridade judiciária competente<sup>192</sup>. Logo, nessa

<sup>187</sup> “Nos Estados Unidos da América fala-se em um verdadeiro *right to evidence* em favor de quem age e se defende em juízo, garantido pela cláusula do *due process of law*. Na Itália, a Corte Constitucional afirmou que a garantia constitucional fica prejudicada quando se limita o direito à prova. Na então Alemanha Federal sempre se reconheceu o direito à prova, que não se esgota na faculdade de produzi-la, mas compreende uma verdadeira pretensão a vê-la admitida. Entre nós, a doutrina não se afasta dessas posições” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 122).

<sup>188</sup> “Na Constituição, o direito à prova é inerência do conjunto de garantias do *justo processo*, que ela oferece ao enunciar os princípios do contraditório e da ampla defesa, culminando por assegurar a própria observância destes quando garante a todos o *due process of law* (art. 5º, incs. LIV e LV – *supra*, nn. 94 e 97). Pelo aspecto constitucional, direito à prova é a liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem ou descaracterizem o *justo processo*” (grifos no original) (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48). Igualmente: “A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 641). Ainda: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Presunções absolutas e devido processo legal – inconstitucionalidade por ofensa ao direito à prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 61, pp. 33-40, abril 2008, pp. 35-36.

<sup>189</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48. Grifo no original.

<sup>190</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 677. Para Eduardo Cambi, o devido processo legal abrange o direito de “(...) produzir as provas e contraprovas necessárias e, assim, ter amplas e iguais oportunidades de influir na formação do convencimento do juiz” (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 112).

<sup>191</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, pp. 44-45.

<sup>192</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 639. Em igual sentido: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 676-677. Ainda, Maria Thereza Gonçalves Pero relaciona tais princípios à fundamentação das decisões judiciais (PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 5-6).

perspectiva a discussão se torna inútil, pois o direito à prova é assegurado tanto pelo contraditório, quanto pela ampla defesa, bem como pelo devido processo legal.

Ainda, a prova possui uma dupla função: (a) cognoscitiva ou epistêmica, porque é por meio dela que o juiz conhece os fatos narrados pelas partes<sup>193</sup>; (b) e persuasiva, porque é por meio dela que as partes buscam convencer o juiz de que os fatos ocorreram de acordo com suas alegações<sup>194</sup>.

As duas funções são *processuais*: apesar de se referir a situações de fato e a ter o objetivo primordial de demonstração de um direito *material* (razão pela qual também é normatizada pelo Código Civil), *a prova nasce, vive e morre dentro do processo*.

Por outro lado, não se deve esquecer a advertência feita por Canotilho, de que mesmo estando inserido em outros direitos ou garantias fundamentais, o direito à prova deve ser estudado à parte, e ter reconhecido o seu fundamento constitucional. Há quem destaque o § 2º do art. 5º da Constituição, como fundamento para o direito constitucional à prova: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Conforme o dispositivo constitucional, a existência de direitos fundamentais expressos não impede a existência de outros, implícitos na própria Constituição ou previstos em tratados internacionais firmados pelo país<sup>195</sup>. Na segunda hipótese, o direito à prova é

<sup>193</sup> Acerca dessa função da prova: “VI. Função epistêmica da prova. Embora se possa dizer que as partes, muitas vezes, se preocupam com a prova mais como meio de persuasão (cf. comentário *supra*), não se pode dizer seja meramente retórica a função processual da prova. Dispunha o art. 131 do CPC/1973 que o juiz apreciaria *livremente* a prova. O Código de Processo Civil de 2015 não reproduziu a expressão, não se podendo falar, à luz da nova lei, em ‘livre convencimento’, em sentido radicalmente subjetivista, do juiz. Para o processo, interessa a prova como instrumento de que se vale o órgão jurisdicional para descobrir e conhecer com exatidão os fatos da causa (função *epistêmica*, que considera a prova *instrumento de conhecimento*). Deve o magistrado ‘indicar na decisão as *razões da formação* de seu convencimento’ (art. 373 do CPC/2015). Diante disso, interessa saber não como *o juiz crê* que os fatos ocorreram, mas como *o juiz conheceu* o fato, através de atividade cognitiva baseada em passagens extraídas das informações colhidas na atividade probatória, permitindo-se, assim, o controle da adequação entre o fato considerado provado pelo juiz e o fato identificado nas provas (cf. Michele Taruffo, Considerazioni su prova i motivazione, in José Miguel Garcia Medina et al., *Os poderes do juiz...* cit., p. 168)” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, pp. 622-623). Ainda sobre a mediação dos fatos pelas provas, considerando que o juiz não tem o conhecimento direto dos fatos (normalmente anteriores) que originaram a controvérsia: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, pp. 178-184, jul./set. 1984.

<sup>194</sup> Com essa classificação: DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto; il ruolo della narrazione nel ‘processo’*. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 192.

<sup>195</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 41-43. Da mesma forma é o citado conceito de Jorge Miranda, para quem os direitos fundamentais abrangem normas constitucionais formais e

assegurado parcialmente pelo Artigo 8.2 do Pacto de San José da Costa Rica<sup>196</sup>, da OEA (Organização dos Estados Americanos), e pelo Artigo 14.3. do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da ONU (Organização das Nações Unidas)<sup>197</sup>; garante-se em parte, porque os dispositivos citados fazem menção expressa somente à prova oral.

Tendo em vista que a prova é um meio para demonstrar no processo que os fatos ocorreram conforme alegados pela parte, o direito à sua produção também é um pressuposto necessário ao exercício do direito de ação e do acesso ao Judiciário<sup>198</sup>.

O destinatário da prova é assunto ainda polêmico no direito processual: trata-se do juiz ou do processo? A fixação do destinatário da prova (e, até mesmo, da existência de um destinatário) constitui matéria que influencia a amplitude do direito à prova (e até mesmo a sua existência).

O novo CPC brasileiro busca, em parte, resolver essa discussão, ao positivizar de forma expressa o princípio da *aquisição da prova* no art. 371: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, *independentemente do sujeito que a tiver promovido*, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (grifou-se).

Isso significa que *a prova produzirá efeitos no processo independentemente de quem a tiver produzido* (parte, terceiro, auxiliar da Justiça, o próprio juiz, entre outros).

Da aquisição da prova decorre outro princípio da *comunhão da prova*, que permite ao juiz *valorar* a prova independentemente de quem a tiver produzido.

Em consequência, por exemplo, as provas produzidas pela parte autora podem ser utilizadas para um julgamento de improcedência de seu pedido, da mesma forma que o julgador pode utilizar as provas juntadas pelo réu para fundamentar uma

materiais (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7). Igualmente: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, pp. 530-531.

<sup>196</sup> Especificamente em suas alíneas ‘c’ (concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa) e ‘f’ (direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos). Referido tratado foi internalizado no Brasil pelo Decreto nº 678/92.

<sup>197</sup> Em sua alínea ‘e’ (de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação). Esse tratado internacional vigora internamente no Brasil por força do Decreto nº 592/92.

<sup>198</sup> Nesse sentido: GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 181. Ainda com essa concepção: “Partindo-se das premissas já estabelecidas, é possível dizer que a prova não tem por objeto a reconstrução dos fatos que servirão de supedâneo para a incidência da regra jurídica abstrata que deverá (em se concretizando na sentença) reger o caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 63).

decisão de procedência do pedido inicial. Não há titularidade sobre a prova (princípio da aquisição), tampouco limitação para a sua valoração (princípio da comunhão) de acordo com quem a produziu.

Portanto, a atenção principal não deve se voltar para controvérsias acerca do titular e do destinatário da prova, mas sim sobre *o valor de cada prova para a demonstração – ou não – dos fatos a que se destinam*. Na valoração, o órgão julgador não modificará suas conclusões se considerar que o destinatário da prova é ele próprio ou o processo, tampouco deixará de levar em conta determinada prova sob o fundamento de ter sido produzida por um terceiro.

Apesar de parecer uma afirmação evidente, na legislação, na doutrina e na prática as discussões sobre a prova normalmente envolvem motes jurídicos e processuais, em detrimento dos aspectos fáticos e materiais<sup>199</sup>. Questões não jurídicas relacionadas a essa situação (especialmente a discussão filosófica sobre o conceito de verdade) dificultam o seu aprofundamento.

Tradicionalmente, a prova é estudada sob a perspectiva do direito, mais especificamente do direito processual. Por essa razão, independentemente do sistema de valoração adotado, deve sempre ser observada a *forma* de produção da prova, ou seja, *o procedimento necessário para que a prova ingresse validamente no processo*. Em um plano secundário ficam o direito material e os fatos que constituem objeto da prova. No Código Civil brasileiro são destinados 21 artigos ao tema (arts. 212/232)<sup>200</sup>, que tratam principalmente dos meios de prova e de presunções legais.

---

<sup>199</sup> William Twining, ironicamente, cria uma situação hipotética na instalação de uma nova Faculdade de Direito e os debates ocorridos durante a elaboração de um currículo criativo e inovador; durante as discussões o professor mais velho sugere o seguinte: “Uma vez sugeriu-se que 90 por cento dos advogados passam 90 por cento de seu tempo tratando de fatos e que isso deveria se refletir na sua formação. Se 81 por cento do tempo do advogado é despendido em uma coisa, segue-se que 81 por cento do ensino jurídica deveria ser dedicado a ela. Já ocorreram alguns cursos isolados sobre o esclarecimento de fatos e coisas do gênero, mas nenhuma instituição teve um programa completo em que a ênfase principal tenha sido sobre os fatos. Eu proponho que nosso currículo seja baseado nesse princípio e que nós chamemos nosso grau de Bacharel em Fatos” (TWINING, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 14). Lembra-se a situação emblemática que deu origem à análise de fatos no controle concentrado de constitucionalidade, na Suprema Corte dos Estados Unidos, com o denominado *Brandeis-Brief*. Trata-se de manifestação formulada pelo advogado Louis Dembitz Brandeis, no caso *Muller vs. Oregon*, de 1908, na qual reservou apenas duas páginas para tratar de questões jurídicas, e cento e dez laudas para analisar as consequências das longas jornadas de trabalho sobre a mulher. Ou seja, não se limitou a analisar teoricamente a afronta à Constituição, mas a embasou também (e não apenas) com situações de fato que sofrem os efeitos da aplicação da norma (esse tema é abordado no Capítulo 5.3 de: CARDOSO, Oscar Valente. *Controle abstrato de constitucionalidade: aspectos subjetivos*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011).

<sup>200</sup> O *caput* do art. 227, os incisos II e III do art. 228 e os arts. 229 e 230 do Código Civil foram revogados pelo novo Código de Processo Civil.

Os fatos objeto de prova são aqueles controvertidos, pertinentes e relevantes. Controvertidos são aqueles negados pela parte contrária; pertinentes são os diretamente ligados ao fato constitutivo do direito do autor ou a fato representativo da defesa de mérito indireta; e relevantes são todos aqueles que podem influenciar o julgamento do mérito<sup>201</sup>. Para Luiz Guilherme Marinoni, “(...) quando a prova recai sobre fato pertinente e relevante, a sua inadmissão somente é possível quando o juiz for capaz de justificar que o fato já está provado mediante documento. Fora dessa hipótese, não há como o juiz não admitir a produção da prova”<sup>202</sup>.

A *contrario sensu*, o art. 334 do CPC de 1973 e o art. 374 do NCPC dispensam de prova os fatos notórios; aqueles afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos no processo como incontroversos; e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Doutrinariamente, a prova é dividida em dois sentidos: (a) objetivo, para designar os meios pelos quais é demonstrada; (b) e subjetivo, abrangendo a convicção causada pelas provas sobre o julgador<sup>203</sup>.

A prova passa por três etapas no processo: (a) admissão (ou determinação), fase de aceitação da apresentação da prova no processo; (b) realização (ou produção), consistente na sua efetiva inserção no processo, o que abrange as provas já existentes e aquelas que serão realizadas na própria instrução processual; (c) e valoração, que é a atribuição, pelo julgador, de um valor para cada prova, reconhecendo sua suficiência – ou não – para a demonstração dos fatos e o “peso” de cada uma em relação às demais<sup>204</sup>.

Essas fases decorrem da própria configuração do processo de conhecimento, dividido nas fases postulatória (que contém os pedidos das partes e os requerimentos de provas que pretendem produzir, com a decisão do juiz admitindo-as ou não, o que normalmente deve ocorrer no saneamento), instrutória (momento da realização ou produção de provas) e decisória (na qual o julgador confere a valoração às provas).

---

<sup>201</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, pp. 351-352.

<sup>202</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 352.

<sup>203</sup> DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 483; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 466.

<sup>204</sup> Sobre o assunto, dividindo as etapas em determinação, realização e valoração: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, pp. 178-184, jul./set. 1984. Ainda: RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013, pp. 47-53.

A *admissão* (ou *determinação*) é uma etapa de aceitação – ou não - da apresentação da prova no processo, o que abrange a verificação da existência de norma de admissibilidade e da ausência de vedação legal. É formada por dois momentos diferentes: (a) a especificação ou a apresentação, consistente na delimitação da prova a ser produzida, com sua juntada – ou não no processo<sup>205</sup>; (b) e a decisão judicial que admite – ou não – a produção da prova no processo. Não se admitem, em tese, as provas reputadas irrelevantes e impertinentes<sup>206</sup>, além daquelas que dizem respeito a fatos incontroversos. Há quem afirme que a produção indiscriminada de provas pelas partes, sem a necessária admissão prévia, violaria o princípio da celeridade processual<sup>207</sup>. Contudo, não se trata de descumprimento da celeridade (que não pode ser usada como justificativa para limitar a produção de provas), mas sim de uma *autolimitação* inerente ao direito à prova, que não pode gerar um contraditório interminável no processo. Ademais, o reconhecimento da existência do direito à prova não é incompatível com a fixação de limites sobre ele. No Brasil, as provas expressamente não admitidas no processo civil são as ilícitas (art. 5º, LVI, da Constituição) e as inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC/73<sup>208</sup> e art. 370, parágrafo único, do NCPC<sup>209</sup>). De acordo com o art. 402 das *Federal Rules of Evidences* dos EUA, todas as provas

<sup>205</sup> Sobre a especificação: “A especificação de provas pelas partes é medida dotada de dupla finalidade, pois tanto atende a efetiva participação dos litigantes no processo, com vistas a lhes conferir real influência no deslinde do feito – sendo, pois, um desdobramento do princípio do contraditório – quanto importa em verdadeiro ato de colaboração destas para com o juízo, no sentido de proporcionar ao julgador uma maior probabilidade de acerto na hora de determinar quais as provas que deverão ser produzidas” (CARVALHO, Wesley Corrêa. Especificação de provas: impasses frequentes e importantes considerações. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 138, pp. 127-134, set. 2014, p. 129).

<sup>206</sup> “Assim, não se pode conferir às partes, sob a alegação de respeito à ampla defesa e ao contraditório, oportunidade para produzir provas que não guardem pertinência com o desfecho da demanda ou que não sejam relevantes, ou seja, provas desnecessárias ou inúteis” (CARVALHO, Wesley Corrêa. Especificação de provas: impasses frequentes e importantes considerações. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 138, pp. 127-134, set. 2014, p. 128).

<sup>207</sup> Nesse sentido: CARVALHO, Wesley Corrêa. Especificação de provas: impasses frequentes e importantes considerações. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 138, pp. 127-134, set. 2014, p. 128.

<sup>208</sup> “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

<sup>209</sup> “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Ainda, o art. 77, III, do novo Código, lista entre os deveres dos sujeitos processuais o de não produzir provas inúteis ou desnecessárias: “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: (...) III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito”.

relevantes são admissíveis, a menos que seja vedada pela Constituição, uma lei federal ou por decisão da Suprema Corte<sup>210</sup>.

A *realização* (ou *produção*) de provas é o momento em que elas são inseridas no processo, o que pode ocorrer de duas formas: (a) externa, quando as provas já existem e são apenas juntadas nos autos do processo (por exemplo, um documento); (b) ou interna, nas situações em que as provas “nascem”, isto é, surgem no próprio processo (como a prova testemunhal, pericial e a inspeção judicial)<sup>211</sup>. A produção compreende dois aspectos principais: (a) a observância das garantias processuais para que cada parte possa produzir sua prova *para o* processo e *no* processo, ou seja, que possa juntar nos autos todas as provas admissíveis que estão em sua posse (ex: documentos) e que possa ver produzidas, no momento processual adequado, as provas admissíveis pretendidas (ex: depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, perícia); (b) e o cumprimento das garantias processuais para que cada parte possa acompanhar a instrução processual e não tenha o seu direito restringido por outro sujeito processual. Trata-se da fase mais longa e complexa da instrução processual, por envolver um ponto fundamental: a chegada ao momento adequado em que o processo está devidamente instruído e pronto para julgamento, ou seja, quando as provas apresentadas são suficientes para permitir que o juiz decida a causa. Se, de um lado, os sujeitos processuais devem observar um limite para a produção de provas (especialmente o temporal, norteado pela razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição)<sup>212</sup>, por outro, existem regras mínimas do direito fundamental à prova que devem ser respeitadas<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> No original: “Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. (...)”.

<sup>211</sup> Há quem afirme não existir um direito das partes na produção de provas, mas sim um direito de participar ativamente do processo e de influenciar a decisão judicial. Nesse sentido: “Dúvida que surge é se as partes teriam autêntico direito à produção de provas. Entendemos que não, pois o direito que verdadeiramente lhes assiste é o de participar do processo influenciando o seu desfecho, consubstanciado este no princípio do contraditório, de há muito consagrado em nosso ordenamento jurídico” (CARVALHO, Wesley Corrêa. Especificação de provas: impasses frequentes e importantes considerações. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 138, pp. 127-134, set. 2014, pp. 127-128).

<sup>212</sup> “Art. 5º. (...) LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>213</sup> A procura pelo que Vitor de Paula Ramos chama de “(...) um delicado equilíbrio entre o direito fundamental à prova de um dos litigantes e o direito fundamental à razoável duração do processo do outro” (RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013, p. 49).

Por fim, a *valoração* das provas é o momento de atribuir um valor a cada prova (individualmente e com relação às demais), e é efetuada principalmente na sentença e em acórdão de recurso que admita o reexame de provas<sup>214</sup>, mas também pode ser realizada em outras decisões judiciais (como, por exemplo, na que resolve pedido de tutela provisória). É na valoração que o julgador define se a prova é suficiente para a demonstração dos fatos (sozinha ou em conjunto com outras provas) e atribui um “peso” para cada prova, definindo o seu valor em relação às outras. Nessa etapa são realizados: (a) um novo exame de admissibilidade de provas, com a consequente desconsideração de eventuais provas inadmissíveis que foram apresentadas e juntadas no processo; (b) e a efetiva atribuição de valor a cada prova produzida no processo, com as suas consequências para a resolução do ponto controvertido (um ou mais) a que se relaciona, de forma isolada e em relação às outras provas.

Dois situações distintas podem ocorrer na segunda fase da valoração de provas: (a) o *concurso* de provas, quando mais de uma prova se complementa para, em conjunto, evidenciar que os fatos ocorreram conforme o alegado por um dos sujeitos processuais; (b) e também pode haver um novo *conflito*, não entre as partes, mas entre as provas; independentemente de quem a produziu, cada prova pretende excluir as outras e prevalecer, isoladamente, na demonstração dos fatos.

Por exemplo, a juntada de uma prova no processo não impede que, na sentença, o juiz não a admita (por considerá-la ilícita, ou por outra razão). Logo, a realização da prova não assegura às partes o direito de tê-la admitida e valorada.

Na valoração da prova, como se verá adiante, o Código de Processo Civil de 1973 adotou, em seu art. 131, o sistema do livre convencimento motivado (ou da persuasão racional); logo, mesmo que em regra não exista hierarquia ou tarifação legal das provas, o julgador deve fundamentar a decisão com base nos elementos constantes dos autos (ou seja, nas provas), e motivar a escolha pelos elementos formadores de convicção apresentados pelas partes<sup>215</sup>. Complementando esse dispositivo, o art. 335

---

<sup>214</sup> Sobre a valoração na fundamentação e seus problemas: “Identificar o que é o problema, no plano dos fatos, diz respeito às provas. Daí que há uma íntima conexão entre a prova dos fatos afirmados e a motivação da sentença, e o risco de que, frente à baixa densidade normativa (por exemplo, pouca clareza de textos legais, quantidade muito grande de textos com conteúdo vago e indeterminado, por um lado, e, por outro, fatos sociais de difícil compreensão e qualificação), encontrar-se pretexto para que haja *decisões justificadas irracionalmente*” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 620).

<sup>215</sup> Comentando a persuasão racional (que denomina de princípio), Cassio Scarpinella Bueno afirma que “a liberdade do juiz ao apreciar as provas não pode significar que não haja o correlato dever de justificar as razões de seu convencimento. Trata-se, por isto mesmo, de um princípio que bem combina os extremos

dispõe que “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. De forma similar, o art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

## 2.2. Hierarquia de Provas e Standards Probatórios

A legislação processual brasileira não possui, em regra, uma hierarquia formal dos meios de provas, o que pode causar insegurança jurídica. Por exemplo, em situações similares em dois processos diferentes, um juiz pode atribuir maior valor à prova documental e outro julgador pode conferir um valor mais alto à prova testemunhal; caso essas decisões sejam formalmente fundamentadas, não se pode afirmar que uma esteja “correta” em relação à outra, tampouco há (no Brasil) segurança de que uma das decisões será reformada ou cassada, ainda que ambas tenham seus recursos julgados pelo mesmo órgão colegiado do tribunal.

A ausência não significa, contudo, que alguns meios de prova tenham uma *força probante* maior do que outros, por reconhecimento legal ou judicial<sup>216</sup>. Por exemplo, a prova testemunhal não pode ser utilizada no processo civil brasileiro quando os fatos exigirem a demonstração por prova documental ou pericial<sup>217</sup>.

---

de sistemas probatórios que não admitem qualquer liberdade na atuação do juiz - o sistema da prova legal ou tarifada - e o da convicção íntima do juiz que, pela sua própria enunciação, revela sua total dissonância com as garantias constitucionais do processo civil brasileiro” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 520).

<sup>216</sup> Sobre o assunto: “III. Hierarquia entre provas. Formalidades *ad probationem* e *ad solemnitatem*. Inexiste *hierarquia* entre as provas. É de se notar, no entanto, que cada meio de prova pode carregar consigo maior grau de aptidão de retratar a realidade dos fatos (isso é, de confirmar aquilo que fora sustentado pelas partes). Sob esse prisma, cada meio de prova pode ter seu ‘peso’ (por exemplo, afirma-se que a prova pericial é ‘superior’ à testemunhal: STJ, REsp 146.478/PR, 2.<sup>a</sup> T., rel. Min. Franciulli Netto), assim como, no campo de cada um dos meios de prova, circunstâncias podem conferir a um dos elementos mais peso que a outro (por exemplo, o depoimento de uma das testemunhas pode ser mais convincente que o de outra). Diversa é a hipótese em que a lei exija a observância de determinada forma para a realização de um ato jurídico. Caso um negócio exija a observância de formalidade *ad solemnitatem*, não se está diante de exceção a esta regra, por tratar-se de requisito de validade do ato. Cf. comentário aos arts. 406 e 441 do CPC/2015” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 622).

<sup>217</sup> É o que dispõe o art. 443, II, do novo CPC: “Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: (...)II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”. A norma reproduz o art. 400, II, do CPC de 1973: “Art. 400. A prova testemunhal é sempre admissível, não

Essa diferença na valoração de provas, na apreciação dos fatos e na aplicação do direito é objeto de regulamentação na legislação de diversos países, com o objetivo principal de se obter o tratamento isonômico de casos semelhantes e, com isso, afastar a insegurança jurídica causada por decisões diferentes e pela falta de previsibilidade da solução judicial.

Apesar de o novo CPC manter o sistema de valoração de provas pelo juiz (com maiores restrições sobre a análise de questões de direito em virtude dos precedentes judiciais), permite a utilização das máximas de experiência (art. 375)<sup>218</sup> e adota alguns *standards* probatórios, que são modelos objetivos de verificação das provas e do consequente controle da decisão judicial (também denominados de “modelos de constatação da verdade”)<sup>219</sup>. Tais *standards* consistem em enunciados que representam padrões prévios de atribuição de valor a determinados meios de prova, ou de exigências mínimas de provas para a demonstração dos fatos, com dois objetivos principais: (a) padronizar, limitar e conferir previsibilidade à valoração judicial de provas; (b) e facilitar o controle dessa valoração em grau recursal<sup>220</sup>.

Em síntese, busca-se, por meio deles, *reduzir a discricionariedade do juiz na valoração das provas e torná-la previsível e isonômica*.

---

dispondo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: (...) II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

<sup>218</sup> O art. 375 do NCPC (com redação parcialmente similar à do art. 335 do CPC/73) autoriza expressamente a utilização de máximas de experiência na valoração de provas pelo julgador: “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

<sup>219</sup> Acerca das dificuldades na inserção dos *standards* no processo civil brasileiro: “O Código de Processo Civil brasileiro não contém regra geral similar. Segundo pensamos, é difícil definir, *a priori*, qual desses padrões deverá ser seguido na valoração da prova, e tudo dependerá do que estiver em discussão (isso é, dos fatos a serem provados, relacionados a quais bens jurídicos) na causa. Por exemplo, poderá ser exigida prova acima de qualquer dúvida razoável, para se reconhecer a paternidade. No mesmo processo, porém, para se definir o valor da pensão alimentícia a ser paga pelo mesmo réu, poderá se contentar com o modelo de preponderância da prova. O modelo de preponderância aplica-se, como regra, em casos em que ambas as partes têm ônus de provar ‘lados opostos’ de um mesmo fato (por exemplo, o valor da indenização), devendo-se fundamentar nos elementos probatórios que tiverem mais peso. É essencial, de todo modo, que o juiz explicito o critério que seguiu, para concluir que determinado fato está ou não provado” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 625).

<sup>220</sup> Sobre o conceito de *standards* probatórios: “Por modelos de controle do juízo de fato (ou standards, critérios etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão. Por seu intermédio, ao invés de os partícipes de uma relação processual simplesmente pretenderem a prevalência de uma convicção sobre a outra (p. ex., a do Tribunal sobre a do Juiz; a do autor sobre a do réu etc.), cria -se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção” (KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nº 353, p. 15-52, jan./fev. 2001, p. 21). Ainda: “1. *Standards* ou modelos de constatação probatórios são padrões mínimos para aferir a suficiência da motivação de fato nas decisões judiciais” (BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios. In: KNIJNIK, Danilo [coord.]. *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 168).

Trata-se ainda de uma forma de controle do *convencimento* judicial sobre os atos alegados pelas partes e as provas produzidas no processo, ou seja, do momento prévio à *fundamentação* da decisão judicial e da valoração das provas. Por isso, também são chamados de *standards* de controle. Por exemplo, no controle interno, o tribunal que julgar a apelação interposta contra a sentença poderá se limitar a verificar se o *standard* utilizado na fundamentação é adequado – ou não – para o caso julgado, e se foi utilizado de forma correta.

Por meio dos *standards* probatórios, pretende-se estabelecer, ao mesmo tempo: (a) a espécie e a profundidade de provas que cada parte deve produzir para demonstrar a ocorrência dos fatos por elas narrados; (b) critérios a ser utilizados pelo juiz ao atribuir um determinado valor a cada uma das provas, com o conseqüente grau de certeza em relação aos fatos alegados; (c) e também o controle (interno e externo) da valoração das provas pelo juiz.

Assim, em um processo judicial as partes poderão ter previsibilidade (ainda que não absoluta) sobre o valor que o julgador dará a cada uma das provas apresentadas e, em consequência, acerca da suficiência - ou não - dessas e da necessidade de complementação com outras, para a demonstração de suas afirmações. Portanto, os *standards* dizem respeito ao *grau de certeza* exigido para o juiz valorar cada prova ao julgar o processo.

Por exemplo, a tutela provisória, normalmente concedida no início do processo e previamente à oitiva da parte contrária, em juízo de cognição sumária, contém o *standard* probatório da *prova inequívoca* (art. 273, *caput*, do CPC/73)<sup>221</sup>, em um grau de certeza inferior ao exigido na sentença, para a prestação da tutela definitiva.

Não se trata de uma “tarifação” do convencimento judicial, mas de assegurar a existência de um padrão, de uma *padronização* na análise das provas e na atribuição de um valor a cada uma delas para a demonstração – ou não – dos fatos a que se destinam. Trata-se da incidência da isonomia na valoração das provas.

Nos Estados Unidos são utilizados *standards* probatórios como modelos de constatação do grau de confirmação dos fatos obtidos por meio de cada prova. As três espécies principais são: (a) “*preponderance of evidence*” (preponderância de provas), ou probabilidade prevalente, exigido para os casos cíveis, de modo geral, consiste no juízo

---

<sup>221</sup> “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e (...)”.

de verossimilhança, no sentido de que se consideram verdadeiros os fatos de acordo com a *melhor* (nem sempre a *maior*)<sup>222</sup> prova, ou, na hipótese de equilíbrio entre as partes, de acordo com as regras de ônus da prova (aqui se fala em verdade formal); (b) “*clear and convincing evidence*” (prova clara e convincente), incidente sobre casos cíveis específicos, com regras em favor de determinada parte, com critérios de demonstração acima da preponderância de provas e abaixo da prova além da dúvida razoável; (c) e “*evidence beyond a reasonable doubt*” (prova além – ou acima – de qualquer dúvida razoável): aplicável ao processo penal, diz respeito à *certeza* da prova dos fatos (aqui se fala em verdade material)<sup>223</sup>.

Em síntese, por meio dos *standards* se define o meio e/ou a quantidade de provas suficientes para a demonstração de um fato no processo, ou, ainda, as provas que a parte contrária deve produzir para superar aquelas e fazer valer a sua verdade processual<sup>224</sup>.

Assim, exemplificando, não é suficiente afirmar que o procedimento do mandado de segurança não admite dilação probatória e a petição inicial deve ser instruída com prova *documentada* (e não apenas documental) suficiente para a prova do direito, considerado “líquido e certo”<sup>225</sup>. Um *standard* probatório para o mandado de

<sup>222</sup> Portanto, prevalece a qualidade sobre a quantidade.

<sup>223</sup> Sobre as modalidades de *standards*: KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 37-45. O autor acrescenta um quarto modelo, específico do processo penal, para resolver situações que não se enquadram nos três *standards* citados. Trata-se da *prova incompatível com qualquer hipótese que não a da acusação*, modelo utilizado quando não se atinge a prova acima de qualquer dúvida razoável, mas que tenha provas consistentes com a acusação e inconsistentes com qualquer outra conclusão razoável (*op. cit.*, pp. 41-45). Ainda acerca dos *standards* de prova: REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 212-216. Também sobre o assunto: RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013, pp. 52-53. Ainda: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 624.

<sup>224</sup> A respeito dos *standards*, na doutrina brasileira: “IX. Modelos de constatação (ou *standards* de prova). Coloca-se a questão de se saber a partir de que momento se pode considerar provado o fato. É indispensável que algo tenha sido demonstrado de modo irrefutável, ou basta que seja bastante provável? No caso, será necessário recorrer-se a algum padrão (*standard*), a fim de se decidir. Por exemplo, o art. 298 do CPC/2015 contenta-se com a presença de ‘elementos que evidenciem a probabilidade do direito’, para a concessão de tutela de urgência. O padrão exigido, no caso, ajusta-se à tutela fundada em cognição sumária” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 624).

<sup>225</sup> De acordo com o art. 1º da Lei nº 12.016/2009 (que revogou a Lei nº 1.533/51, a antiga Lei do Mandado de Segurança): “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições. § 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores

segurança é o da exigência de *prova documentada clara e convincente* para a demonstração do direito do impetrante. A preponderância de provas não é suficiente (porque a autoridade impetrada e a pessoa jurídica ré não precisam apresentar provas documentadas em contrário) e a prova acima de qualquer dúvida razoável é uma exigência excessiva para o mandado de segurança (especialmente diante da limitação existente sobre os meios de prova).

O novo CPC brasileiro possui alguns *standards* de prova que auxiliam os sujeitos do processo.

Por exemplo, para a concessão da tutela provisória de urgência são exigidos a *probabilidade do direito* e o *perigo de dano* ou o *risco ao resultado útil* do processo (art. 300 do NCPC)<sup>226</sup>. Isso significa que o interessado deve comprovar o perigo e a probabilidade do direito alegado, logo, neste momento não deve ser imposto à parte o ônus de provar a existência de seu direito de modo irrefutável, seja por meio de provas claras e convincentes, seja pela mera preponderância de provas (o que sequer seria viável antes da oitiva da parte contrária).

Ainda, uma das hipóteses de cabimento da tutela da evidência, prevista no art. 311, IV, do novo CPC, traz um *standard* probatório, consistente na *dúvida razoável* causada – ou não – pelas provas do réu em face das provas documentais apresentadas pelo autor<sup>227</sup>. Para a concessão da tutela da evidência nessa hipótese, são necessárias: a existência de prova *documental suficiente* dos fatos e a ausência de prova contrária que produza *dúvida razoável* sobre aquela. Ainda, isso não torna incontroversos os fatos

---

de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público. § 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança”. Ainda, o art. 6º da Lei nº 12.016/2009 regulamenta a prova que deve instruir a petição inicial: “Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. § 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição. (...)”.

<sup>226</sup> “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

<sup>227</sup> “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: (...) IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

objeto de prova (art. 374, III, NCPC),<sup>228</sup> tampouco impede que o réu requeira ou produza novas provas, ou que em tutela definitiva obtenha decisão ao seu favor<sup>229</sup>.

Como visto, a “*evidence beyond a reasonable doubt*” no direito estadunidense é associada, em regra, ao processo penal, por se tratar de uma exigência maior. Entretanto, inseriu-se esse *standard* no novo CPC, com o objetivo de valorizar a prova produzida pelo autor e assegurar, em tutela provisória, a efetividade do direito material.

Destaca-se que o *standard* probatório não se confunde com a tarifação legal de provas. Enquanto aquele se refere a um modelo de valoração de provas pelo juiz e ao controle (interno e externo) de tal atividade, esta diz respeito à valoração e hierarquização (prévia) das provas pela lei. No exemplo visto da tutela da evidência, a exigência de prova documental para demonstrar os fatos constitutivos do direito do autor é uma hipótese de tarifação legal, enquanto o *standard* é a demonstração dos fatos por meio de prova documental não desconstituída pela outra parte por provas (documentais ou não) capazes de gerar dúvida razoável.

Ainda que haja essa diferenciação, os *standards* probatórios são pouco utilizados no Brasil e não possuem sistematização (normativa ou na prática), o que não sofre alteração relevante com o novo CPC.

### 2.3. Sistemas de Valoração da Prova: Aspectos Históricos

A história do processo civil brasileiro não se resume aos três Códigos de Processo Civil instituídos por normas federais, e teve início antes mesmo da “descoberta” do país pelos portugueses. O novo CPC é, na realidade, a *sétima lei processual geral* do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>228</sup> "Art. 374. Não dependem de prova os fatos: (...) III - admitidos no processo como incontrovertidos".

<sup>229</sup> Sobre o dispositivo legal citado: "Perceba-se que não se trata de incontrovérsia – hipótese tratada pelo NCPC como julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356) – mas de falta de prova consistente do réu diante de uma prova literal idônea. Presume-se, nesse caso, a inconsistência da defesa, a falta de argumentos verossímeis que possam desdourar a comprovação documental feita pelo autor. Não se cogita, aqui, de intenção procrastinatória ou do abuso do direito de defesa previstos no inciso I, mas tão somente da defesa inconsistente diante da prova literal apresentada pelo autor. É de se admitir, segundo pensamos, que o autor possa se valer da 'prova emprestada', ou seja, aquela produzida noutro processo sob o crivo do contraditório, para demonstrar 'documentalmente' o fato constitutivo do seu direito" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015).

Como consequência direta da colonização portuguesa, o processo civil brasileiro surgiu como um processo lusitano, influenciado pelos elementos romano e germânico<sup>230</sup>, e vigoraram no país as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Tais Ordenações eram similares aos ordenamentos jurídicos dos países europeus da época, com um processo escrito que mantinha o juiz distante da instrução, razão pela qual se adotava o *sistema da tarifação legal* (ou prova tarifada). As testemunhas eram ouvidas de modo secreto por um inquiridor, na presença de um tabelião que reduzia os depoimentos a termo, e as partes eram científicadas de seu teor *a posteriori*, em um momento de abertura e publicação das oitivas<sup>231</sup>. Havia a previsão de embargos das partes antes da abertura das inquirições, versando sobre a ausência da oitiva de testemunhas, ou a indicação de novas, entre outras questões. Incumbia ao juiz analisar as inquirições e, na existência de apenas “meia prova” em favor do autor (como, por exemplo, a apresentação de uma testemunha ou de confissão extrajudicial), deveria lhe oportunizar a possibilidade de prestar juramento decisório. Genericamente, nas três Ordenações incidia o princípio inquisitivo, o processo era dividido em etapas rígidas e autônomas, as partes detinham a iniciativa para dar início e impulsionar o processo, as decisões interlocutórias eram sujeitas a recurso e produziam efeitos de coisa julgada<sup>232</sup>, os prazos eram extensos e prorrogáveis<sup>233</sup>.

As Ordenações Afonsinas<sup>234</sup>, concluídas no ano de 1446 (no reinado de Dom Afonso V), eram divididas em cinco livros, sendo o Livro III destinado ao processo civil. A adoção da prova tarifada como sistema de valoração está expressa não

---

<sup>230</sup> Acerca da formação do Direito Processual português e as influências do Direito castelhano sobre ele: TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 21-41. Na análise de Mitidiero, o processo civil das Ordenações é tipicamente o processo civil do Direito Comum da Idade Média, influenciado pelos elementos romano, canônico e germânico da antiguidade: com soluções de força, adiantamento de execução à cognição, o contraditório e a imparcialidade, o procedimento escrito e secreto, norteado pelos princípios dispositivo e da demanda, com prevalência das partes sobre o juiz, além da divisão do processo em etapas bem delimitadas (para propiciar a aplicação da preclusão) e das normas rígidas acerca das provas. Em síntese, processo escrito, juiz distante e desconhecido, com valoração limitada das provas (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36 e segs.).

<sup>231</sup> Por exemplo, vide Título XXXXII do Livro III das Ordenações Manuelinas.

<sup>232</sup> Por exemplo, os Títulos LXVII e LXXII do Livro III das Ordenações Afonsinas regulamentavam, respectivamente, as “sentenças interlocutórias” (todas as sentenças ou mandados do juiz anteriores à sentença definitiva) e as apelações cabíveis contra elas.

<sup>233</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32-33.

<sup>234</sup> Surgidas em virtude da insegurança jurídica e dos problemas para a administração da Justiça causados pela elevada quantidade de leis então existentes – algo, pois, que não é um “privilegio” da atualidade.

apenas nos dispositivos sobre as provas, mas especialmente no Título LXIX do Livro III, intitulado “Das Sentenças Definitivas”<sup>235</sup>.

Não havia qualquer liberdade do magistrado no momento do julgamento, que deveria se ater à verificação das provas produzidas e de seu valor legal, “*ainda que lhe dite a consciência, ou diga o contrário*”. O “julgamento conforme a consciência”, ou seja, um julgamento livre e desvinculado previamente das provas, era um poder conferido apenas ao príncipe. A exceção à regra está prevista na parte final do dispositivo, que conferia o uso do livre convencimento ao juiz que tivesse presenciado diretamente os fatos ou as provas no processo (o que lhe permitia, inclusive, julgar contra a prova dos autos). Essa hipótese era regulada no Título LXVIII do Livro III, denominado “Que os Juizes julguem pela verdade sabida, sem embargo do erro do processo”.

Em 1521 foram publicadas de forma definitiva as Ordenações Manuelinas, nova consolidação, com o acréscimo das leis posteriores às Ordenações Afonsinas. Também eram divididas em cinco livros, com o Livro III destinado ao processo civil. O Título L deste livro era designado “Das Sentenças Definitivas” e continha redação parcialmente similar à norma revogada<sup>236</sup>. Foi mantida a tarifação legal como sistema de valoração judicial das provas, com a limitação exclusão da exceção sobre o

---

<sup>235</sup> “Todo Julgador deve ser bem avisado, quando o Feito for concluso sobre a definitiva, que veja, e examine com boa diligência todo o processo, assim o Libelo, como a contestação, artigos diretos, e contrários, e os depoimentos a eles feitos, e as Inquirições do principal, contrariedades, contraditas, e reprovadas, e dos embargos dados à definitiva, e prova feita a eles, e razões alegadas de uma parte, e da outra, e assim dê Sentença definitiva segundo o que achar provado de uma parte, e de outra, ainda que lhe dite a consciência, ou diga o contrário, porque somente ao Príncipe é dado, e outorgado por Direito, que julgue segundo sua consciência; e aos outros Julgadores é mandado que julgue segundo o que acharem alegado, e provado pelos Feitos: salvo se o Julgador visse alguma coisa como Juiz em auto Judicial; em esse caso poderá julgar segundo sua consciência conformada àquilo, que visse como Juiz, ainda que achasse provado o contrário pelo Feito”.

<sup>236</sup> “Todo Julgador será bem avisado, quando o feito for concluso sobre a definitiva, que veja e examine com boa diligência todo o processo, assim o libelo, como a contestação, artigos diretos, e contrários, e os depoimentos a eles feitos, e assim as inquirições do principal, contrariedade, e das contraditas, e prova feita a eles, e as razões alegadas de uma e da outra parte, e assim dê a sentença definitiva, segundo o que achar provado de uma parte e da outra, ainda que a consciência lhe dite o contrário, e ele saiba a verdade ser em contrário, do que no feito for provado, porque somente ao Príncipe, que não reconhece superior, é dado e outorgado por Direito, que julgue segundo sua consciência, não cuidando das alegações, ou provas em contrário feitas pelas partes; porquanto é sobre a Lei, e o Direito não presume que se há de corromper por afeição, a qual presumem é assim tão veemente, por razão de sua alta proeminência, que se não receberá contra ela em tempo algum prova em contrário; e aos outros julgadores é mandado, que julguem segundo o que acharem alegado e provado pelos feitos, como é dito; salvo se o Julgador visse alguma coisa como Juiz em auto judicial, que não estivesse no feito; em tal caso poderá segundo sua consciência mandar juntar aos autos, que viu como Juiz em auto judicial; e tanto que forem juntados, julgará segundo a prova do feito, e os autos que assim segundo sua consciência mandou juntar. Porém, isto não terá lugar nos feitos cíveis, em que já os ditos autos (porque assim o dito Juiz fosse informado, segundo sua consciência) fossem alegados, e a parte deles lançada; porque em tal caso o Juiz não os mandará juntar, e julgará pelas provas que existirem no feito”.

conhecimento direto da “verdade” dos fatos ocorridos apenas para os processos não-cíveis. Logo, vigorava exclusivamente a prova tarifada no processo civil.

As Ordenações Filipinas foram promulgadas em 1603, para revisar as leis vigentes por ordem do rei Filipe I. Sua divisão seguia os cinco Livros, com o processo tratado no Livro Terceiro. Seu Título LXVI (“Das Sentenças Definitivas”), trouxe alterações irrelevantes de conteúdo ao texto anterior<sup>237</sup>.

Posteriormente, as Ordenações Filipinas foram parcialmente revogadas pelo Código Comercial em 1850 (para os processos de matéria comercial) e totalmente afastadas por meio do Regulamento 763 (Decreto nº 763), de 19/09/1890<sup>238</sup>.

O Regulamento 737 (Decreto nº 737, de 25/11/1850), que tratava do processo comercial, passou a incidir sobre o processo civil por força do Regulamento 763, de 19/09/1890<sup>239</sup>, e manteve o sistema da tarifação legal, dividindo as provas em plenas absolutas e plenas relativas (arts. 140/142 e 157, entre outros), sem liberdade na valoração pelo juiz.

A sentença, no Regulamento 737, limitava-se a verificar a prova juntada no processo, em seus arts. 231 e 232<sup>240</sup>. Apesar de o art. 232 exigir a *fundamentação como um requisito da sentença* (“motivando com precisão o seu julgado”), dizia respeito apenas à verificação formal das provas produzidas e à sua valoração de acordo com a tarifação legal. Não havia, portanto, liberdade para o julgador atribuir às provas o valor

<sup>237</sup> “Todo Julgador, quando o feito for concluso sobre a definitiva, verá e examinará com boa diligência todo o processo, assim o libelo, como a contestação, artigos, depoimentos a eles feitos, inquirições, e as razões alegadas de uma e outra parte; e assim dê a sentença definitiva, segundo o que achar alegado e provado de uma parte e da outra, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário, do que no feito for provado; porque somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, é outorgado por Direito, que julgue segundo sua consciência, não cuidando das alegações, ou provas em contrário, feitas pelas partes, porquanto é sobre a Lei, e o Direito não presume que se há de corromper por afeição. (...) Porém, se o Julgador, como Juiz em auto judicial, visse alguma coisa, que não estivesse no feito, poderá segundo sua consciência mandar juntar aos autos, que assim viu, como Juiz em auto judicial; e tanto que forem juntados, julgará segundo a prova do feito, e autos, que assim segundo sua consciência mandou juntar. E isto não terá lugar nos feitos cíveis, em que já os autos, porque assim o dito Juiz fosse informado segundo sua consciência, fossem alegados, e a parte deles lançada; porque neste caso o Juiz não os mandará juntar, mas julgará pelas provas que estiverem no feito”.

<sup>238</sup> Sobre o histórico legislativo: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

<sup>239</sup> Que determinava em seu art. 1º: “São aplicáveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, exceto as que se contêm no título 1º, no capítulo 1º do título 2º, nos capítulos 4º e 5º do título 4º, nos capítulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capítulo 5º do título 7º, e no título 8º da primeira parte”.

<sup>240</sup> “Art. 231. Julgando o Juiz que a causa se acha em estado de ser decidida, dará sua sentença definitiva, condenando ou absolvendo, em todo ou em parte do pedido, segundo for provado dos autos, devendo a condenação ser de coisa ou quantia certa, salvo se a quantia sendo incerta puder ser liquidada na execução. Art. 232. A sentença deve ser clara, sumariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda”.

que entendesse mais adequado à solução do litígio, diante de sua *vinculação ao valor legal*.

A Constituição brasileira de 1891 permitiu que os Estados criassem seus Códigos de Processo, ao limitar a atribuição do Congresso Nacional para legislar apenas sobre o direito processual da Justiça Federal (art. 34, § 22º)<sup>241</sup>. Porém, essa autoridade não foi exercida por todos os Estados, e vários deles reproduziram as normas do Regulamento 737, com poucas adaptações.

Com a Constituição de 1934, a União passou a ter competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 5º, XIX, 'a'), o que ainda se mantém na Constituição de 1988 (art. 22, I).

Passados quase 50 anos de aplicação do Regulamento 737 ao processo civil, em 18/09/1939 foi finalmente promulgado o primeiro CPC brasileiro (Decreto-Lei nº 1.608/39), que entrou em vigor no dia 01/02/1940.

O Código de Processo Civil de 1939 aparentemente adotava o livre convencimento, ao prever que, “na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. (...)” (art. 118). Contudo, o parágrafo único desse dispositivo vinculava o convencimento do julgador à fundamentação de suas razões: “O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”. Assim, o Código de 1939 inseriu de forma clara no ordenamento processual brasileiro o *sistema do livre convencimento motivado*.

Já o art. 231 mencionava a necessidade de vinculação da sentença às provas existentes nos autos<sup>242</sup>, enquanto o art. 232 impunha a clareza e a fundamentação como requisitos da sentença<sup>243</sup>.

O CPC de 1973 (Lei nº 5.869/73), que entrou em vigor no dia 01/01/1974, manteve o livre convencimento motivado em seu art. 131: “O juiz apreciará livremente

---

<sup>241</sup> O art. 34, § 23º, previa que “Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 22. legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”. Em complemento, o art. 65, § 2º, dispunha o seguinte: “É facultado aos Estados: (...) 2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”.

<sup>242</sup> “Art. 231. Julgando o Juiz que a causa se acha em estado de ser decidida, dará sua sentença definitiva, condenando ou absolvendo, em todo ou em parte do pedido, segundo for provado dos autos, devendo a condenação ser de coisa ou quantia certa, salvo si a quantia sendo incerta puder ser liquidada na execução”.

<sup>243</sup> “Art. 232. A sentença deve ser clara, sumariando o Juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda”.

a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Portanto, apenas os Códigos de Processo Civil que já vigoraram no Brasil (1939 e 1973) preveem expressamente o livre convencimento motivado como sistema de valoração judicial das provas. Até então, prevaleceu como regra no país o sistema da tarifação legal, conferindo ao legislador o poder de estabelecer previamente o valor das provas.

O novo CPC (de 2015), como se verá adiante, adota um sistema que impõe a fundamentação, mas que, ao pretender reduzir (ou mesmo excluir) a discricionariedade do julgador na formação de seu convencimento, não deixa claro quais são esses limites e como serão controlados na prática.

#### 2.4. Sistemas de Valoração das Provas: Aspectos Teóricos

A valoração das provas, em princípio, é definida como a *construção da verdade no processo*, ou, melhor dizendo, “o juízo de aceitabilidade dos resultados produzidos pelos meios de prova”<sup>244</sup>. Independentemente de seu sujeito ativo (o juiz, o legislador ou até mesmo uma divindade), é por meio da valoração das provas que se pretende reconstruir os fatos como eles ocorreram e reproduzi-los no processo, a fim de atribuir o direito material ao seu titular<sup>245</sup>. Em outras palavras, é na valoração das provas que ocorre o “toque de Midas” que transforma as alegações existentes no processo em “verdades”, ou seja, em *fatos juridicamente qualificados no processo como efetivamente ocorridos*<sup>246</sup>.

<sup>244</sup> No original: “(...) el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba” (ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 140). A autora afirma ainda, com enfoque no juiz como titular da valoração: “Consiste, más propriamente, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan” (*op. cit.*, pp. 140-141).

<sup>245</sup> Por essa razão, “Preocupa-se a lei processual em que se traga aos autos todos os elementos probatórios, que possam permitir ao magistrado decidir do modo mais adequado possível àquele como os fatos ocorreram” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, pp. 620-621). Acerca das relações entre verdade e prova: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, pp. 29-62.

<sup>246</sup> Utilizando a expressão citada: “Seria o ‘toque de Midas’ do processo, que converte uma determinada situação fática, em algo juridicamente tipificado” (MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 45). Ainda sobre a busca da verdade: “Não se pretende a Verdade com ‘V’ maiúsculo; embora sedutora, configura-se inatingível. É uma busca

Ainda, na valoração de provas também há reflexos do contraditório, que não se restringe aqui a um direito das partes de influenciar a atividade do julgador, mas também diz respeito à própria concepção da verdade processual. Essa pretendida verdade não é vista apenas como um procedimento racional, mas sim dialógico (construído e desconstruído em contraditório) e que, portanto, é variável no tempo e no espaço.

A fundamentação das decisões judiciais tem relação direta com a prova, diante de sua avaliação e valoração pelo julgador na exposição das razões de decidir<sup>247</sup>. A principal questão que envolve fundamentação e prova é: como o juiz deve examinar e valorar a prova produzida em um processo? Existe uma forma (ou alguma “fórmula”) geral superior às demais, há algum método objetivo e impessoal, ou essa avaliação é subjetiva e varia conforme o julgador e o caso a ser julgado<sup>248</sup>? E, sob a perspectiva das partes, há provas que influenciam mais – ou menos – o julgador?

A valoração da prova pelo legitimado (não necessariamente o julgador) pode ser realizada de acordo com quatro sistemas principais: (a) o ordálio (ou ordálias), que busca a obtenção da prova por meio de revelações divinas e testes realizados com as partes ou o réu; (b) a tarifação legal (prova tarifada, prova legal ou valor legal), no qual incumbe à lei determinar o valor de cada prova, vinculando as decisões judiciais; (c) o livre convencimento judicial (ou livre apreciação), que permite ao juiz valorar as provas de forma ampla e irrestrita, sem limites legais, processuais ou necessidade de justificar suas escolhas; (d) e o livre convencimento judicial motivado (ou persuasão racional), que, situado entre os dois sistemas anteriores, confere liberdade limitada ao julgador na

---

fadada à frustração. Quer-se e pode-se, entretanto, buscar a verdade. Essa verdade possível não deixa de ser verdade. Acredita-se que a verdade do processo pode ser tão *verdade* quanto a verdade de fora do processo, muito embora aquela se depare com um número maior de limites no tocante a sua busca e a seu encontro, isto é, existem, sabidamente, limites de cunho processual. (...) Seja como for, é certo que *acaba inferiorizado um processo despreocupado com a verdade*” (LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, pp. 162-163).

<sup>247</sup> Apesar de não constar de forma expressa a relação direta com a prova, a doutrina tradicionalmente define a fundamentação como a exposição das razões de decidir, do convencimento do julgador. Nesse sentido, por exemplo: “A fundamentação é a parte da sentença em que o juiz apresentará suas razões de decidir, os motivos que o levaram a proferir decisão do teor da que está sendo prolatada” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 436). Acrescenta-se que esses motivos, essas razões de decidir, dizem respeito, inicialmente, ao pedido e às provas produzidas no processo, especificamente quanto à sua capacidade – ou não – de demonstração dos fatos alegados pelas partes e eventuais outros sujeitos processuais.

<sup>248</sup> Com essas reflexões: EKELÖF, Per Olof. *Le mie riflessioni sul valore probatorio*. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (org.). *La teoria del valore probatorio: aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 1-21. Da mesma forma, sobre a possibilidade de elaboração de uma base metodológica para a tomada de decisões judiciais: DAMELE, Giovanni. *Verdade e comunicação – notas sobre argumentação e decisão judiciária*. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 97-110.

atribuição de valor às provas, ao acrescentar a necessidade de fundamentação das decisões, com base exclusiva nas provas produzidas no processo<sup>249</sup>.

A eles, acrescenta-se o controverso “convencimento judicial motivado”, que alguns doutrinadores defendem como sendo um novo sistema de valoração de provas, adotado no Brasil pelo NCPC.

Não se desconhece a divisão tradicional do livre convencimento judicial em íntima convicção e persuasão racional<sup>250</sup>. Contudo, como forma de apresentar uma classificação diferenciada, opta-se pelas nomenclaturas referidas, com o objetivo de distinguir melhor as etapas do juiz como o titular da valoração probatória no processo (livre convencimento judicial / livre convencimento judicial motivado / convencimento judicial motivado).

Ainda, também não se ignoram as dificuldades em afirmar (e sustentar) que esses quatro (ou cinco) sistemas de valoração das provas se sucederam, temporal e espacialmente, de maneira uniforme. Porém, como forma de organização do tema, serão abordados na sequência indicada, o que não significa a existência de uma ordem cronológica rígida entre eles.

#### 2.4.1. Ordálias

Historicamente, o primeiro sistema de valoração probatória foi o das ordálias (*ordalium* ou, no plural, *ordalia*), no qual o direito era reconhecido à parte que fosse protegida pelos deuses (“juízo de deus”)<sup>251</sup>.

Por exemplo, no Código de Hamurabi (de aproximadamente 1.700 a.C.) já existia a previsão de ordálias<sup>252</sup>. Nessa situação, a acusação não era demonstrada por testemunhas, documentos ou outro meio de prova: o acusado deveria pular no rio, a fim de se verificar se era culpado ou não, de acordo com as consequências desse ato.

<sup>249</sup> BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 56-57. Abordando historicamente a evolução dos sistemas de prova: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 156-164.

<sup>250</sup> Nesse sentido, sobre a persuasão racional: REICHEL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 284-350.

<sup>251</sup> Sobre o assunto: FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 41-46. Ainda: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 406.

<sup>252</sup> “2. Se alguém fizer uma acusação a outrem, e o acusado for ao rio e pular neste rio, se ele afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, e se ele escapar sem ferimentos, o acusado não será culpado, e então aquele que fez a acusação deverá ser condenado à morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia a seu acusador”.

Logo, o julgador não possuía (diretamente) qualquer poder de decisão, de interpretar as provas e as leis; a decisão cabia a uma divindade superior, “competente” para definir quem seriam o vencedor e o vencido no litígio. Por essa razão, Jordi Nieva Fenoll afirma que não se trata propriamente de um sistema de valoração de provas, mas sim de sua completa ausência<sup>253</sup>.

Tal sistema é o que, até então, teve maior duração: apenas no século XIII entrou em declínio. A Igreja Católica desaprovou o uso das ordálias no IV Concílio de Latrão<sup>254</sup>, convocado pela bula papal “*Vineam Domini Sabaoth*” (de 1213), de Inocêncio III, e realizado em 1215. Com a proibição da participação dos clérigos nas ordálias e como testemunhas nos processos, ou seja, em virtude da ausência da legitimação da prova divina pela Igreja, a realização desses atos foi inviabilizada.

#### 2.4.2. Tarifação Legal

Para substituir o paradigma tornado ilícito, surgiu o sistema da tarifação legal (prova tarifada, prova legal, verdade legal ou valor legal), que consiste na valoração e hierarquização *prévias* das provas por meio de normas jurídicas.

Com o uso da escrita, o processo que se desenvolveu na Europa Continental da Idade Média até o Século XVIII era igualmente marcado pelo princípio da mediatidade: os atos processuais não eram praticados ou acompanhados pelo juiz, mas por outras pessoas (tais como os notários, atuários, etc.), que relatavam por escrito o ocorrido. Tendo em vista que o julgador não tinha um contato direto com as provas e com as partes (ou seja, não havia imediatidade), também não podia haver subjetividade na valoração das provas. Por essa razão, o modelo da tarifação legal excluía o subjetivismo na decisão, porque também não estava presente na produção de provas.

Afirma-se ainda que, no período pós-clássico do Direito Romano, a falta de confiança do Imperador nos juízes levou à implantação do sistema da tarifação legal<sup>255</sup>.

Esse sistema criou uma espécie de “aritmética probatória”<sup>256</sup>, por avaliar previamente as provas, e “(...) transformou o processo em verdadeiro jogo, onde o sucesso ficaria ao lado do melhor estrategista”<sup>257</sup>.

<sup>253</sup> FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 41.

<sup>254</sup> Acerca do tema: LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 351-380.

<sup>255</sup> Sobre o assunto: KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, pp. 468-469.

Não há espaço para a valoração da prova *a posteriori* pelo juiz, mas somente a verificação da produção - ou não - da prova exigida por lei, com a consequente atribuição de seu valor legal. Em suma, há uma *fixação legal prévia do valor de cada prova* (que é, portanto, *hierarquizada*)<sup>258</sup>. Os juízes não têm poder de decidir, que se concentra no legislador e suas escolhas pelas provas com maior e menor valor para a solução das controvérsias<sup>259</sup>. Nesse sistema, a fundamentação da decisão judicial deve ser externalizada como uma estrita aplicação da regra legal, e não como derivada da atividade intelectual do julgador<sup>260</sup>.

A tarifação legal gerou normas e brocardos que ainda são utilizados na atualidade, como o *testis unus, testis nullus* (uma testemunha, nenhuma testemunha), com base no qual não se admitia a prova dos fatos por apenas uma testemunha.

No Brasil, a doutrina aponta várias situações como hipóteses dessa tarifação da prova testemunhal. Recorda-se, por exemplo, a exigência do número mínimo de três testemunhas para conferir validade ao testamento particular (art. 1.876, § 1º, do Código Civil), ou de duas testemunhas para a entrega do testamento cerrado ao tabelião (art. 1.868 do Código Civil), ou de seis testemunhas para a realização do casamento

---

<sup>256</sup> Expressão utilizada por Comoglio em: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino: G. Giappichelli, 2004, pp. 402-403.

<sup>257</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 407.

<sup>258</sup> Por isso, também é qualificada como uma “valoração formal”, anterior e prévia à decisão do julgador, realizada pelo legislador (ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 141).

<sup>259</sup> “Pelo sistema da *prova legal* ou *tarifada*, o juiz torna-se um órgão passivo, cuja única função em matéria probatória resume-se em constatar a ocorrência da prova e reconhecê-la como produzida, sem que lhe seja possível avaliar-la segundo critérios racionais capazes de formarem seu convencimento” (DUARTE NETO, Bruno Herculano. O instituto da prova no processo do trabalho. In: DUARTE NETO, Bruno Herculano; et. al. *Direito processual do trabalho*. Curitiba: Iesde Brasil, 2012, pp. 251-252).

<sup>260</sup> Nesse sentido: “Pouco importava se esse resultado era alcançado por meio de uma falha evidente dos textos, aos quais muitas vezes se fazia dizer o contrário do que regulavam. O essencial era que essa solução não surgisse como o produto de uma mera atividade intelectual dos intérpretes, mas como uma regra já prevista nos textos legais”. No original: “Poco importava se tale risultato veniva raggiunto attraverso un'evidente stortura dei testi, ai quali spesso si faceva dire l'opposto di quanto statuivano. L'essenziale si era che tale soluzione apparisse non come il prodotto di una pura attività intellettuale degli interpreti, ma come una regola già sancita nei testi ricevuti di legge” (BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, p. 49). Ainda: “Ma quella che soprattutto pare oggi difficile da accettare, indipendentemente da questa sua incerta genealogia, è proprio l'immagine dalla quale sostanzialmente muovono anche le argomentazioni propriamente teoriche di Chiovenda: cioè quella del povero giudice del processo romano-canonico, privato di qualsiasi potere di valutazione critica del materiale probatorio, e ridotto alla funzione meramente contabile dell'applicazione di rigide e pittoresche ‘tariffe’” (CAVALLONE, Bruno. *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*. In: QUADERNI DELL' ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO CIVILE. *Le prove nel processo civile: atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 32).

nuncupativo ou *in extremis*, de pessoa em iminente risco de vida (art. 1.540 do Código Civil)<sup>261</sup>.

O Código Civil brasileiro possui outras limitações similares, relacionadas aos documentos que podem ser utilizados para comprovar determinados fatos. De forma genérica, a prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de negócio jurídico só era admitida se o valor deste fosse inferior a 10 vezes o salário mínimo vigente na data de sua conclusão (art. 227 do Código Civil, revogado pelo NCPC)<sup>262</sup>. No direito empresarial, o art. 987 prevê que os sócios só podem comprovar a existência da sociedade em comum por escrito, enquanto terceiros podem prová-la por qualquer meio<sup>263</sup>. No direito de família, o art. 1.543 determina que o casamento é provado por meio da certidão de registro; na falta ou perda deste, admite-se qualquer outro meio de prova<sup>264</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, diversas hipóteses legais são listadas como sendo de tarificação de prova no Regime Geral da Previdência Social brasileiro. Em primeiro lugar, a exigência de prova documental (e a conseqüente vedação da prova exclusivamente testemunhal) para a comprovação de tempo de contribuição, conforme dispõe o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91<sup>265</sup>.

Aplicando esse dispositivo na análise da produção de prova de atividade rural, o Superior Tribunal de Justiça publicou, em 18/12/1995, o Enunciado nº 149 de sua Súmula: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da

<sup>261</sup> Na Suécia, por exemplo, vigorava o sistema de tarificação legal até 1948, ano em que a reforma dos processos civil e penal instituiu o sistema do livre convencimento (EKELÖF, Per Olof. *Le mie ríffessione sul valore probatorio*. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (org.). *La teoria del valore probatorio: aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 1).

<sup>262</sup> “Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados”. Esse dispositivo foi revogado pelo art. 1.072 do novo Código de Processo Civil: “Art. 1.072. Revogam-se: (...) II - os arts. 227, caput, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

<sup>263</sup> “Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo”.

<sup>264</sup> “Art. 1.543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro. Parágrafo único. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova”.

<sup>265</sup> “A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento”. O art. 62 do Decreto nº 3.048/99 possui conteúdo similar: “Art. 62. A prova de tempo de serviço, considerado tempo de contribuição na forma do art. 60, observado o disposto no art. 19 e, no que couber, as peculiaridades do segurado de que tratam as alíneas ‘j’ e ‘l’ do inciso V do caput do art. 9º e do art. 11, é feita mediante documentos que comprovem o exercício de atividade nos períodos a serem contados, devendo esses documentos ser contemporâneos dos fatos a comprovar e mencionar as datas de início e término e, quando se tratar de trabalhador avulso, a duração do trabalho e a condição em que foi prestado”.

atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário”<sup>266</sup>. Há acórdãos nos Tribunais Regionais Federais igualmente reconhecendo a necessidade de apresentação de documentos para a comprovação de atividade rural, como uma modalidade de prova tarifada pelo legislador<sup>267</sup>. De forma expressa, existe antigo julgado do TRF da 1ª Região, no qual se concluiu que o livre convencimento motivado não é absoluto e admite restrições legais, entre as quais está a tarifação de provas<sup>268</sup>. Por outro lado, apesar de equivocadamente tratar a restrição legal como prova tarifada,

<sup>266</sup> Entre os acórdãos utilizados na elaboração do enunciado está o seguinte: “PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA. REQUISITOS. 1. A valoração da prova exclusivamente testemunhal, da atividade de trabalhador rural, só é válida se apoiada em indício razoável de prova material. 2. Recurso provido” (REsp 65095/SP, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, j. 14/06/1995, DJ 11/09/1995, p. 28845). Da mesma forma: “PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA. A prova exclusivamente testemunhal, sem um início razoável de prova material, não serve para comprovar atividade de trabalhador rural. Precedentes (EResp 41.110-4-SP). Recurso conhecido e provido” (REsp 66210/SP, 5ª Turma, rel. Min. Assia Toledo, j. 07/08/1995, DJ 11/09/1995, p. 28851). Semelhante teor tem o Enunciado nº 27 do TRF da 1ª Região: “Não é admissível prova exclusivamente testemunhal para reconhecimento de tempo de exercício de atividade urbana e rural (Lei 8.213/91, art.55,§ 3º)”. Ainda, o Enunciado nº 2 da 1ª Turma Recursal do Maranhão reserva a possibilidade de aceitação de prova exclusivamente testemunhal em situações de caso fortuito e força maior: “Ressalvados os casos de força maior ou caso fortuito, a comprovação do exercício da atividade rural impõe a conjugação de início razoável de prova material corroborada por prova testemunhal”.

<sup>267</sup> Nesse sentido, por exemplo, no TRF da 3ª Região: “AGRAVO LEGAL. PREVIDENCIÁRIO. PERÍODO RURAL CONHECIDO COMO ESPECIAL. INOCORRÊNCIA. PROVA TARIFADA CORROBORADA POR TESTEMUNHAS. AGRAVO IMPROVIDO. I (...)II. O regime de labor rural obedece a uma das espécies de reconhecimento especial, admitindo a comprovação por meio de prova testemunhal, desde que esta seja acompanhada de início de prova material, apta à comprovação dos depoimentos colacionados. (...)” (APELREEX 00156637220024039999, 9ª Turma, rel. Juiz Federal Rafael Margalho, j. 16/02/2012, DJ 11/04/2012). Do mesmo tribunal: AC 10028927919964036111, 5ª Turma, rel. Juiz Federal Fonseca Gonçalves, j. 05/08/2002, DJ 18/11/2002. No TRF2: “(...) - Em que pese a exigência legal da chamada prova tarifada, quanto à necessidade de início de prova material, cumpre considerar o tempo de atividade rural com base em prévia averbação deste período em sede administrativa. (...)” (AMS 9802492728, 2ª Turma Especializada, rel. Des. Federal Andrea Cunha Esmeraldo, j. 16/04/2008, DJ 24/04/2008, p. 496).

<sup>268</sup> “PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. EXCEÇÕES LEGALMENTE PREVISTAS. APOSENTADORIA PREVIDENCIARIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CRITÉRIO DE APURAÇÃO DA PROVA PARA TAL EFEITO. 1. O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ NA APRECIÇÃO DA PROVA (ART. 131 DO CPC) NÃO TEM CARATER ABSOLUTO, POSTO QUE ADSTRITO O MAGISTRADO A ASSIM PROCEDER SOMENTE QUANTO A LEGALMENTE ESTABELECIDADA, SENDO-LHE DEFESO DESCONSIDERAR EXCEÇÃO EXPRESSAMENTE PREVISTA, CONSISTENTE NA CHAMADA ‘PROVA TARIFADA’, COMO NOS CASOS, ENTRE OUTROS, DO ART. 401 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO PARAG. 8 DO ART. 10 DA LEI N. 5890, DE 8/6/73, DISPOSIÇÃO ESTA ÚLTIMA QUE NÃO É DIRIGIDA APENAS A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, MAS TAMBÉM AO JUIZ, EM CAUSA NA QUAL PRETENDA A PARTE A CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PARA A APOSENTADORIA PREVIDENCIARIA. 2. A COMPROVAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FIM DE APOSENTADORIA PELA PREVIDENCIA SOCIAL, INCLUSIVE MEDIANTE JUSTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA OU JUDICIAL, SO PRODUZIRA EFEITO QUANDO BASEADA AO MENOS EM INICIO DE PROVA MATERIAL, NÃO SENDO ADMITIDA, PARA TAL, PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL, SALVO NA OCORRENCIA DE MOTIVO DE FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO, CONFORME REGULARMENTE SE DISPUSER” (EAC 9201157800, 1ª Seção, rel. Juiz Federal Aristides Medeiros, j. 28/10/1992, DJ 08/03/1993, p. 6746).

alguns acórdãos afastam sua incidência, por entender que há incompatibilidade com a relação jurídico-previdenciária, que admite todos os meios de prova pelo segurado<sup>269</sup>.

A doutrina também aponta a tarifação legal de prova no Regime Geral da Previdência Social brasileiro: o art. 22, § 3º, do Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) exige a apresentação de pelo menos três documentos entre aqueles listados em seus dezesseis incisos, a fim de se comprovar a existência de vínculo (por exemplo, união estável) ou dependência econômica (como da ex-esposa ou dos pais em relação ao filho) do dependente com o segurado<sup>270</sup>. Regulamentando o processo de reconhecimento da dependência econômica (além de demonstração de identidade e de parentesco), o art. 143 do Decreto nº 3.048/99 dispõe que “a justificação administrativa ou judicial, no caso de prova exigida pelo art. 62, dependência econômica, identidade e de relação de parentesco, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal”.

O art. 158 do Código de Processo Penal brasileiro traz a obrigatoriedade da prova pericial nas situações em que existir vestígios: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

No Chile, por exemplo, o art. 429 do *Código de Procedimiento Civil* permite que a autenticidade de um documento público seja invalidada por prova testemunhal, desde que sejam ouvidas no mínimo cinco testemunhas, que afirmem que alguma das partes que supostamente presenciou o ato era falecida ou estava fora do

<sup>269</sup> No TRF da 5ª Região: “(...) 2. O sistema da prova tarifada é de aplicação excepcionalíssima no nosso ordenamento jurídico, e não vigora em ações de natureza previdenciária. Pode o julgador utilizar-se de documentos outros, além dos elencados no art. 106, parágrafo único, da Lei 8.213/91, na formação do seu convencimento quanto ao tempo de serviço exercido pelo demandante. (...)” (AG 200305990019280, 1ª Turma, rel. Des. Federal Francisco Wildo, j. 20/05/2004, DJ 05/07/2004, p. 875).

<sup>270</sup> “§ 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos: I - certidão de nascimento de filho havido em comum; II - certidão de casamento religioso; III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente; IV - disposições testamentárias; V – (Revogado pelo Decreto nº 5.699, de 2006) VI - declaração especial feita perante tabelião; VII - prova de mesmo domicílio; VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil; IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada; X - conta bancária conjunta; XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado; XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados; XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária; XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável; XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente; XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar”.

local no dia da assinatura (e nos 70 dias seguintes), e desde que observadas as condições constantes da segunda regra do art. 384<sup>271</sup>.

A tarifação legal também pode impor limites sobre os poderes do juiz na interpretação e aplicação da norma jurídica. Por exemplo, o Código Comercial que vigorou na Argentina de 1889 a 2015 (*Código de Comercio de la República Argentina*) previa em seu título preliminar que “os juízes são proibidos de emitir disposições gerais ou regulamentárias, devendo sempre se limitar ao caso particular que conhecerem”<sup>272</sup>.

O aumento da importância do Judiciário trouxe o fortalecimento do poder dos juízes na condução de processo, surgindo o sistema do livre convencimento, no qual o julgador pode atribuir às provas o valor que entender mais adequado para a resolução da controvérsia (sem limitação legal, obrigação de justificar suas opções ou vinculação às provas produzidas no processo)<sup>273</sup>.

### 2.4.3. Livre Convencimento Judicial

O livre convencimento judicial (também denominado de *livre apreciação* ou de *íntima convicção*)<sup>274</sup> consiste no convencimento subjetivo do juiz sobre a realidade objetiva trazida ao processo por meio das provas, sem qualquer limite normativo prévio e sem qualquer necessidade de justificativa das escolhas por ele realizadas. No livre convencimento, o magistrado pode optar sem quaisquer amarras pelas provas que, conforme a sua convicção, julgar suficientes para a demonstração dos fatos. Trata-se de um “(...) estado de certeza interior, superadas as dúvidas e razões conflitantes, que está na base da decisão judicial; é, em outras palavras, a causa final da decisão, referindo-se nesse ponto à esfera estritamente pessoal, interior, de fato, do agente humano investido da função jurisdicional”<sup>275</sup>.

<sup>271</sup> Segundo a qual constitui prova plena de um fato o depoimento de duas ou mais testemunhas, desde que: respondam sobre o fato e suas circunstâncias essenciais de forma coerente e sem contradições, e não tenham sido contrariadas ou desmentidas por outra prova contrária.

<sup>272</sup> No original: “Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen”.

<sup>273</sup> “O juiz não fica, por este sistema, vinculado às provas produzidas, podendo proferir sua decisão, até mesmo, com base em impressões pessoais e fatos de que tomou conhecimento extrajudicialmente” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 407).

<sup>274</sup> Utilizando essas denominações: CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, p. 138.

<sup>275</sup> No original: “(...) stato di interiore certezza, superati i dubbi e la ragioni contrastanti, che sta alla base della decisione stessa giudiziale; è, in altri termini, la causa ultima della decisione, rimandando ormai all sfera strettamente personale, interiore, appunto, dell’agente umano investito della funzione giudicante”

De uma total ausência de poder na prova tarifada se passa para o poder amplo e irrestrito na valoração das provas e no julgamento dos casos concretos. Neste sistema, o juiz pode inclusive *decidir contra a prova*, ou seja, contra os fatos reconstruídos no processo, porque se atribui um peso maior à convicção pessoal do magistrado do que à instrução processual<sup>276</sup>.

Em resumo, em comparação ao sistema da prova legal, o sistema do livre convencimento *substitui a vontade do legislador pela vontade do julgador*. Enquanto no sistema anterior o legislador conferia um valor *prévio* a cada meio de prova, neste o juiz atribui um valor *posterior* a cada prova existente no processo<sup>277</sup>.

No Brasil, ainda existem resquícios do livre convencimento, tendo como principal exemplo, no processo penal, o Tribunal do Júri. O procedimento dos processos de competência do Tribunal do Júri está previsto nos arts. 406/497 do Código de Processo Penal, com a decisão regulamentada nos arts. 482/493, dividida em duas etapas: (a) a primeira, realizada em votação secreta pelos jurados do Conselho de Sentença, que votam sobre os quesitos formulados, sem qualquer necessidade de justificativa; (b) e a segunda, que se restringe à prolação da sentença formal pelo juiz presidente, que deverá aplicar a *vontade não justificada* da maioria de votos do Conselho de Sentença.

Ilustrando essa concepção, atribui-se a Lord Mansfield, juiz e político inglês, a seguinte frase, dita a um novo governante de colônia (e, por consequência, presidente do tribunal local), preocupado com sua pouca experiência em assuntos

---

(OLIVIERI, Laura. Corte costituzionale e libero convencimento del giudice. In: CIARLO, Pietro; PITRUZZELLA, Giovanni; TARCHI, Rolando (org.). *Giudizi e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 234). Ainda, acerca da relação entre provas e a convicção do julgador: “(...) a convicção do juiz é elemento funcional do conceito de prova” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 622).

<sup>276</sup> “Já o sistema da livre apreciação, ou convicção íntima, atribuía ao juiz o poder de valorar e decidir sobre as provas segundo a sua própria consciência. O magistrado poderia julgar contra a prova formada, haja vista que a verdade estaria na sua consciência. Não era necessário expor os fundamentos que o fizeram decidir de uma determinada maneira” (CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, p. 138).

<sup>277</sup> Nesse sentido: “(...) no substituir-se em abstrato na atividade de discernimento e de valoração das provas, que o juiz, de outra forma, deveria realizar na prática, caso por caso, em que formar o seu “convencimento” pessoal sobre a verdade dos fatos controversos”. No original: “(...) nel sostituirsi in astratto all’attività di discernimento e di valutazione delle prove, che il giudice altrimenti dovrebbe svolgere in concreto, caso per caso, onde formarsi un suo personale ‘convincimento’ sulla verità dei fatti controversi” (COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano (coord.). *Commentario del Codice di Procedura Civile*. v. II. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 406).

judiciais: “Decida rapidamente, mas nunca dê quaisquer razões. Suas decisões podem estar certas, mas suas razões certamente estarão erradas”<sup>278</sup>.

A partir do livre convencimento motivado se inicia a construção da ideia (consolidada pelo sistema seguinte) de instrução processual como um *meio para o convencimento do julgador*. Em consequência, as partes (de forma principal, além de outros eventuais sujeitos processuais) produzem as provas visando convencer o juiz ou o órgão colegiado de que os fatos ocorreram da forma narrada por elas. Em outras palavras, as provas são levadas ao processo pelas partes, ou nele produzidas, para fazer com que *a sua verdade se torne na verdade processual, na verdade em que crê o julgador*.

#### 2.4.4. Livre Convencimento Judicial Motivado

Para estabelecer limites ao modelo anterior, surgiu o livre convencimento motivado, que confere ao juiz o poder de tarifação das provas (ou seja, manteve-se a vontade do julgador, da mesma forma que o sistema da livre apreciação), mas impõe como contrapeso o dever de justificar suas escolhas por determinadas provas em detrimento das outras.

Aponta-se, como certidão de nascimento deste sistema, o *Fuero del Libro*, promulgado por D. Afonso X (1254)<sup>279</sup>. Porém, o sistema efetivamente se consolidou e se expandiu alguns séculos mais tarde, a partir do *Code de Organisation Judiciaire Française* (1790), que posteriormente o manteve no *Code de Procédure Civile* (1807)<sup>280</sup>.

Em seguida, esse modelo foi desenvolvido na Áustria, com o Código de Processo Civil vigente a partir de 01/01/1898 (“Código Kleiniano”)<sup>281</sup>, que tirou o juiz

<sup>278</sup> No original: “Decide promptly, but never give any reasons. Your decisions may be right, but your reasons are sure to be wrong” (CASSUTO, David N. The law of words: standing, environment, and other contested terms. *Harvard Environmental Law Review*, Cambridge, nº 28, pp. 79-128, jan./jun. 2004, p. 91). Igualmente, citando e comentando a frase: SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 35.

<sup>279</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 49. Ainda: DUARTE NETO, Bruno Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Princípios do processo civil: noções fundamentais*. São Paulo: Método, 2012, p. 73.

<sup>280</sup> Acerca das origens do livre convencimento judicial motivado no direito processual francês: CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, pp. 138-139.

<sup>281</sup> Essa denominação faz referência a Franz Klein, Ministro da Justiça da Áustria e principal elaborador do Código de Processo Civil austríaco de 1895, que foi influenciado pelo Código alemão de 1877 e inspirou os Códigos de Processo Civil de diversos países, tais como os da Hungria (1911), Noruega, (1915), Bulgária (1922), Brasil (1939), Portugal (1939), Itália (1940) e Suécia (1942); por essa razão, o

do papel de mero espectador e passou a conferir relevo ao caráter público da jurisdição e ao interesse do Estado na pacificação dos conflitos<sup>282</sup>.

A partir daí, a decisão judicial deixou de ser um *ato de autoridade* e se passou a ser um *ato democrático de autoridade*<sup>283</sup>.

Conforme destaca Alexandre Câmara, “além de basear sua decisão nas provas existentes nos autos, o juiz deverá apresentar no *decisum* os motivos que o levaram a decidir desta ou daquela forma”<sup>284</sup>.

Na lição de Ovídio Baptista, o livre convencimento motivado importa na ausência de restrições ao juiz quanto à tarifação legal, existindo uma “(...) faculdade reconhecida ao julgador de livre e ampla apreciação da prova, sem as peias que o ordenamento processual lhe possa criar por meio de princípios limitadores de sua ampla investigação e conhecimento”<sup>285</sup>.

A liberdade conferida pelo legislador ao julgador, dessa forma, possui restrições, que tem *no seu destinatário o seu primeiro controlador*. Incumbe ao juiz controlar e fornecer o meio de controle para a verificação da valoração de provas, expressa na fundamentação da decisão.

Assim, a liberdade existente no livre convencimento judicial motivado não é absoluta e contém duas restrições principais: (a) a primeira decorre da *fundamentação* (e

Código austríaco é conhecido como a lei processual moderna de maior influência no mundo. Sobre o assunto: LEWISCH, Peter. Franz Klein (1854-1926). In: BACKHAUS, Jürgen (ed.). *The Elgar Companion to law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005 pp. 576-584. Também: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos*. 2. ed. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 7.

<sup>282</sup> USTÁRROZ, Daniel. *Prova no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

<sup>283</sup> Sobre o tema: CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. *Revista Julgar*, Lisboa, nº 6, pp. 69-76, 2008, pp. 69-70. Ainda, acerca do determinismo metodológico, que dispensa a motivação com fundamento na autoridade do juiz ou na aplicação direta das normas, e do decisionismo metodológico, que dispensa a fundamentação por tratar a decisão judicial como um ato de vontade: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002, p. 22. Ainda, sobre a sentença como um ato de vontade dotado de um conteúdo lógico, que não se restringe a um exercício de silogismo: SILVA, Luis Renato Ferreira da. Apontamentos para uma teoria da sentença. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 37, pp. 168-188, jan./dez. 1996.

<sup>284</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 408.

<sup>285</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 69. Do mesmo modo: “(...) o juiz é livre para decidir conforme a sua consciência, mas deve expressamente declarar na sentença as razões do seu convencimento, não sendo bastante para tanto declarações genéricas no sentido de que indefere o pedido do autor por falta de amparo legal, sendo necessário que detalhadamente indique qual é o dispositivo legal ou porque certo dispositivo não ampara o pedido” (ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino. *Processo civil: processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 152). Ainda: “Una de ellas es como facultad del juez para apreciar determinadas pruebas según su experiencia como juez, sin aplicar ningún otro juicio anterior sobre su valor probatorio. (...) Esto quiere decir que si la convicción del juez puede obtenerse libremente dentro del marco de la legalidad, esa legalidad constituye también por principio el límite de la libertad del juez” (WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 316).

por isso que o convencimento deve ser motivado), ou seja, o julgador deve *explicar* e *justificar* as razões de seu convencimento; (b) e a segunda deriva da lei, que pode tanto *tarifar* determinados meios de prova em situações específicas, quanto criar *requisitos para a admissibilidade* da prova<sup>286</sup>.

No Brasil, esse sistema de valoração de prova foi inserido pelo CPC de 1939, o qual determinava em seu art. 118: “Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio”. Na sequência, o art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 previa que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. O novo CPC reproduz em parte essa norma em seu art. 371<sup>287</sup>, que será examinado no ponto seguinte.

Na Itália se utiliza a expressão “*prudente apprezzamento*” para designar a discricionariedade motivada do juiz na valoração das provas (o “*libero convincimento*”)<sup>288</sup>, prevista no art. 116 do *Codice di Procedura Civile*: “*Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento salvo che la legge disponga*

<sup>286</sup> Nesse sentido, Jordi Ferrer Beltrán afirma que a liberdade na valoração de provas consiste na *ausência de tarifação legal*. Acrescenta que a epistemologia restringe a liberdade na atividade do julgador, ao impor a racionalidade e a lógica na atribuição do valor para cada prova. Em suas palavras: “De esta forma, para la concepción racionalista, el hecho de que la valoración de la prueba se declare libre por el derecho denota simplemente que no rigen reglas de prueba legal o tasada que predeterminen el resultado probatorio de forma vinculante para para el juez (...). Pero esa libertad no es absoluta sino que está limitada por las reglas generales de la epistemología o, como gusta de decir lá jurisprudencia, de la racionalidad y la lógica. Más aún, puede entenderse el principio de la libre valoración de la prueba como un mandato a los jueces para que decidan sobre los hechos en los casos que se les planteen mediante los métodos de la epistemología general (...)” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 66). Ainda sobre o assunto: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*. In: FERRER, Jordi; GASCÓN, Marina; LAGIER, Daniel González; TARUFFO, Michele. *Estudios sobre la prueba*. México: Fontamara, 2008, pp. 15-59.

<sup>287</sup> “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

<sup>288</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 192; CONSOLO, Claudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007, pp. 1106-1108; DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto; il ruolo della narrazione nel ‘processo’*. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 196; FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco Paolo. *Codice di procedura civile e norme complementari*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 87; MARENCO, Roberto. *La discrezionalità del giudice civile*. Torino: G. Giappichelli, 1996, pp. 167-169. Sobre os limites do *apprezzamento* judicial: BASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 219-255.

*altrimenti. (...)* (“O juiz deve valorar as provas de acordo com a sua prudente apreciação, a menos que a lei disponha de outra forma”).

Na Espanha, a “*apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica*” (“*libre valoración*”) é assegurada pelos arts. 295 (prova antecipada)<sup>289</sup>, 316 (depoimentos das partes)<sup>290</sup>, 326 (prova documental)<sup>291</sup>, 334 (valor probatório das cópias reprográficas)<sup>292</sup>, 348 (prova pericial)<sup>293</sup>, 350 (documentos impugnados)<sup>294</sup>, 376 (prova testemunhal)<sup>295</sup>, 382 (valor probatório de filmes, gravações e similares)<sup>296</sup> e 384 (meios de prova em objetos de arquivamento e reprodução de dados)<sup>297</sup> da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

<sup>289</sup> “*Artículo 295. Práctica contradictoria de la prueba anticipada. (...) 4. La prueba practicada anticipadamente podrá realizarse de nuevo si, en el momento de proposición de la prueba, fuera posible llevarla a cabo y alguna de las partes así lo solicitara. En tal caso, el tribunal admitirá que se practique la prueba de que se trate y valorará según las reglas de la sana crítica tanto la realizada anticipadamente como la efectuada con posterioridad*”.

<sup>290</sup> “*Artículo 316. Valoración del interrogatorio de las partes. 1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. 2. En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307*”.

<sup>291</sup> “*Artículo 326. Fuerza probatoria de los documentos privados. 1. Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen. 2. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Si del cotejo o de otro medio de prueba se desprendiere la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el apartado tercero del artículo 320. Cuando no se pudiere deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica. 3. Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica*”.

<sup>292</sup> “*Artículo 334. Valor probatorio de las copias reprográficas y cotejo. 1. Si la parte a quien perjudique el documento presentado por copia reprográfica impugnare la exactitud de la reproducción, se cotejará con el original, si fuere posible y, no siendo así, se determinará su valor probatorio según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás prueba. (...)*”.

<sup>293</sup> “*Artículo 348. Valoración del dictamen pericial. El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica*”.

<sup>294</sup> “*Artículo 350. Documentos indubitados o cuerpo de escritura para el cotejo. (...) 4. Si no hubiese documentos indubitados y fuese imposible el cotejo con un cuerpo de escritura por fallecimiento o ausencia de quien debiera formarlos, el tribunal apreciará el valor del documento impugnado conforme a las reglas de la sana crítica*”.

<sup>295</sup> “*Artículo 376. Valoración de las declaraciones de testigos. Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado*”.

<sup>296</sup> “*Artículo 382. Instrumentos de filmación, grabación y semejantes. Valor probatorio. (...) 3. El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica*”.

<sup>297</sup> “*Artículo 384. De los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso. 1. Los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, que, por ser relevantes para el proceso, hayan sido admitidos como prueba, serán examinados por el tribunal por los medios que la*

José Frederico Marques associa o livre convencimento motivado a dois elementos que se complementam: (a) a livre apreciação das provas pelo juiz; (b) e a justificação de sua escolha por determinadas provas em detrimento de outras<sup>298</sup>. De forma similar, Rui Portanova cita dois principais aspectos: (a) a expressão das opções do juiz acerca dos fatos, normas aplicáveis, a qualificação jurídica dos fatos e seus reflexos para o Direito; (b) a coerência entre os itens anteriores, com suas respectivas consequências<sup>299</sup>.

Destaca-se também que “(...) a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo. Sem motivação a decisão judicial perde *duas características centrais*: a *justificação* da norma jurisdicional para o caso concreto e a *capacidade de orientação* de condutas sociais. Perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional”<sup>300</sup>.

Ainda, deve ser esclarecido que a *livre valoração judicial das provas* não se confunde com a *livre fundamentação da decisão*. Enquanto aquela é expressamente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (ao menos na vigência do CPC de 1973) e permite ao julgador atribuir o valor que entender adequado a cada prova, desde que fundamentadamente, a livre fundamentação da decisão não tem nenhuma base constitucional no Brasil.

Admitir a existência de liberdade na fundamentação das decisões judiciais importaria em afirmar, equivocadamente, que a fundamentação não seria o limite da valoração das provas pelo julgador. Em outras palavras, se a fundamentação serve para *limitar e controlar a liberdade* do juiz na escolha e atribuição de um “peso” a cada prova produzida no processo, ela não pode ser livre.

---

parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar y de modo que las demás partes del proceso puedan, con idéntico conocimiento que el tribunal, alegar y proponer lo que a su derecho convenga. (...) 3. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza”.

<sup>298</sup> “As provas dos autos fornecem ao magistrado o material necessário para a configuração dos fatos. O juízo de valor sobre a credibilidade dessas provas, bem como a apreciação de umas em confronto com as outras e as inferências e deduções finais sobre o complexo probatório dos autos, constituem operações de livre crítica a cargo do juiz. Mas essa apreciação subjetiva não pode ser arbitrária, mas, sim, necessita operar-se com objetividade e rigor lógico. Daí ser imprescindível, para o juiz, a manifestação formal dos ‘motivos que lhe formaram o convencimento’” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. III. Campinas: Bookseller, 1997, p. 496).

<sup>299</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 247.

<sup>300</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 666.

Em outras palavras, *o elemento de controle da liberdade não confere liberdade ao controlado.*

Contudo, até o CPC de 2015 não existia, no Brasil, uma base normativa com parâmetros objetivos de controle da fundamentação das decisões judiciais. Esse controle era feito na prática, de forma casuística e insuficiente, e não deu origem a uma jurisprudência sobre o tema.

O livre convencimento judicial motivado confere ao julgador liberdade na admissão, na apreciação e, por último na valoração das provas<sup>301</sup>.

Ademais, esse livre convencimento significa que: (a) o juiz não está vinculado a uma valoração previamente fixada por lei (livre convencimento); (b) mas deve justificar suas escolhas por determinadas provas, em detrimento de outras, com fundamento nas normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes<sup>302</sup>.

A limitação à liberdade do julgador não se restringe à fundamentação. Os *atos* constituem outro elemento limitador da atividade judicial na valoração das provas, seja porque o juiz deve apreciar os fatos dados pelas partes, seja porque deve examinar os fatos sobre os quais recaíram as provas, que, em regra, são produzidas pelas partes<sup>303</sup>. É por essa razão que o citado art. 131 do CPC de 1973 prevê que o juiz tem liberdade na apreciação das provas, desde que indicando os motivos e “*atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos*”.

Portanto, há uma dupla limitação da atividade judicial de valoração probatória: pelos fatos (externa) e pela fundamentação (interna).

É neste sistema que se consolida a concepção subjetiva (iniciada no livre convencimento) de que, por meio das provas, *as partes devem convencer o julgador.*

Enquanto nas ordálias se “convencia” uma divindade e na tarifação legal se seguiam as normas predeterminadas pelo legislador, no livre convencimento e no livre convencimento motivado *o juiz é a divindade a ser conquistada e convencida.*

---

<sup>301</sup> Nesse sentido: WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 316. Da mesma forma: CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, p. 138.

<sup>302</sup> Sobre o assunto: CONSOLO, Claudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007, pp. 1107-1108; RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013, pp. 50-51.

<sup>303</sup> Sobre o assunto: CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, p. 138.

#### 2.4.5. Convencimento Judicial Motivado

O novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015) modificou parcialmente o sistema do livre convencimento judicial motivado, para adotar um sistema que pode ser denominado de *convencimento judicial motivado*.

A exclusão proposital da expressão "liberdade" pelo novo CPC tem o objetivo de modificar o sistema de valoração de provas, mantendo, o julgador como o legitimado principal, mas limitando a sua discricionariedade. Além disso, ressalta-se que a está na *valoração* pelo julgador, mas não na *produção* pelas partes e na *investigação* pelo juiz.

O novo CPC possui dispositivo similar ao art. 131 do CPC de 1973, mas exclui a expressão “livremente”, o que, mesmo antes de sua entrada em vigor, já motivou debates na doutrina sobre a sua interpretação e a consequente existência – ou não – de restrição à vontade do julgador na valoração das provas.

O art. 371 do Código novo dispõe: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Em consequência, todos os outros dispositivos do novo CPC que fazem menção à apreciação de provas pelo julgador *não fazem referência à liberdade*.

Ao tratar de documentos alterados ou rasurados, o art. 426 dispõe que “o juiz *apreciará fundamentadamente* a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento” (grifou-se). Acerca da força probatória do documento eletrônico, prevê o art. 440 que “o juiz *apreciará o valor probante* do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor” (grifou-se). Por sua vez, a valoração da prova pericial faz remissão expressa ao art. 371, novamente sem fazer menção à liberdade do julgador: “Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Na interpretação doutrinária do art. 371, de um lado se defende que a retirada da expressão “livremente” durante a tramitação na Câmara dos Deputados

importou na retirada da liberdade de convencimento do julgador<sup>304</sup>, que deve observar determinados parâmetros de julgamento<sup>305</sup>.

Em sua redação original, o art. 259 do Anteprojeto do novo CPC previa: “O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento”<sup>306</sup>. O texto foi mantido na versão aprovada pelo Plenário do Senado e enviada à Câmara dos Deputados, mas renumerado para o art. 355.

Afirma-se, ainda, que o novo CPC proíbe a *motivação*, justificção posterior do convencimento subjetivo do julgador, e exige a *fundamentação*, que observa parâmetros mínimos e é incompatível com o livre convencimento (em uma diferenciação conceitual entre os dois termos)<sup>307</sup>. Na doutrina, em regra as expressões *motivação* e *fundamentação* são utilizadas como sinônimos<sup>308</sup>.

Um deles é a adoção, pelo novo CPC, de *standards* probatórios, ou seja, modelos objetivos de verificação das provas e do consequente controle da decisão judicial.

Outro parâmetro utilizado para o controle do convencimento do julgador está no § 1º do art. 489, que cria um *conteúdo mínimo* para a fundamentação das

---

<sup>304</sup> Na exposição de motivos do anteprojeto original do CPC apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado Federal em junho de 2010 consta a menção à manutenção do livre convencimento motivado: “Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário”.

<sup>305</sup> Nesse sentido, Lenio Streck afirma: “Com a retirada do livre convencimento do CPC, o legislador encerrou um ciclo. Desde o socialismo processual (Menger, Klein, Büllow) se pensava que o juiz era o protagonista e que tinha livre convencimento. Em outras palavras, ele era livre para decidir, desde que, depois, justificasse, como se a justificação ou motivação conseguisse suprir o problema fulcral que residia, exatamente, no livre atribuir de sentidos, corolário do paradigma da subjetividade (hoje, é inegável que o ovo da serpente do solipsismo judicial está em Büllow). (...) Com a redação do art. 371 sem a palavra ‘livre’, não poderá o juiz ou tribunal referir que determinada decisão foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento” (STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da [org.]. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 552-553).

<sup>306</sup> Constava ainda em diversos dispositivos a liberdade do juiz na apreciação da prova, como, por exemplo, no art. 373: “A confissão extrajudicial feita por escrito à parte ou a quem a represente tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz”.

<sup>307</sup> Com esse entendimento: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 261-282.

<sup>308</sup> Dessa forma, por exemplo: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 436.

decisões judiciais, que deve ser observado pelo juiz, sob pena de nulidade<sup>309</sup>. Em consequência, entende-se que há uma limitação relevante do convencimento do julgador, que deve, por exemplo, especificar qual a relação da norma aplicada com o caso decidido, não podendo apenas mencioná-la de forma genérica como incidente sobre o litígio (inciso I); especificar os fundamentos do precedente ou da súmula citada na decisão e de que forma o caso se enquadra a eles, ou, ao inverso, diferenciar a questão resolvida de jurisprudência, precedente ou súmula (incisos V e VI).

Também se utiliza como argumento a ampliação da força vinculante das decisões dos tribunais, constante do rol do art. 927 do novo CPC<sup>310</sup>.

Por outro lado, sustenta-se que o novo CPC manteve o livre convencimento motivado, conclusão que igualmente se extrai de suas normas, apesar da ausência da expressão “livremente” na apreciação da prova pelo julgador.

Em primeiro lugar, o livre convencimento motivado está inserido em norma constitucional, que, como visto, determina que serão “(...) fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX).

Nesse sentido, Teresa Wambier, Maria Lins Conceição, Leonardo Ribeiro e Rogério de Mello afirmam que o art. 371 do novo CPC demonstra a opção expressa pelo livre convencimento motivado<sup>311</sup>. Para Cassio Scarpinella Bueno, o art. 371 do

<sup>309</sup> Prevê o dispositivo, em seis incisos: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

<sup>310</sup> “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”.

<sup>311</sup> “Caberá ao juiz *valorar* os elementos probatórios, com base no *princípio do livre convencimento motivado* ou da sua *persuasão racional*. Significa dizer que, normalmente, a lei não estabelece, *a priori*, valor predeterminado para cada modalidade de prova, a que o julgador esteja adstrito. É tarefa do juiz analisar os elementos de prova e conferir cada um deles e a todos em conjunto, o valor que reputa adequado. (...) O sistema de prova legal é aquele em que a lei, em abstrato, determina o valor a ser atribuído a cada modalidade de prova. Fala-se em provas tarifadas, que limitam ou mesmo afastam qualquer possibilidade de juízo de valor pelo juiz à luz do caso concreto. Não foi esse o sistema adotado pelo legislador pátrio. O art. 371 do NCPC, assim como o art. 131 do CPC/1973, adotam o sistema do livre convencimento motivado” (grifos no original) (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO,

NCPC positiva o sistema do livre convencimento motivado e o princípio da aquisição da prova, segundo o qual o juiz deve apreciar e valorar as provas independentemente de quem a juntou ou produziu. Em suas palavras, “o ‘princípio do livre convencimento motivado do juiz’ é expressamente agasalhado pelo art. 371, seguindo, no particular, os passos do art. 131 do CPC atual”<sup>312</sup>. A aquisição da prova considera-a como sendo *neutra* no processo, a fim de que seja valorada independentemente de quem a produziu<sup>313</sup>. Por essa razão, por exemplo, a prova produzida por uma das partes pode ser utilizada para fundamentar decisão contrária a ela.

Com a mesma compreensão, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que o dispositivo contém o princípio da aquisição processual e o livre convencimento motivado e que, excepcionalmente, a tarifação legal consiste em um limite à valoração judicial<sup>314</sup>.

Para Guilherme Rizzo Amaral, o Código de 2015 não traz grandes modificações sobre a matéria, tendo em vista que a expressão “livremente” constante do CPC/73 tinha relação com a aquisição da prova e sua valoração realizada independentemente do sujeito que a produziu<sup>315</sup>.

---

Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 645).

<sup>312</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 272. A menção a “CPC atual” diz respeito ao CPC/73, em vigor na data da publicação do livro citado.

<sup>313</sup> Acerca do princípio da comunhão da prova, recorda-se a lição de Barbosa Moreira: “Se a prova for feita, pouco importa a sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o ‘princípio da comunhão da prova’: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, pp. 178-184, jul./set. 1984, p. 178).

<sup>314</sup> “3. Livre convencimento motivado. O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento, mas sempre vinculado à prova dos autos. Decisão sem fundamentação é nula *pleno iure* (CF 93 IX). O sistema não se contenta com o fundamento meramente formal, pois se exige que o juiz dê fundamentos substanciais indicadores do seu convencimento. Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto. 4. Prova legal. É o *limite* do livre convencimento motivado. Quando a lei estabelece que somente por determinado meio se prova um fato, é vedado ao juiz considerá-lo provado por outro meio, por mais especial que seja. O estado da pessoa, por exemplo, somente se prova mediante certidão do cartório do registro civil. Não pode o juiz considerar provado casamento, quando a demonstração desse fato tiver sido feita por testemunhas ou documentos que não a certidão do registro civil” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 992).

<sup>315</sup> “O art. 371 trata do princípio da persuasão racional do juiz, segundo o qual é livre a sua convicção quando ‘aprecia livremente as provas, sem qualquer limitação legal, e lhes dá o valor que entender adequado’, mas, em contrapartida, deve indicar em sua decisão especificamente os motivos que levaram ao seu convencimento. Não constitui limitação à liberdade judicial na valoração da prova a existência de

Fernando Gajardoni assevera que o § 1º do art. 489 do novo CPC não restringe a liberdade do juiz na valoração da prova. Em suas palavras, “autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015. A regra do art. 489, § 1º, CPC/2015, trata do 2º elemento (motivação), e não do 1º (liberdade na valoração da prova)”. De modo específico, afirma que a vinculação aos precedentes não impede o livre convencimento do juiz, que deve motivar o enquadramento – ou não – do caso sob seu julgamento ao precedente, por razões de fato e/ou de direito<sup>316</sup>.

De modo similar, William Santos Ferreira afirma que a expressão “livremente” se restringe a desvincular o juiz de uma tarifação legal. Porém, na prática, foi frequentemente utilizada nas decisões judiciais como uma forma de minimizar a exigência da fundamentação. Por essa razão, o novo CPC retira o vocábulo e adota um modelo de “convencimento motivado” na valoração das provas, que assenta a motivação em uma posição superior à liberdade<sup>317</sup>.

---

limites legais à admissibilidade desta, como, por exemplo, os casos em que a lei exija prova escrita. Isto porque a valoração da prova se dá *posteriormente* à sua *admissão*, e tais regras restritivas tratam da *admissão* da prova. (...) A única alteração proporcionada pelo art. 371 em relação ao seu correspondente no CPC revogado diz respeito à referência expressa de que a valoração da prova independente do sujeito que a produziu. Tal já era reconhecido plenamente pela doutrina, na medida em que se depreendia do vocábulo “livremente”, contido na redação do art. 131 do CPC revogado (aliás, ausente no atual art. 371). Assim, da valoração da prova produzida pelo autor poderá emergir a convicção do juiz acerca de fato alegado pelo réu, e vice-versa. Trata-se, aqui, do reconhecimento do princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez produzida, não pertence a quem a produz e, sim, *ao processo*” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 494).

<sup>316</sup> GAJARDONI, Fernando. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em 15 abr. 2015.

<sup>317</sup> “4. Livre convencimento motivado no CPC/1973. A denominação utilizada no CPC/1973 objetivava aclarar não propriamente uma ‘liberdade’ do julgador para decidir como desejasse apenas apresentando motivos, o vocábulo ‘livre’ significava desvinculado de um ‘sistema tarifado’, de ‘provas legais’, apenas isto. Contudo, nos 40 anos de vigência do CPC/1973 o que se observou foi um desvirtuamento da norma, a cada dia é mais comum o ‘livre convencimento motivado’ servir de recurso retórico para até ‘liberar’ o julgador de esforços de demonstração de correção do julgamento referente ao plano fático, de especificação dos elementos do conjunto probatório dos autos que o convenceram. Utilização de descrições como ‘convencido pelo que constante do acervo probatório’, ‘diante das robustas provas produzidas pela parte’, enfim, ‘chapas’ inadmissíveis. Isto já vinha sendo paulatinamente criticado pela doutrina, mas sem grande repercussão prática, até pelo argumento da necessidade de se lidar com um acervo de processos cada vez maior. 5. Convencimento motivado (art. 371) e fundamentação (art. 489, § 1.º, II e IV) no CPC/2015. No disposto no art. 371 exclui-se o vocábulo ‘livre’ e determina a consideração judicial das provas constantes dos autos e a indicação das razões da formação de seu convencimento que impõe um cuidado redobrado do julgar para apresentar *efetivamente os elementos dos autos* que levaram a um determinado posicionamento. Não há liberdade no ato de julgamento, há um dever de fundamentar a posição tomada, que deve ter como pauta de conduta a preocupação em buscar convencer as partes acerca da correção do posicionamento judicial (persuasão racional das partes), isto é uma mutação revolucionária na normatização do ato de julgar, porque a decisão não é propriamente imposta, mas disposta para convencer. A construção deve ter este espírito, o convencimento das partes deve ser uma *meta* do pronunciamento, ainda que não seja necessário alcançar este resultado. A legitimidade

No entendimento de Vitor de Paula Ramos, a exclusão da expressão “livre” possui dois significados: (a) a fundamentação deve ser racional, ou seja, pretendeu-se retirar de forma expressa a discricionariedade do julgador na valoração das provas; (b) e assegura o direito de influência das partes sobre a decisão judicial (e o respectivo dever de consulta do juiz), como consequência do contraditório<sup>318</sup>.

Outra razão para sustentar a presença do livre convencimento motivado está no art. 372 do novo CPC: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, *atribuindo-lhe o valor que considerar adequado*, observado o contraditório” (grifou-se). A ressalva da regra ao valor que o juiz considerar adequado sobre a prova emprestada deixa clara a manutenção da liberdade na valoração das provas<sup>319</sup>.

Contudo, é ilusório crer (e tentar fazer crer) que o novo CPC brasileiro retira a liberdade do julgador, como o único legitimado no processo, para a valoração das provas dos *factos*. A restrição à interpretação e aplicação do *direito* existente no sistema de precedentes não retira a liberdade na atribuição de valor para as provas do processo.

Não há, no novo CPC, regra que atribua ao legislador a competência para predeterminar o valor de cada prova no processo (mas apenas regras excepcionais de

---

decisória não mais emana de elementos religiosos ou de transmissão de poder imperial ou ditatorial, mas sim está no ‘procedimento’ assecutorio da efetiva participação dos envolvidos e no julgamento que deve ser reflexo desta atuação das partes e não farol a ela direcionado, Relacionado o disposto no art. 371 com o disposto no art. 489, § 1.º, II e IV, fica evidente que são inadmissíveis declarações genéricas que em nada ‘individualizam’ o julgamento da causa ou o correlacionem com precisão à prova ‘constante dos autos’. Em síntese, além de um dever de fundamentar, o destaque é para a imprescindibilidade de absoluto repúdio às ‘motivações’ formalistas ou fictícias, que tornam impossível o controle da parcialidade e da valoração das provas e da reconstrução dos factos (Michele Taruffo, *Páginas sobre Justicia Civil*, trad. Maximiliano Aramburo Calle, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 54)”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno [coord.]. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.001).

<sup>318</sup> Em suas palavras, comentando o art. 371 do novo CPC: “Apesar de há muito já se conceber doutrinariamente que “livre apreciação” da prova não acarreta uma liberdade para o magistrado de julgar as causas como bem entender, o CPC/2015 fez questão de retirar a palavra ‘livre’, a fim de deixar clara a opção legislativa no sentido da necessidade de valoração racional da prova. Considerando a necessidade de contraditório em sentido forte (isto é, de que as partes tenham possibilidade de efetiva influência), deve o juiz efetivamente dialogar com as partes, coisa que só restará efetiva quando houver efetivo debate quanto aos pontos trazidos por essas, seja sobre a prova, seja sobre as demais circunstâncias do caso” (TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert [coord.]. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP e OAB/PR, 2015, p. 608). Ainda, sobre o primeiro aspecto: “Todas as referências ao ‘livre convencimento motivado’ foram extirpadas do texto do Código. O silêncio é eloquente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado. Isso é quanto basta para a definição do sistema de valoração da prova pelo juiz adotado pelo CPC-2015” (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 103).

<sup>319</sup> Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em 15 abr. 2015.

prova tarifada, como visto acima). Esse papel também não foi conferido ao STF ou aos tribunais superiores. A *limitação* dos poderes do juiz na valoração das provas não significa *proibição* de conferir valor a cada uma, tampouco foi excluído o dever do julgador de justificar expressamente suas decisões. A exigência do contraditório também não altera a liberdade do juiz na valoração das provas e, portanto, na *reconstrução dos fatos no processo*. O que a restringe, mas apenas na aplicação do direito, é o sistema de precedentes.

Ainda que seja chamado apenas de convencimento motivado ou de *convencimento judicial motivado*, não difere do livre convencimento judicial motivado, tampouco restringe a liberdade judicial na valoração das provas e o seu dever constitucional de justificar as escolhas realizadas.

#### 2.4.6. Direito Comparado

A fundamentação das decisões judiciais também constitui norma constitucional em diversos outros países, diante de sua relevância para o Estado Constitucional e o controle (interno e externo) das decisões judiciais.

No Peru, o Artigo 139.5 da Constituição prevê que “*son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*”.

Na Argentina não existe previsão constitucional, mas a motivação é inserida como um requisito da sentença no artigo 163.5 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*<sup>320</sup>.

No Paraguai, a Constituição prevê não apenas a fundamentação das decisões judiciais, mas a restringe ao direito positivo, ou seja, o juiz deve obrigatoriamente motivar seus atos com base na Constituição e nas leis nacionais. Nos termos do art. 256: “*DE LA FORMA DE LOS JUICIOS. (...) Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre*”. O art. 159 do *Código Procesal Civil* paraguaio igualmente lista a fundamentação como um dos requisitos da

<sup>320</sup> “*Artículo 163: SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA.- La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: (...) 5 Los fundamentos y la aplicación de la Ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones*”.

sentença<sup>321</sup>, enquanto o art. 160 amplia esses requisitos para as decisões de instâncias superiores<sup>322</sup>.

A Constituição do Uruguai também não regulamenta a motivação, que está positivada no art. 197 do *Código General del Proceso*<sup>323</sup>.

Na França, desde a Constituição do ano III (1795)<sup>324</sup> – que exigia em seu art. 208 o julgamento proferido em *voz alta e motivado*<sup>325</sup> – e, infraconstitucionalmente, a partir do Código processual de 1806 (que, por força das conquistas de Napoleão, de 1799 a 1815, influenciou as principais reformas processuais na Europa continental no século XIX), o processo civil francês confere destaque aos debates orais e na sua influência sobre a formação da convicção do julgador e, conseqüentemente, sobre a sentença<sup>326</sup>. Essa tradição ainda se mantém na França, conforme prevê o art. 7º do Código de Processo Civil em vigor no país: “o juiz não pode basear sua decisão em fatos que não estão no debate” (“*Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat*”).

Na Itália, a Constituição determina que “todas as decisões judiciais devem ser motivadas”<sup>327</sup> (art. 111). A motivação da sentença tem fundamento

<sup>321</sup> “Art. 159.- Sentencia definitiva de primera instancia. La sentencia definitiva de primera instancia, destinada a poner fin al litigio, deberá contener, además: a) las designaciones de las partes; b) la relación sucinta de las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto del juicio; c) la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior. El juez deberá decidir todas las pretensiones deducidas y solo sobre ellas. No está obligado a analizar las argumentaciones que no sean conducentes para decidir el litigio; d) los fundamentos de hecho y de derecho; (...)”.

<sup>322</sup> “Sentencias definitivas de segunda y tercera instancia. Las sentencias definitivas de segunda y tercera instancia deberán contener, en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el artículo anterior, y se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 423 y 435, según el caso”.

<sup>323</sup> “Forma de la sentencia.- El Tribunal estudiará por sí mismo los procesos, dictará personalmente la sentencia y la suscribirá. Cuando se pronuncie en audiencia se insertará en el acta respectiva. La sentencia contendrá la fecha y la identificación de los autor, con mención de las partes intervinientes y demás elementos que surjan de la carátula del expediente. A continuación se establecerá, de modo claro y sucinto, el o los puntos litigiosos, los hechos que se tienen por ciertos y los que han sido probados, consignándose los fundamentos de derecho en cuya virtud se les tiene por tales. Le seguirá la exposición de las razones jurídicas en cuyo mérito se aplica el derecho y se concluirá con la parte dispositiva, que se redactará en términos imperativos”.

<sup>324</sup> Sobre o assunto: SOUZA, Artur César de. *Das normas fundamentais do processo civil: uma análise luso-brasileira contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 243.

<sup>325</sup> “Artigo 208. – As sessões dos tribunais são públicas; os juízes deliberam em segredo; os julgamentos são ditos em voz alta; eles são motivados e ditam os termos da lei aplicada”. No original: “Article 208. - Les séances des tribunaux sont publiques; les juges délibèrent en secret; les jugements sont prononcés à haute voix; ils sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée”.

<sup>326</sup> Acrescenta Chiovenda que o processo francês nunca foi completamente escrito, existindo um nexo entre o processo francês moderno e o processo medieval que existia antes das reformas de Luis XIV, com respeito à oralidade (CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. v. I. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 219).

<sup>327</sup> “Sezione II. Norme sulla giurisdizione. Art. 111. (...) Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”. Comentando o dispositivo constitucional: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino: G. Giappichelli, 2004, pp. 359-365. Ainda: CLINI, Alberto. *La forma*

infraconstitucional nos arts. 132 e 429 do *Codice di Procedura Civile*, que prevem como requisitos da sentença “(...) a concisa esposizione das razões de fato e de direito (...)”<sup>328</sup>. De modo mais detalhado, o art. 546 do *Codice di Procedura Penale* exige “uma descrição concisa das razões de fato e de direito sobre as quais se fundamenta a decisão, com a indicação das provas que formam a base da decisão e a declaração das razões pelas quais o juiz entende não ser confiáveis as provas contrárias”<sup>329</sup>. Portanto, no processo penal italiano a sentença deve conter não apenas os fundamentos sobre as provas que *confirmam* a decisão judicial, mas igualmente a motivação expressa de afastamento das provas que *contrariam* as conclusões judiciárias.

O artigo 205.1 da Constituição de Portugal determina a motivação das decisões judiciais, com exceção das de mero expediente, em conformidade com a regulamentação da matéria por lei infraconstitucional: “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”. O Código de Processo Civil português observa essa norma no seu art. 154, que positiva o “dever de fundamentar a decisão” nos seguintes termos: “1 - As decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas”. Indo além, o dispositivo afasta a motivação *per relationem*, que é admitida apenas nos despachos interlocutórios sobre matéria simples: “2 - A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição, salvo quando, tratando-se de despacho interlocutório, a contraparte não tenha apresentado oposição ao pedido e o caso seja de manifesta simplicidade”. Da mesma forma, o art. 97.5 do Código de Processo Penal determina que “os actos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão”<sup>330</sup>.

---

*semplificata della sentenza nel “giusto” processo amministrativo*. Padova: Cedam, 2009, pp. 229-232; CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio; BARTOLE, Sergio; BIN, Roberto (coord.). *Commentario breve alla Costituzione*. 2. ed. Padova: Cedam, 2008, pp. 1007-1008.

<sup>328</sup> “Articolo 132. Contenuto della sentenza. La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l’instestazione: Repubblica Italiana. Essa deve contenere: (...) 4) la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione (...)”. “Articolo 429. Pronuncia della sentenza. Nell’udienza il giudice, esaurita la discussione orale e udite le conclusioni delle parti, pronuncia sentenza con cui definisce il giudizio dando lettura del dispositivo e della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. (...)”.

<sup>329</sup> “Art. 546. Requisiti della sentenza. 1. La sentenza contiene: (...) e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie (...)”.

<sup>330</sup> Conforme a parte inicial do dispositivo, atos decisórios são: “(...) a) Sentenças, quando conhecerem a final do objecto do processo; b) Despachos, quando conhecerem de qualquer questão interlocutória ou quando puserem termo ao processo fora do caso previsto na alínea anterior”.

O art. 120.3 da Constituição da Espanha dispõe que “as sentenças serão sempre motivadas e se pronunciarão em audiência pública”<sup>331</sup>.

Na Bélgica, o art. 149 da Constituição prevê que “todo julgamento é motivado. Ele é pronunciado em audiência pública”<sup>332</sup>.

A Constituição da Grécia assegura a motivação em seu art. 93.3: “Toda decisão judicial deve ser especificamente e cuidadosamente fundamentada e deve ser pronunciada em uma sessão pública. (...)”<sup>333</sup>.

No direito internacional, diversos tratados abordam a fundamentação das decisões judiciais, especialmente sob a perspectiva da tutela dos direitos individuais.

Como exemplo principal, o Código Ibero-Americano de Ética Judicial<sup>334</sup> regulamenta a fundamentação de forma detalhada em dez artigos<sup>335</sup>.

Assim, o livre convencimento judicial motivado é amplamente utilizado na atualidade, destacando-se que relação entre fundamentação e publicidade está no fato de que a primeira assegura, dentro e fora do processo, a transparência do processo decisório, a demonstração das razões que levaram o julgador a decidir o litígio daquela forma.

## 2.5. Síntese Conclusiva sobre os Reflexos das Provas Sobre a Fundamentação

<sup>331</sup> No original: “3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

<sup>332</sup> No original: “Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique”.

<sup>333</sup> De acordo com a versão no idioma inglês, publicada pelo Parlamento Helênico. “3. Every court judgment must be specifically and thoroughly reasoned and must be pronounced in a public sitting. (...)”.

<sup>334</sup> Documento elaborado por Manuel Atienza e Rodolfo Luis Vigo para a Comissão Ibero-Americana de Ética Judicial.

<sup>335</sup> “Art. 18 A obrigação de motivar as decisões tem por objetivo assegurar a legitimidade do juiz, o bom funcionamento de um sistema de impugnações processuais, o adequado controle do poder do qual os juízes são titulares e, finalmente, a justiça das decisões judiciais. Art. 19 Motivar implica exprimir, de maneira ordenada e clara, as razões juridicamente válidas e aptas para justificar a decisão. Art. 20 Uma decisão carente de motivação é, em princípio, uma decisão arbitrária, apenas tolerável na medida em que uma expressa disposição jurídica justificada a permita. Art. 21 O dever de motivar adquire uma intensidade máxima em relação às decisões privativas ou restritivas de direitos, ou quando o juiz exerce um poder discricionário. Art. 22 O juiz deve motivar as suas decisões tanto em matérias de fato quanto de direito. Art. 23 Em matérias de fato o juiz deve proceder com rigor analítico no tratamento do quadro de provas. Deve mostrar, em concreto, o que indica cada meio de prova, para depois efetuar uma apreciação no seu conjunto. Art. 24 A motivação em matéria de Direito não pode limitar-se à invocação das normas aplicáveis, especialmente nas decisões sobre o mérito de determinada matéria. Art. 25 A motivação deve estender-se a todas as alegações das partes ou às razões produzidas pelos juízes que tenham apreciado antes a questão, desde que sejam relevantes para a decisão. Art. 26 Nos tribunais colegiados, a deliberação deve ter lugar e a motivação deve exprimir-se em termos respeitosos e dentro dos limites da boa-fé. O direito de cada juiz de divergir da opinião majoritária deve ser exercido com moderação. Art. 27 As motivações devem ser expressas num estilo claro e preciso, sem se recorrer a tecnicismos desnecessários e com uma concisão que seja compatível com a total compreensão das razões expostas”.

A fundamentação das decisões judiciais, especialmente da sentença e do acórdão dos tribunais de apelação (na resolução do mérito da causa), não se limita a uma formalidade de subsunção ou de ponderação na aplicação de normas. O julgador deve, em primeiro lugar, reconstruir os fatos ocorridos, o que se faz por meio do exame e valoração das provas, a partir dos quais incidirão as consequências jurídicas.

A prova vincula e produz consequências para a fundamentação das decisões judiciais<sup>336</sup>. As funções de valorar a prova e fundamentar a decisão são *processuais*: apesar de se referir a situações de fato e a ter o objetivo primordial de demonstração de um direito *material* (razão pela qual também é normatizada pelo Código Civil), *a prova nasce, vive e morre dentro do processo*.

Em regra, a atenção no processo se volta para a forma por meio da qual o julgador conhece os fatos, mas pouca preocupação se tem com o meio utilizado para valorar as provas e a forma de conhecimento dos fatos pelo magistrado. O elevado grau de subjetividade existente nessas atividades levou à criação de *meios de controle* da fundamentação das decisões judiciais, vista, sob essa perspectiva, como a justificativa utilizada para a escolha de determinadas provas em detrimento de outras, a fim de reconstruir os fatos no processo, formando uma *verdade processual* (também denominada de “verdade institucional”)<sup>337</sup> que será utilizada para a aplicação do direito ao caso.

Tendo em vista que as provas têm como objeto os fatos, ambos vinculam a fundamentação judicial, ou seja, os fatos e as provas limitam e delimitam o pronunciamento do juiz. Com isso, sustenta-se que a decisão judicial só é válida se observar os fatos comprovados no processo, justificando as provas que demonstram a ocorrência de cada fato controvertido, eventuais razões de afastamento de outras provas e reconstruindo os fatos (e suas provas respectivas) no processo.

---

<sup>336</sup> Ainda, sobre a relação constitucional e infraconstitucional entre prova e fundamentação no direito processual brasileiro: “A Constituição e a lei processual brasileiras deixam bastante claro – até com extremada contundência – a *opção* pela fundamentação racional das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/1988; art. 11 do CPC/2015; particularmente, cf. art. 489 do CPC/2015, dispositivo bastante exigente, no que pertine à fundamentação qualificada da decisão judicial), e, em especial no que diz respeito às provas, estabelece a lei processual que o juiz ‘apreciará a prova constante dos autos’ e ‘indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento’ (art. 371 do CPC/2015)” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 620).

<sup>337</sup> Com essa designação: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 46.

Por essas razões, Michele Taruffo afirma que a decisão judicial é válida desde que seja adequadamente fundamentada sobre os fatos<sup>338</sup>.

Portanto, a valoração das provas é normalmente definida como a *construção da verdade no processo*. Mas não se trata de uma verdade “material” ou “formal”, mas sim a verdade construída pelo convencimento do julgador, influenciado pelos pedidos, causa de pedir e provas inseridos no processo pelas partes. Por meio das provas, o juiz realiza a reconstrução (ou a reconstituição) dos fatos e por meio da fundamentação justifica as escolhas por determinadas provas (e fatos) em detrimento de outras<sup>339</sup>.

Em resumo, os fatos são reconstituídos por meio das provas, que, por sua vez, formam o convencimento judicial, que é explicado e justificado na fundamentação.

A impossibilidade (fática, filosófica, processual etc.) de se alcançar uma “verdade real” ou absoluta por meio da produção de provas no processo conduz à *limitação recursal* na análise de provas: apenas os recursos ordinários admitem a reanálise de provas pelo tribunal *ad quem*, enquanto nos recursos extraordinários se presume a veracidade dos fatos de acordo com a valoração conferida pelo órgão prolator da decisão recorrida.

Por isso, no processo não se busca a verdade por meio das provas. O fim da instrução é, para os sujeitos processuais interessados na decisão de mérito, obter uma valoração favorável das provas em relação aos fatos por ela alegados, de acordo com o grau de certeza (ou de probabilidade) alcançado por meio da relação prova-fato, ou por meio da aplicação de uma norma de ônus probatório, de presunção ou de ficção. Em outras palavras, ainda que se sustente a busca da verdade (formal ou material) por meio

<sup>338</sup> Em suas palavras: "(...) nessuna decisione giudiziaria è giusta se si fonda su un accertamento erroneo dei fatti su cui si fonda" (TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 247).

<sup>339</sup> Acerca da reconstituição dos fatos por meio da prova: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, pp. 178-184, jul./set. 1984. Sobre as relações entre as provas, o convencimento do julgador sobre os fatos e a conseqüente fundamentação da decisão: “A decisão judicial é legitimada pelo procedimento que a precede. São a forma e as garantias que permeiam o procedimento que permitem que a decisão daí emanada seja legítima e represente, *ipso facto*, a manifestação de um Estado de Direito. E essa legitimação se dá na proporção direta do grau de participação que se autoriza aos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial. Assim é que essa participação se dá, em linhas genéricas, por intermédio de *alegações* e de *comprovações*; permite-se que as partes afirmem as situações de fato e de direito (em suma, os fatos jurídicos) que embasam suas pretensões ou suas exceções e, como conseqüência necessária, confere-se a elas a oportunidade de comprovar (*rectius*, convencer ao magistrado) que tais afirmações de fato são verossímeis. A prova assume, então, um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 63).

das provas, ela não é o objetivo principal do processo, mas um meio para se chegar ao fim da prestação jurisdicional<sup>340</sup>.

Recorda-se a lição de Barbosa Moreira, de que “não sofre dúvida que norma e fato serão sempre os dois pontos básicos de referência no processo mental do julgador”<sup>341</sup>.

Neste capítulo também foram examinados os sistemas de valoração das provas no processo, relevantes para a reconstrução dos fatos e para determinar a fundamentação da decisão judicial.

A valoração da prova pelo Judiciário sofreu mudanças, evoluções e involuções no tempo e no espaço: de um sistema no qual o julgador não possuía (diretamente) qualquer poder de decisão, visto que a decisão competia a uma divindade superior (ordálio ou ordálias), passou-se à tarifação pelo legislador (prova tarifada), que também vinculava as decisões judiciais. Posteriormente foi concedido um poder amplo e irrestrito aos juízes, que podiam decidir sem justificar suas escolhas (livre convencimento ou livre apreciação), até surgir a sistemática do livre convencimento motivado (ou persuasão racional), que atribui uma liberdade limitada, ao acrescer a obrigatoriedade de fundamentação das decisões.

No Brasil, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas adotavam o sistema da tarifação legal, o que foi mantido pelo Regulamento 737.

O CPC de 1939 introduziu no processo civil brasileiro o sistema do livre convencimento motivado, ao propiciar, ao mesmo tempo, (a) a liberdade do juiz na valoração da prova (o que, até então, incumbia ao legislador); (b) e vinculação dessa liberdade à *justificação das escolhas feitas pelo juiz*, ao condicionar à validade da decisão à sua fundamentação.

Esse sistema de valoração judicial de provas foi reproduzido no CPC de 1973.

Dessa forma, em aproximadamente 515 anos de regulamentação do processo civil no Brasil, o sistema da tarifação legal vigorou por mais de 400 anos (de abril de 1500 a janeiro de 1940).

---

<sup>340</sup> Sobre o assunto: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 18-20.

<sup>341</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73.

A partir do livre convencimento motivado se inicia a construção da ideia (consolidada pelo sistema seguinte) de instrução processual como um *meio para o convencimento do julgador*. Em consequência, as partes (de forma principal, além de outros eventuais sujeitos processuais) produzem as provas visando convencer o juiz ou o órgão colegiado de que os fatos ocorreram da forma narrada por elas. Em outras palavras, as provas são levadas ao processo pelas partes, ou nele produzidas, para fazer com que *a sua verdade se torne na verdade processual, na verdade em que crê o julgador*.

A partir daí, a decisão judicial deixou de ser um *ato de autoridade* e se passou a ser um *ato democrático de autoridade*, porque *o elemento de controle da liberdade não confere liberdade ao controlado*.

O novo CPC (Lei nº 13.105/2015) gera polêmica, diante da exclusão do termo “livremente” da redação final de seu art. 371, que se limita a prever que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

O principal fundamento do livre convencimento motivado, reiterado na parte final do art. 371, está na Constituição (art. 93, IX). A ausência de previsão expressa da expressão “livre” ou “livremente” no novo CPC não leva ao afastamento do livre convencimento motivado no direito processual brasileiro.

A grande inovação está no § 1º do art. 489 do novo CPC, que regulamenta a fundamentação de forma autônoma e não apenas como uma característica, como um limitador do sistema de valoração judicial das provas. A fundamentação das decisões judiciais ganha na norma processual infraconstitucional a mesma importância que lhe é conferida pela norma constitucional, deixando de ser *instrumento* (da valoração de provas) e passando a ter vida própria no Código de Processo, como *princípio, dever, direito e garantia*.

Esses requisitos do § 1º do art. 489 (conteúdo mínimo da fundamentação), não se tratam de uma limitação *material* ao livre convencimento do juiz, mas sim de uma restrição *formal* à motivação da decisão judicial. A ampliação da força vinculante de determinadas decisões das Cortes (especialmente do STF e dos tribunais superiores) *reduzem, mas não retiram completamente, a liberdade de convencimento do julgador*. Porém, o novo CPC também *ampliou o controle* (interno e externo) da motivação das

decisões judiciais, especialmente pela inserção do juiz no contraditório, realizada pelos arts. 9º e 10<sup>342</sup>, que reconhecem às partes o direito de influenciar a decisão.

Em suma, o § 1º do art. 489 do novo CPC *não impõe limites para a valoração da prova*. Ainda, o efeito vinculante dos precedentes não impede o livre convencimento do juiz sobre a reconstrução dos fatos por meio das provas. Ao julgador compete desenvolver os fundamentos de sua decisão no sentido da adequação, distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente.

Portanto, é ilusório crer (e tentar fazer crer) que o novo CPC brasileiro retira a liberdade do julgador, como o único legitimado no processo, para a valoração das provas dos *fatos*. A restrição à interpretação e aplicação do *direito* existente no sistema de precedentes não retira a liberdade na atribuição de valor para as provas do processo.

O equívoco na interpretação feita por parte da doutrina diz respeito à falta de diferenciação entre: (a) sistema judicial de valoração de provas, visto neste capítulo, que consiste no regramento sobre a reconstrução dos fatos no processo por meio das provas; (b) e efeito vinculante das decisões judiciais, que será analisada no próximo capítulo e tem consequências diretas sobre a fundamentação (vinculando-a), mas não vinculam a análise de fatos por meio das provas.

Como visto, no sistema da tarifação legal incumbia ao legislador fixar, de forma prévia, o valor de cada prova. Por outro lado, nos sistemas do livre convencimento e do livre convencimento motivado esse poder é conferido ao juiz, *a posteriori*, ou seja, para avaliar na sentença o valor de cada prova admitida no processo e seu *peso* sobre a demonstração dos fatos e a decisão judicial.

Assim, em resumo, a tarifação legal confere um poder *prévio ao legislador*, enquanto o livre convencimento (motivado ou não) atribui um poder *posterior ao julgador*. As diferenças estão no sujeito e no momento de atribuição de valor às provas.

É neste sistema que se consolida a concepção subjetiva (iniciada no livre convencimento) de que, por meio das provas, *as partes devem convencer o julgador*. Enquanto nas ordálias se “convencia” uma divindade e na tarifação legal se seguiam as normas predeterminadas pelo legislador, no livre convencimento e no livre convencimento motivado *o juiz é a divindade a ser conquistada e convencida*.

---

<sup>342</sup> Nos termos do art. 9º, “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (com a ressalva das exceções de seu parágrafo único). Por sua vez, o art. 10 dispõe 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”.

Não há, no novo CPC, regra que atribua ao legislador a competência para predeterminar o valor de cada prova no processo (mas apenas regras excepcionais de prova tarifada, como visto acima). Esse papel também não foi conferido ao STF ou aos tribunais superiores. A *limitação* dos poderes do juiz na valoração das provas não significa *proibição* de conferir valor a cada uma, tampouco foi excluído o dever do julgador de justificar expressamente suas decisões. A exigência do contraditório também não altera a liberdade do juiz na valoração das provas e, portanto, na *reconstrução dos fatos no processo*. O que a restringe, mas apenas na aplicação do direito, é o sistema de precedentes.

Ainda que seja chamado apenas de convencimento motivado ou de *convencimento judicial motivado*, não restringe a liberdade judicial na valoração das provas e o seu dever constitucional de justificar as escolhas realizadas.

Portanto, *o novo Código de Processo Civil adota o livre convencimento motivado como sistema de valoração judicial de provas*.

A relação entre fatos, direito material e valoração probatória é sintetizada na seguinte afirmação: o julgador conhece os fatos por meio das provas, razão pela qual deve justificar suas escolhas por determinadas provas para a reconstrução dos fatos no processo e, conseqüentemente, fundamentar sua decisão, aplicando as conseqüências jurídicas aos fatos tidos como ocorridos, ou *verdadeiros*.

Na fundamentação o órgão julgador diz para as partes, terceiros, eventuais outros sujeitos processuais, aos tribunais superiores e para toda a sociedade (independentemente da existência de grupos sociais interessados – ou não – no resultado da decisão) as razões pelas quais escolheu determinadas provas em detrimento de outras, atribuiu maior valor a algumas (e não a outras), e deixa claro o caminho percorrido para a reconstrução dos fatos dentro do processo. Da fundamentação também se extraem (ainda que implicitamente) os motivos pelos quais o julgador não seguiu determinado caminho, não escolheu algumas provas, conferiu um valor menor a outras, para especificar de que modo os fatos ocorreram e o porquê de ter chegado às conclusões que utilizou para justificar a decisão e conduzir ao dispositivo.

### 3. PRECEDENTES – A VINCULAÇÃO JUDICIAL DA FUNDAMENTAÇÃO PELA FUNDAMENTAÇÃO

Por colocar a decisão judicial no mesmo plano da lei (e com maior importância, por ser considerada a principal fonte do direito), o *Common Law* é também conhecido como *judge-made law*, ou *judge make law*<sup>343</sup>, ou *bench-made law* (como referência aos tribunais), ou *judiciary law*, ou *judicial legislation*, ou, ainda, *case-law*<sup>344</sup>, e os juízes vistos como “*the living oracles of the law*” (“os oráculos vivos do Direito”)<sup>345</sup>.

Apesar de alguns doutrinadores afirmarem que não há uma criação do Direito pelos juízes, que sempre buscam a norma em outras fontes (os costumes, os princípios gerais do direito, o direito natural, os *statutes*, etc.), ou constroem a nova norma a partir delas (especialmente sob a perspectiva da lei como texto, a interpretação e aplicação como uma atividade criativa da norma), prevalece o entendimento de que isso não desnatura a atividade *criativa* dos julgadores<sup>346</sup>.

Por ser um sistema de *case-law*, “o direito não é criado, mas ‘encontrado’ cavando nos precedentes. A sucessão de casos, com a construção das regras individuais do caso, constitui a sua espinha dorsal”<sup>347</sup>.

Tradicionalmente, as decisões judiciais do *Common Law* contêm a interpretação das normas escritas (*statutes*), quando existentes, e a análise do caso concreto (*case-law*)<sup>348</sup>. Não se interpreta a norma sem a análise do caso, pois é a partir dele que se aplica o precedente ou se conclui que não existe semelhança entre ambos<sup>349</sup>.

<sup>343</sup> Usando essa expressão: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 86. Ambas têm o mesmo sentido: o *judge-made law* significa o Direito produzido pelos juízes, o *judge make law* inverte a ordem de sujeito e objeto, para dizer que o juiz produz o Direito.

<sup>344</sup> Nesse sentido: ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996, p. 17; BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, pp. 114-121; FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princeton: Princeton University Press, 1950, p. 262; GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2010, p. 292; STATSKY, William P. *Legislative analysis and drafting*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1984. p. 6.

<sup>345</sup> Sobre o assunto: FREDI, Dolores. ‘*Una dispotica creazione*’: Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli, 2012.

<sup>346</sup> Nesse sentido: FREDI, Dolores. ‘*Una dispotica creazione*’: Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli, 2012., p. 15.

<sup>347</sup> No original: “Il diritto non è creato ma ‘ritrovato’ scavando nei precedenti. La successione dei casi, con la costruzione di singole regole del caso, ne costituisce l'ossatura” (ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996, p. 22).

<sup>348</sup> Nesse sentido: “Nós temos, assim, duas espécies de legislações, que podem ser denominadas, respectivamente, ‘legislação legislativa’ e ‘legislação judicial’”. No original: “We thus have two kinds of

Isso leva a um maior poder da Corte Constitucional e, em menor grau, do Judiciário como instituição. Porém, é equivocado afirmar que há um maior poder dos juízes no *Common Law*, em comparação aos juízes de países do *Civil Law*. Ao contrário, os juízes do *Common Law* possuem, individualmente, menor discricionariedade e poder, diante de sua vinculação aos precedentes dos tribunais superiores<sup>350</sup>.

A análise dos precedentes em países de *Civil Law* é influenciada pela forma de organização do Judiciário, especialmente a competência e a força das decisões de seu órgão de cúpula. Em outras palavras, a existência de precedentes no Brasil, ou melhor, de decisões com eficácia similar à dos precedentes de tribunais dos países de *Common Law*, depende não apenas do conteúdo da decisão e de seus efeitos, mas também do tribunal que a profere e dos órgãos judiciais que deverão observá-la<sup>351</sup>.

Desse modo, o exame de precedentes no sistema judiciário brasileiro passa: (a) pelo estudo da organização e funcionamento dos tribunais de cúpula, em especial, do Supremo Tribunal Federal<sup>352</sup>, e do grau de estabilidade de suas decisões (vinculação horizontal); (b) e pela vinculação, normativa e efetiva, dos tribunais inferiores (vinculação vertical).

O novo CPC brasileiro confere uma competência maior ao STF e ao STJ para a criação de precedentes, mas também atribui um papel significativo aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, especialmente por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Por outro lado, a previsão constitucional e legal da eficácia vinculante das decisões do STF no controle (concentrado e difuso) de constitucionalidade, por exemplo, e sua manutenção estável e aplicação nos casos similares posteriores

---

legislations, which might be termed, respectively, ‘legislative legislation’ and ‘judicial legislation’” (FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princeton: Princeton University Press, 1950, p. 262).

<sup>349</sup> ALPA, Guido. *L’arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996, pp. 25-26.

<sup>350</sup> Com esse entendimento: ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, p. 84.

<sup>351</sup> Acerca do tema: MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

<sup>352</sup> Antonio do Passo Cabral faz o seguinte questionamento: “quais são os tribunais cujas decisões podem gerar expectativas?”, e conclui que a posição hierárquica do tribunal influencia a formação de precedentes, desde que em conjunto com outros fatores, tais como “a duração da reiteração do posicionamento”, “a função exercida pela Corte ou pelo procedimento (ou recurso) em que proferida a decisão” e “a edição concomitante ou subsequente de enunciados em formato regulativo” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, pp. 22-24).

(vinculação horizontal), por si só, não são suficientes para conferir força de precedentes às decisões da Corte Constitucional. O quadro só estará completo com a previsão normativa de vinculação dos tribunais inferiores a essas decisões, e das consequências pelo descumprimento, e da efetividade dessas normas na prática (vinculação vertical).

Independentemente da existência de precedentes, jurisprudência e súmulas (entre outros instrumentos processuais), em regra os acórdãos dos tribunais de hierarquia superior possuem efeito persuasivo sobre as decisões dos tribunais e juízes de menor hierarquia na organização judiciária (princípio da “fidelidade orgânica”)<sup>353</sup>. Se entre a função dos primeiros está a de uniformizar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico em determinada área territorial, é consequência lógica disso a aplicação de seu entendimento uniformizador pelos segundos. *Casos semelhantes devem ser decididos de modo similar*, o que, da mesma forma que os precedentes, decorre da isonomia e da segurança jurídica<sup>354</sup>.

A Corte Constitucional tem as funções principais de: (a) promover um consenso, uma ligação comum entre as opiniões existentes na sociedade; (b) ou, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, preencher o déficit de pluralismo existente na deliberação legislativa; (c) ou exercer a *self restraint* (autocontenção), ao declarar a constitucionalidade de uma norma, quando, mesmo com a deficiência do debate parlamentar, o ato questionado for legitimado por uma parcela suficiente da sociedade<sup>355</sup>.

O estudo dos precedentes e de que forma vinculam a fundamentação das decisões judiciais é fundamental para o desenvolvimento do tema, tendo em conta que é

<sup>353</sup> Expressão da doutrina alemã referida por: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 22.

<sup>354</sup> Com o mesmo entendimento: “Em nossa opinião, é evidente o condicionamento que as instâncias inferiores sofrem pela força persuasiva das decisões de cúpula. Com efeito, a importância da posição de um tribunal na estrutura judiciária é patente porque, tanto os particulares quanto os próprios órgãos de Estado orientam suas condutas baseado na jurisprudência dos Tribunais Superiores” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 22).

<sup>355</sup> Sobre o assunto: “La corte costituzionale è così sollecitata, se del caso conformando a tale scopo le norme processuali che disciplinano la propria attività, a promuovere un consenso, o meglio un raccordo, tra la pluralità delle opinioni, nonché – ove si tratti del giudizio di costituzionalità della legge – a colmare eventuali *deficit* di pluralismo del dibattito parlamentare, oppure viceversa ad esercitare *self restraint* nelle ipotesi in cui la legge sia da considerarsi legittimata attraverso un sufficiente coinvolgimento dell’opinione pubblica” (CAPONI, Remo. *Autonomia del processo costituzionale: note preliminari*. Disponível em: <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0171\\_caponi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0171_caponi.pdf)>. Acesso em 07 abr. 2014.).

na fundamentação da sentença ou do acórdão que o órgão julgador deve realizar a comparação do caso sob julgamento com o precedente, aplicando-o ou afastando-o<sup>356</sup>.

Existem vários pontos de contato entre os sistemas de *Common Law* e de *Civil Law*, superando as tradicionais dicotomias oralidade/escritura e processo adversarial/inquisitivo, tais como o aumento de normas escritas no primeiro e a crescente importância conferida à força vinculante das decisões judiciais no segundo<sup>357</sup>. No Brasil, falar em um aumento da ampliação do *Common Law* no novo CPC é uma análise simplista de um fenômeno mais complexo que se desenvolveu progressivamente ao longo dos anos, especialmente nas Constituições e nas leis infraconstitucionais, e busca, ao mesmo tempo, ampliar a força das decisões dos tribunais superiores e conferir estabilidade e previsibilidade na resolução de controvérsias pelo Judiciário<sup>358</sup>.

Pretende-se, neste capítulo, analisar de que forma ocorre a formação e a superação de precedentes, a partir do exame conceitual e prático de seu tratamento no país e no direito comparado, com o objetivo de definir os limites que os precedentes impõem à fundamentação das decisões judiciais.

Para esse fim, inicialmente será realizada a delimitação conceitual do *stare decisis* e dos precedentes, para, na sequência, desenvolver a base teórica dos precedentes e suas formas de revogação, e, na sequência, examinar a formação e a superação de precedentes no Brasil.

Na prática judiciária no país, a expressão “precedente” é utilizada para designar qualquer decisão anterior existente sobre a questão a ser julgada. Na base de decisões do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, há mais de 35 mil acórdãos e mais de 104 mil decisões monocráticas contendo o termo<sup>359</sup>, sem preocupação com o seu uso

<sup>356</sup> Sobre o assunto: SCARPA, Antonio. *La decisione della causa*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 129.

<sup>357</sup> Sobre o assunto: CAPPELLETTI, Mauro. *Il proceso civile italiano nel quadro della contrapposizione 'civil law – common law (appunti storico-comparativi)*. Processo e ideologie. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 65; TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 110, pp. 141-158, abr./jun. 2003. Taruffo desenvolve modelos processuais como instrumentos teóricos do estudo comparativo, e divide-os em três: (a) estruturais, similares aos modelos descritivos, com a principal diferença de que se amparam em características de estrutura do procedimento; (b) funcionais, relacionados com a “(...) instrumentalidade do processo como meio de atingir os resultados a que se ordena a justiça civil”; (c) e supranacionais, que ultrapassam as fronteiras nacionais, e podem ser estruturais ou funcionais.

<sup>358</sup> Nesse sentido, descrevendo a existência de um *Brazilian Law* desde a Constituição de 1891, com influências do *Civil Law* e do controle de constitucionalidade dos Estados Unidos: PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, pp. 332-335.

<sup>359</sup> Pesquisa realizada em 30 de março de 2016.

técnico, especialmente quanto à observância dos efeitos do precedente utilizado para embasar os fundamentos do acórdão.

Dessa ausência de técnica no tratamento do assunto surge a necessidade de, inicialmente, delimitar o significado dos precedentes e de outras expressões e institutos a ele relacionados, considerando a incorporação da maior parte deles pelo novo CPC brasileiro.

### 3.1. *Stare Decisis*: Características e Peculiaridades

O *stare decisis* deriva da expressão latina *stare decisis et non quieta movere* e significa aderir e manter as decisões, e não perturbar o que já está resolvido<sup>360</sup>. Independentemente de sua aplicação prática aos precedentes judiciais, o *stare decisis* observa o postulado de que cada caso deve ser decidido com fundamento em uma norma geral<sup>361</sup>.

No direito estadunidense, por exemplo, o *stare decisis* obriga os juízes das instâncias inferiores a observar os precedentes<sup>362</sup>, tanto da Suprema Corte (para todos os órgãos judiciários), quanto de outros tribunais (como o *U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit*, para o próprio tribunal e os juízes a ele vinculados)<sup>363</sup>.

O sistema do *Common Law* baseia-se principalmente na hermenêutica dos tribunais. Apesar de possuir normas escritas (*statute law*), as decisões judiciais constituem a principal fonte de direito<sup>364</sup>. Por isso, é identificado como um “direito

<sup>360</sup> Sobre o assunto: GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2010, p. 513. Ainda, afirma-se que é o *stare decisis*, e não os precedentes, o elemento diferenciador dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law*. Com esse entendimento, por exemplo: CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário*: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61.

<sup>361</sup> Com esse entendimento: “It is essentially the canon that each case must be decided as one instance under a general rule” (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 67).

<sup>362</sup> Conforme o entendimento de Bobbio, o sistema do *Common Law* “(...) é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório)”. No original: “(...) è costituito da regole accolte daí giudici per risolvere singole controversie (regole che diventano vincolanti per i giudizi successivi, secondo il sistema del precedente obbligatorio)” (BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996, p. 22).

<sup>363</sup> Acerca da eficácia vinculante dos *rulings* da Suprema Corte, dos tribunais de apelação e das Cortes distritais: FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 79-81

<sup>364</sup> Nesse sentido: “No common law, os precedentes foram considerados como a principal fonte do direito”. No original: “At common law, precedents were regarded as the major source of law” (GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2010, p. 408). O que, conforme ressaltado, não afasta a existência de normas escritas (*statutes, acts* ou *legislation*) elaboradas pelo Legislativo. Sobre a interpretação e aplicação das leis pelo Judiciário nos Estados Unidos: MIKVA, Abner J.; LANE, Eric. *An*

judiciário” ou um “sistema judicialista”, desenvolvido e aplicado pelos juízes e tribunais, seja por meio da observância dos precedentes, em decisões similares proferidas durante anos, décadas e até séculos, seja pela aplicação de princípios gerais do direito ou de regras consuetudinárias em situações novas<sup>365</sup>.

Em outras palavras, “o julgamento de um caso não resulta do direito, mas, ao contrário, o direito resulta do julgamento de um caso”<sup>366</sup>.

É um *case law system*, em que professores, advogados, integrantes do Ministério Público, juízes e outros atores do cenário jurídico buscam, analisam, comparam e criticam os precedentes judiciais, em um jogo de combinação de casos, “*the game of matching cases*”<sup>367</sup>. Em outras palavras, os juízes do *Common Law* se valem de um *raciocínio de comparação e diferenciação de casos*, enquanto os juízes do *Civil Law* normalmente empregam um raciocínio de interpretação das normas elaboradas pelo legislador, utilizando as decisões judiciais (e a jurisprudência) de modo secundário.

Utilizando outra expressão, trata-se de “(...) um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais. Salvo na época da sua formação, a lei não desempenha

---

*introduction to statutory interpretation and the legislative process*. New York: Aspen Law & Business, 1997, pp. 4-50. Nas palavras de Edward Levi, o que o legislador diz é *statute* e o que um tribunal diz é *dictum* (LEVI, Edward Hirsch. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 2013, p. 6). Ainda, sobre as origens e características do *Common Law*: “O surgimento da *common Law* não tem uma data precisa. Um corpo de normas que se formaram, passo a passo, através dos séculos, até tomar forma separados dos usos e costumes que lhe deram origem. Se há uma data aproximada que pode ser tomada como marco referencial, há cerca coincidência entre os diversos autores que essa data deveria ser 1066 AD (século XI), quando Guilherme, o Bastardo, Duque da Normandia (William, *the Conqueror*) derrotou o rei inglês Harold que fora eleito Rei da Inglaterra após a morte de Eduardo, o confessor – e coroado em Westminster. (...) Esse direito anterior, base da futura *common law*, era um conjunto de usos e costumes locais, ou seja, todo o direito comum da Inglaterra saxônica. Antes da invasão normanda, havia as antigas jurisdições populares e as jurisdições senhoriais, todas aplicando em seus julgamentos os usos e costumes locais. O Rei Guilherme passou então a também julgar litígios através da sua *Carta Régia* e através de cortes reais judiciais que criava, todas derivadas da *Carta Régia*, mas que igualmente aplicavam o direito comum, ou seja, aquele conjunto de usos e costumes locais, o todo do direito comum da Inglaterra. Ao aplicar esse direito costumeiro inglês para resolver litígios nascidos sob o império de costumes diversos, as cortes reais deixaram de considerar e buscar as particularidades desses mesmos usos e costumes passando a extrair e desfilarem dos mesmos, de certa forma involuntariamente, o direito comum a toda Inglaterra” (ASHTON, Peter Walter. *A common law e a equity* do direito anglo-saxônico. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 28, pp. 87-111, jan./dez. 2011, p. 93).

<sup>365</sup> Sobre o assunto: OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 216, p. 13-34, fev. 2013, p. 17; STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 46-47.

<sup>366</sup> STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*. São Paulo: LTr, 1999, p. 44.

<sup>367</sup> LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 47.

qualquer papel na sua evolução”<sup>368</sup>. Diante desse protagonismo judicial, também é utilizado o termo “legislação oblíqua” para se referir à inserção dos precedentes no Brasil<sup>369</sup>.

Por outro lado, os precedentes não constituem a única fonte do *Common Law*. A Constituição (em alguns países, como os Estados Unidos, mas não na Inglaterra), as normas infraconstitucionais (e as técnicas de interpretação utilizadas, tais como a gramatical, a lógica, a teleológica etc.), também são levadas em consideração, ainda que em frequência menor do que os primeiros<sup>370</sup>.

Em suma, no *Common Law* a lei pode criar o Direito, mas *os juízes criam e conduzem a evolução do Direito*. Além disso, as leis podem revogar os precedentes, porque, apesar da maior força destes, aquelas possuem uma autoridade superior<sup>371</sup>.

Um dos fundamentos para esse entendimento está na isonomia, em virtude da qual as situações semelhantes devem ser decididas da mesma forma<sup>372</sup>. Também tem relação com a segurança jurídica, consistente na confiança de que os precedentes serão

<sup>368</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 208. Com o mesmo entendimento: GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2010, p. 292.

<sup>369</sup> Usando essa expressão: PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, pp. 332-333.

<sup>370</sup> Sobre as fontes do direito levadas em consideração além dos precedentes: TRIBE, Lawrence H.; DORF, Michael N. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, pp. 71-72. Ainda, afirma-se que a expressão *legislation* abrange todo o processo de elaboração de uma norma, o que compreende os *statutes* legislativos, os precedentes judiciários, a moral, os costumes, as máximas, etc. (STATSKY, William P. *Legislative analysis and drafting*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1984, p. 6).

<sup>371</sup> Sobre o assunto: “By definition, statutory law is superior in authority to common law. The legislature has the power to pass statutes that change the common law. When it does so, it has given us what is called a statute *in derogation of the common law*” (STATSKY, William P. *Legislative analysis and drafting*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1984, p. 7).

<sup>372</sup> Acerca da isonomia como justificadora da observância dos precedentes: FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, p. 135. Acrescenta-se que o conceito de justiça formal, desde Aristóteles, está relacionado ao tratamento igualitário entre os semelhantes, e desigual entre aqueles em situações diferenciadas. Nesse sentido: “(...) Aqui, a justiça parece consistir na igualdade. Portanto, tendo todos um direito igual, é justo considerar como lei o que agrada à maioria. A liberdade e a igualdade dão a cada um o direito de fazer o que quiser, e assim, nessas sociedades, diz Eurípides, cada um vive a seu modo e como bem entende” (ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 219). Ainda: “A imparcialidade aqui, bem vistas as coisas, é a outra face da igualdade. Não existe no sistema jurídico um princípio ou valor que afirme que o juiz deve decidir os casos semelhantes de forma diferente, que cabe a ele escolher os fatores que acha relevantes em cada caso, os quais podem estar afetos às questões e valores pessoais ou favorecimentos. O juiz deve definir a interpretação de uma norma jurídica e resolver a disputa de acordo com os valores morais e jurídicos do tempo e espaço que identificam a comunidade para a qual presta o serviço” (PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 108).

observados, além da estabilidade dela decorrente<sup>373</sup>. Assim, busca-se desestimular o descumprimento das obrigações e evitar pedidos infundados ao Judiciário<sup>374</sup>.

As principais fontes do direito no *Common Law* são precedentes judiciais, os costumes e as leis<sup>375</sup>.

No *judicial review* realizado pela Suprema Corte de um país do *Common Law*, o *stare decisis* é o princípio que justifica a eficácia vinculante das decisões, ou seja, o julgamento de um caso concreto não produz apenas efeitos *erga omnes*<sup>376</sup>, mas também vincula os demais órgãos judiciários e os administrativos. Ressalta-se que a eficácia vinculante e a eficácia *erga omnes* são diferenciadas em suas extensões subjetiva e objetiva: (a) a eficácia *erga omnes* é típica da coisa julgada, diz respeito apenas ao dispositivo e se aplica a todos, inclusive o Legislativo e o próprio tribunal que proferiu a decisão; (b) e o efeito vinculante refere-se aos motivos determinantes e não se aplica a todos, mas ao Judiciário (com a exceção do próprio STF) e à Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal<sup>377</sup>.

### 3.2. Precedentes Judiciais: Aspectos Teóricos

A força atribuída aos precedentes e ao Judiciário no sistema do *Common Law* foi alvo de debates durante séculos na Inglaterra. Apesar das influências iniciais do *ius commune* romano no território britânico, o *Common Law* surgiu tendo como fonte apenas os costumes, o que levou à utilização das decisões judiciais que aplicavam o

<sup>373</sup> Sobre o assunto: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 118-164; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 16-29.

<sup>374</sup> Acerca das diferenças entre *Common Law* e *Civil Law*: “No nosso sistema pátrio, baseado no romano-germânico, *civil law*, a aplicação preponderante do direito deriva da lei, sendo a jurisprudência subsidiária, ao passo que, na *common law*, a aplicação do direito deriva dos precedentes, do *stare decisis*” (FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, pp. 131-132). Ainda: GAMBARGO, Antonio. *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto. Quaderni della Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile - Due iceberg a confronto: le derive di Common Law e Civil Law*, Milano, nº 12, pp. 7-38, 2009, pp. 8-9.

<sup>375</sup> ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996, pp. 26-27. O costume é apontado como a fonte inicial da *Common Law*, e mais tarde surgiram os precedentes como fontes vinculantes, conforme: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 9.

<sup>376</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O princípio do “*stare decisis*” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 80.

<sup>377</sup> Sobre as diferenças: CARDOSO, Oscar Valente. Eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 131, fev. 2014.

direito consuetudinário como parâmetros para a resolução dos casos seguintes e, em consequência, ao *judge-made law*<sup>378</sup>.

Contudo, essa transição não foi pacífica e os debates sobre a força dos costumes, das leis escritas e dos precedentes perduraram por séculos. Os reis absolutistas, como James I (1603/1625) – que dissolveu o Parlamento e se declarou o emissário de Deus – e Charles I (1625/1649), evidentemente, resistiam à força das decisões judiciais.

O mais famoso embate doutrinário da época se deu entre Thomas Hobbes e Edward Coke: Edward Coke, com suas concepções desenvolvidas principalmente na obra “*Institutes of the lawes of England*” (publicada de 1628 a 1644, em quatro partes), em que sustentava que o *Common Law* constituía a origem das normas jurídicas e do poder das autoridades, razão pela qual o limitava, ou seja, inclusive o monarca se submetia ao Direito. Por outro lado, Hobbes defendia o poder absoluto dos monarcas e combatia o *Common Law*; e sua principal obra que sintetiza tais ideias é “Um diálogo entre um filósofo e um estudante de *common laws* da Inglaterra” (“*A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*”), lançada postumamente, em 1681<sup>379</sup>. No livro, o autor mantém suas ideias contrárias a qualquer limitação ao poder do Estado (como na mais famosa, “*Leviathan*”), por meio de um diálogo fictício entre um filósofo (o próprio Hobbes, supostamente, com algumas ideias de Francis Bacon) e um estudante de direito (Edward Coke, pelo que se supõe). Por meio das palavras do filósofo, afirmou que “não é a sabedoria, mas a autoridade que faz a lei. Obscuras são também as palavras *razão legal*. Não há razão nas criaturas terrestres, mas sim a razão humana. Mas eu suponho que ele queira dizer que a razão de um juiz, ou de todos os juízes juntos, sem o Rei, é a *summa ratio*, e o próprio direito: o que eu nego, porque ninguém pode fazer o direito além daquele que detém o poder legislativo. (...)”.

---

<sup>378</sup> Sobre o assunto: “The foundation, then, of precedent is the official analogue of what, in society at large, we know as folkways, or as institutions, and of what, in the individual, we know as habit” (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 65).

<sup>379</sup> O livro foi originariamente publicado em 1681, aproximadamente dois após o falecimento de Hobbes, que não havia autorizado sua publicação (por ter afirmado que a parte final estaria “imperfeita”). Na época não havia certeza sobre a autoria de Hobbes, mas posteriormente o livro foi incorporado à sua obra por se afirmar que o texto possui seu estilo e por não ter surgido nenhum terceiro alegando a autoria (SLOVENKO, Ralph. Book reviews. *Fordham Law Review*, New York, v. 41, nº 2, pp. 470-492, 1972).

O estudante comenta: “Você fala do *statute law*, e eu falo do *common law*”. E o filósofo responde: “Eu falo genericamente sobre o direito”<sup>380</sup>.

Essa controvérsia foi posteriormente resumida nas dualidades “direito como produto da razão x direito como fruto da vontade”, sabedoria dos juízes x poder do soberano, *common law* x *statute law*, ou, ainda, *imperio rationis* x *ratione imperii* (império da razão x razão do império)<sup>381</sup>.

A expressão “precedente” diz respeito a algo ocorrido no passado. Aplicando-a ao direito processual, diz respeito a um julgamento anterior que é utilizado pelo juiz ou pelo tribunal para decidir um novo litígio similar àquele<sup>382</sup>.

<sup>380</sup> No original: “It is not wisdom, but authority that makes a law. Obscure also are the words *legal reason*. There is no reason in earthly creatures, but human reason. But I suppose that he means, that the reason of a judge, or of all the judges together without the King, is that *summa ratio*, and the very law: which I deny, because none can make a law but he that hath the legislative power. (...)”. (...) “You speak of the statute law, and I speak of the common law”. “I speak generally of law” (HOBBS, Thomas. A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England. In: HOBBS, Thomas. *The English works of Thommas Hobbes of Malmesbury*. v. VI. London: John Bohn, 1840, p. 5). Sobre as origens do *Common Law* e dos precedentes: BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996, pp. 22-27.

<sup>381</sup> O império da razão compreendido como o predomínio da razão sobre a força, e a razão do império no sentido de prevalência da força sobre a razão. Sobre a dualidades: BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996, pp. 25-26.

<sup>382</sup> Nesse sentido: “A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge, 2008, p. 1). Ainda, “(...) in the large, precedent consists in an official doing over again under similar circumstances substantially what has been done by him or his predecessor before” (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 65). Friedrich Müller afirma que “‘precedente’ (...) transmite a noção de ‘pré-julgamento (...), ou seja, a ‘pré-decisão’ (...) de um juiz ou de um órgão judicial. O ponto crucial aqui é ‘pré’ (...). Cronologicamente significa simplesmente ‘antes’ e, portanto, refere-se a decisões anteriores em casos semelhantes que um juiz pode ou não tomar conhecimento, e que pode ou não pode ser usado. Ao mesmo tempo um ‘pré’, como o descrito em ‘pré-cepção’ (...) ou mesmo ‘pré-condição’ (...) denota a noção de uma ‘pré-decisão’ (...), funcionando como um pré-requisito para realizar um julgamento aceitável ‘preciso’, ‘justo’ e ‘correto’”. No original: “‘Precedent’ (Prä-Judiz) conveys the notion ‘pre-judgment’ (Vor-Judiz), that is to say the ‘pre-decision’ of a judge or a judicial body. The crux here is ‘pre’ (vor). Chronologically it simply means ‘before’ and thus refers to earlier decisions in comparable cases of which a judge may or may not take cognizance, and which may or may not be used. At the same time a ‘pre’ like the one in ‘pre-cept’ (Vorschrift) or also ‘pre-condition’ (Vorbedingung) connotes the notion of a ‘pre-decision’ (Vorentcheidung) functioning as a prerequisite for making a judgment acceptable ‘accurate’, ‘just’ and ‘correct’” (MÜLLER, Friedrich. *Concretization and precedent. Observations on modern continental European Law from the perspective of ‘Structuring Legal Theory’*. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 681). Com o mesmo entendimento, no Brasil: “O chamado *precedente*, utilizado no modelo judicialista, é o caso já examinado e julgado, cuja decisão primeira sobre o tema atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial porque esta se ocupa apenas da solução do caso concreto apresentado. O precedente haverá de ser considerado nas posteriores decisões, como paradigma” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 216, p. 13-34, fev. 2013, p. 18). Apresentando definição similar: “O precedente é a decisão judicial construída no caso concreto, cuja *ratio decidendi* pode servir de diretriz para o julgamento de casos análogos” (FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp.

Contudo, a localização da decisão no tempo não é suficiente, por si só, para defini-la como um precedente. As maiores dificuldades estão em transformar o julgamento do caso como um modelo para futuros julgamentos, na comparação entre casos (com partes diferentes, em lugares e momentos distintos) e na identificação da *ratio decidendi* que será aplicada aos processos seguintes<sup>383</sup>.

O precedente é mais do que uma decisão anterior aplicada no julgamento de casos futuros.

Trata-se de uma decisão paradigmática com uma *eficácia diferenciada*, que não se limita a resolver o caso julgado, mas também incide sobre todos os demais casos similares a ele, julgados posteriormente<sup>384</sup>. Em outras palavras, *o precedente representa a transformação do julgamento de um caso específico em um processo em uma norma jurídica geral*<sup>385</sup>. Segue o caminho inverso da aplicação da norma geral ao caso sob julgamento, em que o juiz deve “(...) lidar adequadamente com a permanente tensão entre o geral da lei e a particularidade do caso”<sup>386</sup>.

Desse modo, ainda que o precedente seja identificado a partir de sua aplicação em processos futuros, a decisão judicial já surge com determinadas características que permitem o seu reconhecimento como um precedente.

131-147, maio/jun. 2014, p. 133). Ainda: CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39.

<sup>383</sup> Acerca da incompletude de se referir ao precedente apenas como uma decisão proferida no passado: SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction for legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 44-45.

<sup>384</sup> Nesse sentido: “Tais resoluções paradigmáticas são os *precedentes* que servem para orientar os tribunais em casos futuros, sendo útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência, assegurando, assim, a segurança jurídica” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 62).

<sup>385</sup> Com esse entendimento: “(...) uma proposição descritiva do primeiro caso é transformada em uma norma jurídica e em seguida é aplicada a uma próxima situação similar”. No original: “(...) a proposition descriptive of the first case is made into a rule of law and then applied to a next similar situation” (LEVI, Edward Hirsch. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 2013, p. 2). Sobre a definição de precedente: “Um caso julgado é chamado de um precedente; e é uma autoridade que, sob muitas circunstâncias, vincula uma Corte a adotar a mesma decisão em um caso similar futuro”. No original: “A case decided is called a precedent; and is an authority, which, under many circumstances, binds a court to make the same decision in a future similar case” (RAM, James. *The science of legal judgment*. London: Maxwell, 1834, p. 197). Ainda: “O precedente consiste na decisão jurisdicional tomada em relação a um caso concreto, cujo núcleo é capaz de servir como diretriz para a resolução de demandas semelhantes” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 11).

<sup>386</sup> COHEN-KOPLIN, Klaus. Equidade e razão prática na decisão judicial: algumas reflexões de teoria geral do direito e de história do pensamento jurídico. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 28, pp. 75-86, jan./dez. 2011, p. 84.

A importância e a força atribuída aos precedentes no *Common Law* (e, ainda que com menor intensidade, à jurisprudência na *Civil Law*) derivam do modo de funcionamento do Judiciário: o ato de julgar nos processos busca uma melhor (mais adequada, “justa” ou “correta”) forma de interpretação e aplicação das normas aos casos, e os próprios casos anteriormente decididos são utilizados como parâmetros pelos juízes e tribunais para atingi-la<sup>387</sup>.

Na doutrina, o conceito de precedente possui poucas variações relevantes. Destaca-se, principalmente, a *autoridade* da decisão como o elemento fundamental, no sentido de que ela só pode se tornar um precedente se exercer um grau de influência e/ou vinculação suficiente para fazer com que os julgamentos futuros não deixem de apreciá-la, aplicá-la (regra geral), afastá-la (exceção) ou explicar por que ela não se aplica àquele caso (distinção)<sup>388</sup>. Assim, por meio do precedente, *a força da razão prevalece sobre a razão da força*. Essa denominada *autoridade da decisão* consiste efetivamente na *autoridade do julgador* e, em algumas situações, na *autoridade do legislador*, porque sua força pode derivar, respectivamente: (a) da posição do órgão julgador na hierarquia administrativa do Judiciário; (b) ou da força e dos efeitos que lhe são atribuídos por norma jurídica.

É da autoridade que se extrai outro elemento de relevo do precedente, que é a sua *força vinculante (binding effect)*. O precedente não possui uma força meramente persuasiva, mas sim vinculante, tendo em conta que o tribunal que o criou e os juízes hierarquicamente inferiores não podem ignorá-lo, ou utilizá-lo de acordo com as suas conveniências, discricionariamente. A lógica do precedente na fundamentação das decisões judiciais, como se verá, compreende a aplicação ou a distinção e, eventualmente, a superação.

---

<sup>387</sup> Nesse sentido: “Talvez a melhor resposta que pode ser dada é uma institucional: a Suprema Corte, como um tribunal, é mais propriamente confiada a ler os casos, especialmente os seus próprios casos. Certo ou errado, é principalmente na interpretação dos casos anteriores que a luta pelo significado constitucional é articulada”. No original: “Perhaps the best answer that can be given is an institutional one: the Supreme Court, as a court, is most properly trusted to read cases, especially its own cases. Right or wrong, it is primarily in the interpretation of prior cases that the battle for constitutional meaning is joined” (TRIBE, Lawrence H.; DORF, Michael N. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 72).

<sup>388</sup> Com o mesmo entendimento: “um caso anteriormente decidido que é reconhecido como autoridade para a solução de casos futuros”. No original: “a previously decided case which is recognized as authority for the disposition of future cases” (GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron’s, 2010, p. 408).

Como reflexo da força vinculante do precedente, há uma *inibição* à adoção de outras soluções para o caso. Em outras palavras, a aplicação de um precedente pelo julgador significa que ele *deixará de adotar qualquer outra decisão possível*<sup>389</sup>.

O precedente nos EUA tem força vinculante menos rigorosa do que na Inglaterra<sup>390</sup>, pois se levam em conta eventuais equívocos do julgamento ou mesmo a evolução histórica, entre outros fatores<sup>391</sup>.

A Suprema Corte dos Estados Unidos entende que a sua interpretação da Constituição prevalece sobre a dos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública. Nesse sentido, no caso *Cooper v. Aaron*, de 1958, decidiu que “a interpretação da 14ª Emenda pronunciada por este Tribunal no caso *Brown* é a lei suprema da terra (*supreme law of the land*) e o art. VI da Constituição faz com que isto produza efeito vinculante (*binding effect*) sobre os Estados (...). Cada legislador estadual e executivo e órgão judicial está solenemente compromissado por um juramento prestado em conformidade com o Artigo VI, cl. 3, a ‘defender esta Constituição’(...)”<sup>392</sup>.

Além disso, a Suprema Corte dos EUA seleciona os processos que julga e também opta por casos paradigmas sobre determinada questão (de fato e/ou de direito), a fim de que os precedentes formados nas suas decisões tenham eficácia prospectiva e sejam observados nos julgamentos futuros<sup>393</sup>. Nesse sentido, dois julgamentos são considerados fundamentais para a compreensão da função prospectiva da Suprema Corte estadunidense: (a) o caso *Mapp v. Ohio*, de 1961, em que se concluiu pela aplicação da *exclusionary rule* às Cortes dos Estados, razão pela qual foi cassada a condenação criminal fundamentada em objetos colhidos por meio de busca e apreensão

<sup>389</sup> Nesse sentido: SCHAUER, Frederick. Why precedent in Law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. *Perspectives on psychological science*, Washington, v. 3, n° 6, pp. 454-460, nov. 2008.

<sup>390</sup> CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 117.

<sup>391</sup> Não é recente no Brasil a noção de mutação constitucional, para se referir às mudanças não jurídicas sobre as normas da Constituição, pela alteração de circunstâncias sociais, dos costumes, pela evolução histórica, entre outros fatores. Sobre o assunto: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 6-13.

<sup>392</sup> Ainda, no caso *City of Boerne v. Flores*, de 1997, o Justice Kennedy declarou em seu voto que “nossa experiência nacional ensina que a Constituição é melhor preservada quando cada órgão do governo respeita a Constituição e as ações e determinações dos outros órgãos. Quando o Tribunal interpretou a Constituição, agiu dentro do âmbito do Judiciário, que abrange o dever de dizer o que a lei é (*the duty to say what the law is*). (...) Quando os órgãos do Governo agem contra os fundamentos da interpretação judicial da Constituição já estabelecida, deve ser entendido que em novos casos e controvérsias o Tribunal irá tratar seus precedentes com o respeito devido aos princípios estabelecidos, nos quais se inclui o *stare decisis*, e as expectativas contrárias serão frustradas”.

<sup>393</sup> Sobre o assunto: BAZÁN, Victor. El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones Constitucionales*. México, n° 12, p. 29-71, jan./jun. 2005, p. 32-33.

ilícita no domicílio da acusada (superando, com isso, o precedente firmado no caso *Wolf v. Colorado*, de 1949); (b) e o caso *Linkletter v. Walker*, de 1965, no qual se discutiu se o precedente criado no caso *Mapp v. Ohio* era aplicável – ou não – aos processos decididos anteriormente, com a conclusão negativa (mas com a ressalva de que, em cada caso, a Corte pode definir se o precedente terá eficácia prospectiva ou retroativa). Portanto, a eficácia prospectiva do precedente não significa o enfraquecimento da Constituição, tampouco do tribunal constitucional (considerando que a norma inconstitucional deveria ter sido assim declarada retroativamente, para que não produza nenhum efeito), mas sim leva em consideração, ao mesmo tempo, a evolução da interpretação e da aplicação das normas constitucionais e o controle (pelo órgão legitimado pela própria Constituição) das consequências prejudiciais causadas tanto pela norma inconstitucional, quanto pela declaração de sua inconstitucionalidade<sup>394</sup>. Ainda, a partir do *Supreme Court Cases Selections Act*, de 1988, o *writ of certiorari* passou a ser praticamente o único meio de acesso à Corte. Mesmo anteriormente a essa, lei a *Supreme Court* recusava o julgamento de apelações obrigatórias, sob o fundamento de que o caso não tinha relevância federal. Por exemplo, em 2010 foram distribuídos 7.857 processos, 86 apreciados em audiência e 83 julgados; em 2011 foram distribuídos 7.713 processos, 79 apreciados e 73 julgados<sup>395</sup>.

Por sua vez, a Suprema Corte do Reino Unido julgou 404 processos no período de 29/10/2009 a 09/09/2014<sup>396</sup>.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal julga mais de cem mil processos por ano<sup>397</sup>: apesar de, nos últimos 6 anos, o número de decisões colegiadas da Corte (Plenário, 1ª e 2ª Turmas) estar entre 11.333 (mínimo, em 2010) a 17.752 (máximo, em 2015) por ano, o número de decisões monocráticas é elevado, chegando aos

<sup>394</sup> No Brasil, o novo CPC adota uma solução mais drástica, ao prever, nos §§ 12 a 15 do art. 525, a possibilidade da propositura de ação rescisória contra título executivo judicial baseado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou na aplicação ou interpretação dessa norma declarada inconstitucional pelo STF (no controle concentrado ou difuso), com o termo inicial para o pedido de rescisão a partir do trânsito em julgado da decisão do STF. Na prática, a menos que a Suprema Corte confira expressamente a eficácia prospectiva, os acórdãos proferidos em controle difuso e concentrado poderão embasar a ação rescisória, mesmo que a decisão questionada tenha transitado em julgado há mais de dois anos. Redação similar possuem os §§ 5º a 8º do art. 535, que tratam do cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública.

<sup>395</sup> Dados retirados do *2012 Year-End Report on the Federal Judiciary*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2012year-endreport.pdf>>. Acesso em 10 mar. 2016.

<sup>396</sup> Disponível em: <<http://supremecourt.uk/decided-cases/index.shtml>>. Acesso em 10 mar. 2016.

<sup>397</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesgeral>>. Acesso em 10 mar. 2016.

impressionantes números totais (julgamentos singulares e colegiados) de 109.688 processos em 2010, 102.420 processos em 2011, 90.074 processos em 2012, 90.252 processos em 2013, 114.441 processos em 2014 e 116.653 processos em 2015.

Logo, em um intervalo de apenas 6 anos (2010/2015), o Supremo Tribunal Federal julgou 623.528 processos.

Considerando a média de julgados vista anteriormente, a Suprema Corte do Reino Unido levaria quase 1.600 anos para decidir essa mesma quantidade de processos, enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos precisaria de aproximadamente 7.800 anos para decidir essa mesma quantidade de processos que o STF brasileiro decide em 6 anos.

Daqui se pode extrair outra característica dos precedentes no *Common Law*: a *qualidade* dos julgamentos, em detrimento da *quantidade*, mais valorizada no Brasil e que dificulta a uniformização de entendimento nos tribunais.

O objeto de um precedente pode ser a interpretação de uma norma jurídica (da Constituição, de lei infraconstitucional, de decreto, resolução, portaria, etc.), ou a elaboração de uma norma para regular o caso concreto, na eventualidade de incompletude ou de incoerência do ordenamento jurídico<sup>398</sup>.

A aplicação de um precedente exige: (a) a existência de uma norma geral constante de uma decisão judicial anterior, destacando-se que o precedente não é elaborado por quem profere a decisão originária, mas sim por quem aplica analogicamente essa decisão em um julgamento posterior<sup>399</sup>; (b) a similaridade entre as questões de fato e/ou de direito entre os casos julgados (o precedente e o posterior)<sup>400</sup>; (c) e a aplicação da norma jurídica criada no precedente para a decisão do caso controverso no processo posterior<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> Nesse sentido: “Um precedente pode envolver uma questão nova de *common law* ou pode envolver uma interpretação de uma lei”. No original: “A precedent may involve a novel question of common law or it may involve an interpretation of a statute” (GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron’s, 2010, p. 408).

<sup>399</sup> Por essa razão se afirma que “o precedente tem o objetivo de regular o futuro (...)” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 325).

<sup>400</sup> “(...) o precedente se baseia na identificação de similaridade entre casos concretos, de modo a permitir que uma particular razão de decidir aplicada a um caso seja igualmente aplicada para os casos posteriores em que se verifique tal similaridade, (...)” (MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro. In: MITIDIERO, Daniel (coord.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 285).

<sup>401</sup> Edward Levi descreve três passos no processo de verificação de um precedente: a similaridade entre os casos, a declaração da norma jurídica existente no primeiro caso e a sua aplicação ao segundo caso (LEVI, Edward Hirsch. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 2013, p. 2).

Observa-se uma técnica específica, diversa da subsunção rotineiramente utilizada na aplicação das leis. Não basta ao órgão julgador transcrever a ementa de um acórdão anterior, mas se trata de uma operação de raciocínio similar à analogia, porque exige a comparação dos fundamentos do precedente com aqueles existentes no caso sob julgamento. Há, portanto, uma diferença de método.

Na aplicação não se reanalisam as razões da decisão anterior; parte-se do pressuposto que a solução judicial adotada foi a mais adequada (ou, ainda, justa) para a situação, ou ainda, que “funcionou” (*worked out*)<sup>402</sup> para aquele caso, motivo pelo qual deve ser adotada para todos os outros casos similares.

Ainda, a aplicação de um precedente leva a outra questão relevante: a norma geral criada no precedente deve ser aplicada de forma irrestrita e sem qualquer modificação aos casos futuros (o que poderia constituir a sua superação, ainda que parcial, a ser analisada adiante), ou o julgador pode adaptá-lo para a solução de cada novo caso? Esse é o principal questionamento que envolve a doutrina dos precedentes e é assim resumido por Edward Levi: “Quando será justo tratar casos diferentes como se fossem o mesmo?”<sup>403</sup>.

De um lado, caso se entenda que a norma criada no precedente é imutável, deve ser aplicada sem qualquer modificação ou adaptação aos casos posteriores, logo, eventual mudança é considerada um *overruling* e não é desejada, em regra, pelo sistema. Por outro lado, sustenta-se que o precedente é criado pelo julgador caso a caso, a partir da segunda decisão, razão pela qual incumbe ao próprio juiz delimitar as semelhanças e diferenças entre o precedente e o novo caso, aplicando-o, ajustando-o, diferenciando-o ou afastando-o<sup>404</sup>.

Assim, fala-se em “doutrina do precedente” (“*doctrine of precedent*”), ou “doutrina da força dos precedentes”. Considerando que o direito, no *Common Law*, é eminentemente de criação judicial, as decisões dos Tribunais superiores não se limitam a ditar o direito entre as partes, mas também passam a ser fonte do Direito, com força

---

<sup>402</sup> Com essas palavras: “(...) for incorporating the decision once made, *the solution once worked out*, into your operating technique *without reexamination* of what *earlier went into* reaching your solution” (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 65).

<sup>403</sup> No original: “When it will be just to treat different cases as though they were the same?” (LEVI, Edward Hirsch. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 2013, p. 3).

<sup>404</sup> Acerca das duas perspectivas: LEVI, Edward Hirsch. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 2013, pp. 2-3.

similar ou até mesmo superior à das leis<sup>405</sup>. O precedente é, ao mesmo tempo, uma norma (criada por um tribunal) e uma fonte normativa do Direito (aplicada a todos os outros casos similares). Karl Llewellyn, um dos principais doutrinadores do *legal realism*, afirma que a análise de um caso demanda a comparação entre os dois níveis da decisão judicial: (a) de um lado, a *rule of law* aplicável em tese a determinado fato; (b) e, por outro lado, de que forma o Judiciário interpretou os fatos ocorridos e suas consequências jurídicas<sup>406</sup>.

Por outro lado, John Gilissen afirma que “o precedente judiciário não é no entanto uma verdadeira fonte de direito porque o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar algures os elementos da sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*”<sup>407</sup>.

De forma minoritária, afirma-se que o precedente não é um instituto do *Common Law*, por existir em qualquer sistema jurídico<sup>408</sup>. Contudo, essa concepção utiliza a expressão “precedente” como sinônimo de decisão judicial, ou de algumas decisões similares (como uma etapa prévia à consolidação da jurisprudência), o que é utilizado na prática judiciária brasileira<sup>409</sup>, mas não corresponde à sua definição técnica.

O precedente, como dito, é uma norma jurídica, que surge incidente sobre um caso determinado e posteriormente se transforma em norma para outros casos similares<sup>410</sup>. Em outras palavras, ocorre uma transformação da decisão judicial, de

<sup>405</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 59-63.

<sup>406</sup> “This lead is into one of the most striking and useful discriminations that in your reading of the cases you must make, to wit, the difference between the *rule of law* laid down on a set of facts assumed, on the one hand, and on the other, the way *the court interpreted the facts* before it. I like to call these the two levels of the decision. In logic you will observe the interpretation of the facts comes first” (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 61).

<sup>407</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 212.

<sup>408</sup> Com esse entendimento: “Os precedentes existem em todos os sistemas; se há decisão judicial, há precedente” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61).

<sup>409</sup> Com essa utilização equivocada, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. INCIDÊNCIA DE JUROS PROGRESSIVOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (ARE 798183 AgR/RS, 2ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22/04/2014, DJe 05/05/2014). Da mesma forma: ARE 802727 AgR/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22/04/2014, DJe 06/05/2014.

<sup>410</sup> Sobre isso: LUPOI, Maurizio. La percezione della funzione del precedente quale flusso giuridico. In: VACCA, Letizia (org.). *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: profili storico-comparatistici*. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 100. Ainda: “De forma sucinta, podemos delimitar o

*norma atual e específica para norma futura e geral* (precedente). A perspectiva da decisão judicial como um precedente significa que produz seus efeitos para o futuro, de modo que os fatos ocorridos ou julgados posteriormente deverão ser resolvidos da mesma forma que aqueles decididos no precedente<sup>411</sup>. Por isso, os precedentes refletem *a continuidade dos costumes do passado*<sup>412</sup>.

A identificação de um precedente deve observar seus dois aspectos principais: (a) o subjetivo, tendo em vista que apenas determinados órgãos jurisdicionais podem formar um precedente; (b) e o objetivo, que identifica a parte da decisão judicial que constitui o precedente<sup>413</sup>.

Em um sistema de *case law*, como o existente no *Common Law*, os precedentes são as decisões judiciais e não os textos legislativos<sup>414</sup>. Logo, ficam afastados de seu conceito todos os atos não judiciais. Além disso, *nem todas as decisões judiciais são precedentes*. Por essa razão se torna importante especificar os seus elementos para identificar, entre as decisões judiciais, quais são (ou contêm) precedentes<sup>415</sup>.

Um precedente possui dois aspectos principais: (a) temporal, por ser uma decisão judicial<sup>416</sup> anterior sobre questões de fato ou de direito similares; (b) e o caráter vinculante, relacionado com a eficácia que produz para as decisões judiciais futuras<sup>417</sup>.

precedente como decisão anterior que funciona como modelo (potencialidade de influência) para decisões posteriores (isonomia – *treat like cases alike*)” (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, p. 83).

<sup>411</sup> Nesse sentido: “Noi dobbiamo, invece, considerare l’ipotesi in cui una vera e propria sentenza, emanata per decidere un caso concreto, abbia altresí una tale efficacia, per cui le future fattispecie identiche alla prima dovranno essere decise secondo lo stesso criterio; instauri, cioè, una norma generale, avente senza alcun dubbio carattere di legge materiale, cui saranno sottoposte le future controversie” (BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, p. 114).

<sup>412</sup> ALPA, Guido. *L’arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996, p. 22.

<sup>413</sup> Sobre o assunto: CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 40.

<sup>414</sup> Nesse sentido: MÜLLER, Friedrich. Concretization and precedent. Observations on modern continental European Law from the perspective of ‘Structuring Legal Theory’. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 681.

<sup>415</sup> “Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 213). No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, p. 134.

<sup>416</sup> Excluída qualquer outra espécie de ato, processual ou não, como, por exemplo, os laudos periciais, as petições, as leis, as resoluções, as portarias, etc.

<sup>417</sup> Com esse entendimento, Teresa Wambier afirma que, “(...) em relação ao futuro, *esta será a única decisão correta* para casos concretos, idênticos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Há só uma decisão

Sob a perspectiva do elaborador, o conteúdo do precedente é formado por, no mínimo, duas decisões: (a) a primeira, denominada *leading case* ou *case of first impression*, que estabelece uma interpretação sobre determinada questão, de direito, de fato ou ambas; (b) e a segunda, que, ao aplicar a primeira em outro processo, transforma-a efetivamente em um precedente.

Sob a perspectiva do aplicador, o precedente contém duas normas jurídicas distintas: (a) a *geral*, que contém a tese utilizada para a solução da controvérsia<sup>418</sup> e se aplica a outros casos similares, com eficácia *ultra partes*; (b) e outra *especial*, que resolve o litígio existente no processo (a partir da norma geral), com eficácia *inter partes*<sup>419</sup>.

Isso significa que, enquanto a decisão judicial importa, em regra, apenas às partes (e, de forma excepcional, há eventual interesse de terceiros), o precedente interessa a todos: aos jurisdicionados, que criarão a expectativa de que seus processos serão resolvidos da mesma forma; e ao próprio Judiciário, que o utilizará como parâmetro para a solução de casos futuros.

O precedente é usualmente relacionado à segurança jurídica<sup>420</sup> e à isonomia, além de promover uma maior eficiência do Judiciário<sup>421</sup>.

Na segurança jurídica, os precedentes conferem *previsibilidade* e *calculabilidade* às decisões judiciais. Com base nos precedentes, os jurisdicionados norteiam seu modo de agir e os juízes o seu modo de decidir<sup>422</sup>. Isso significa que os precedentes criam *padrões de comportamento*, ou seja, as pessoas seguem as decisões judiciais porque confiam que elas serão igualmente observadas pelas demais, o que leva ao cumprimento de contratos, ao respeito de direitos potestativos etc.<sup>423</sup>. Ainda que haja

---

correta? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 60, pp. 44-48, maio/jun. 2014, p. 48).

<sup>418</sup> Na norma geral está contida a *ratio decidendi*, que será vista adiante.

<sup>419</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 12.

<sup>420</sup> Sobre o assunto: LOVELAND, Ian. *Constitutional law, administrative law and human rights: a critical introduction*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 74

<sup>421</sup> Nesse sentido: SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 31.

<sup>422</sup> Para Karl Llewellyn, é uma questão de ética, e não apenas de costume ou tradição, a expectativa de que os tribunais continuem decidindo da mesma forma (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 66).

<sup>423</sup> Sobre o assunto: “É que muitos atos decisórios (...) assumem uma capacidade de generalização e irradiação que outras decisões não possuem, sinalizando padrões de comportamento para uma grande quantidade de casos similares. Trata-se de um relevante aspecto da segurança jurídica, normalmente referido como a *calculabilidade* do resultado normativo de uma conduta humana, que fornece aos indivíduos ‘segurança de orientação’” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na

divergências sobre a decisão ter sido a “correta” ou a “mais justa”, o precedente que se extrai dela contém a conduta a ser observada, esperada e, caso não observada, reprimida<sup>424</sup>. O precedente é igualmente importante como um elemento de *estabilização* jurídica, já que é aplicado pelo Judiciário a casos similares, o que evita (ou, ao menos, minimiza) a existência de decisões divergentes sobre o mesmo tema<sup>425</sup>. A calculabilidade é igualmente importante para a superação do precedente (*overruling*) e voltará a ser examinada adiante. A previsibilidade e a calculabilidade das decisões judiciais, ao lado da estabilização do entendimento dos tribunais, levam ao incremento da *credibilidade* do Judiciário, que passa a ter suas decisões como referências confiáveis a ser observadas pelos particulares e pela Administração Pública em suas relações jurídicas futuras<sup>426</sup>.

No contexto da isonomia, os precedentes constituem expressão do julgamento similar de casos semelhantes<sup>427</sup>.

---

mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 16).

<sup>424</sup> “What one has been doing becomes the ‘right’ thing to do; not only the expected thing, but the thing whose happening will be welcomed and whose failure to happen will be resented” (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 66).

<sup>425</sup> “Isso ocorre porque a jurisdição também é um fator estabilizador do direito quando uma mesma orientação é pronunciada pelos tribunais, em reiteradas oportunidades, durante um período contínuo e duradouro. Quando diante desse grau de estabilização, os profissionais do direito passam a ter em conta a expectativa de que o mesmo resultado venha a ser seguido em outros casos” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 16). Sobre a estabilização das decisões judiciais por meio dos precedentes: CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 62-63. Ainda, Karl Llewellyn afirma que, sob essa perspectiva, o precedente representa a *prática* dos juízes e do Judiciário (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 66).

<sup>426</sup> Sobre o assunto: “Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a *confiança legítima*: os jurisdicionais passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 62). Ainda, acerca da previsibilidade e do fortalecimento institucional (entre outros aspectos do sistema de precedentes): MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014, pp. 107-110.

<sup>427</sup> Sobre o assunto: MARTÍ, Francesca Puigpelat. *Funciones y justificación de la opinión dominante em el discurso jurídico*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1994, p. 126. Ainda, sobre as diferenças entre precedentes no Common Law e Civil Law: “No entanto, como os precedentes não fazem parte da tradição de *civil law*, no sistema jurídico brasileiro não se pensa na fundamentação como material que pode revelar uma *ratio decidendi*. Exatamente por isso, enquanto a fundamentação, no *common law*, importa diretamente a todos os jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade e garantia de sucesso na adoção de determinados comportamentos, além de outorgar estabilidade e coerência à ordem jurídica e real possibilidade de a jurisdição tratar casos similares da mesma forma, no *civil law* a fundamentação tem

Em resumo, *um precedente é sempre uma decisão judicial, mas uma decisão judicial nem sempre é um precedente*. Apenas as decisões judiciais que portarem determinadas características constituem precedentes<sup>428</sup>. Ainda assim, apenas a partir da segunda decisão, que o aplica, é que *nasce o precedente*, pois é a partir dela que sua eficácia *ultrapassa as fronteiras do processo* em que proferido e migra para outros.

Entretanto, isso não significa dizer que o tribunal não possa julgar um caso com a preocupação de que ele se torne um precedente, que deva se limitar a decidir o passado até que, em um futuro incerto, um juiz ou um órgão colegiado decida utilizá-la na sua fundamentação e lhe atribua a certidão de nascimento de precedente. Ao contrário, deve existir uma preocupação prévia da Corte em elaborar um acórdão que *venha a se tornar um precedente*, a fim de que a decisão tenha a pretensão de não deixar lacunas e possa resolver a maior quantidade possível de casos similares futuros.

Analisados os aspectos principais do precedente, passa-se ao exame de outros conceitos e institutos a ele inerentes, que também foram (direta ou indiretamente) incorporados pelo novo CPC.

### 3.2.1. *Ratio Decidendi*

A *ratio decidendi* é uma expressão latina (*rationes decidendi* no plural) que consiste, em um significado atualizado, nas *razões da decisão*. É o raciocínio utilizado para resolver (*decidere*), motivo pelo qual *está contido na fundamentação da decisão judicial*. Também chamado de *holding*<sup>429</sup>, abrange os *fundamentos determinantes* da

---

importância muito mais restrita. Ela interessa quase que exclusivamente às partes e, muito mais em termos retóricos, para dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes” (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, pp. 851-852). Criticando a disparidade ainda existente nas decisões judiciais no Brasil: “Não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares ou isomórficas, conferirem resultados díspares. A divergência jurisprudencial atenta contra o princípio da isonomia. É preciso que casos iguais tenham idêntica solução jurídica. Nesse sentido, firmado entendimento jurisprudencial sobre determinado tema, os casos que envolvam tal assunto devem seguir esse mesmo entendimento” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 57).

<sup>428</sup> Defendendo que apenas decisões judiciais podem ser consideradas precedentes: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 11.

<sup>429</sup> Celso de Albuquerque Silva afirma que “(...) as expressões *holding* e *ratio decidendi* referem-se ao mesmo elemento da decisão judicial. Em outro dizer, são expressões sinônimas. A primeira delas é própria do direito norte-americano, enquanto a segunda, do direito inglês” (SILVA, Celso de

solução adotada no julgamento, os fundamentos principais da norma criada pelo órgão julgador para a resolução das questões de fato e/ou de direito controvertidas<sup>430</sup>.

Em outras palavras, a *ratio decidendi* é a norma geral criada no precedente, que não se confunde com a solução conferida ao caso concreto, mas é também elaborada para ela, além de incidir sobre os casos semelhantes no futuro<sup>431</sup>.

Em resumo, trata-se do “(...) chão que o tribunal escolheu para repousar sua decisão”<sup>432</sup>.

A *ratio decidendi* é composta de três elementos principais: (a) a delimitação dos pontos controvertidos (*statement of material facts*), que indica os fatos relevantes da controvérsia; (b) o raciocínio jurídico (*legal reasoning*), parte que contém o desenvolvimento do raciocínio do julgador para a resolução das questões de fato e de direito; (c) e o julgamento (*judgement*) ou resolução, com a aplicação dos elementos anteriores ao desfecho da decisão<sup>433</sup>.

Em tese, a definição aparenta ser clara e objetiva. Contudo, na prática, identificar a *ratio decidendi* de cada precedente é uma tarefa que pode ser complexa. Por não existir uma fórmula prévia (como as do processo *per formulas* do direito romano) para a elaboração do precedente, cada decisão que deverá ser aplicada no futuro deve ser examinada, interpretada e aplicada individualmente. Os fundamentos determinantes podem ser insuficientes, ou amplos demais, ou até mesmo conter votos

Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182).

<sup>430</sup> Nesse sentido: “De forma bastante superficial, podemos delimitar a *ratio decidendi* (*holding*) como os fundamentos jurídicos que sustentam uma decisão judicial. Ou seja, é a opção hermenêutica adotada pelo juiz, baseada em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos, sem a qual a decisão não teria sido proferida daquela determinada forma” (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, p. 84). De forma similar: “*Ratio decidendi* (ou *holding*) consiste nos fundamentos jurídicos que embasam a decisão, isto é, a operação interpretativa utilizada na decisão, sem a qual o pronunciamento não teria sido prolatado da maneira com o foi” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 12). Ainda: “A *ratio decidendi* são os fundamentos que sustentam a decisão, a tese jurídica adotada naquele caso, norma geral exposta na fundamentação do julgado” (FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, p. 133). Fazendo uso apenas da expressão *holding*: TRIBE, Lawrence H.; DORF, Michael N. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 71.

<sup>431</sup> Nesse sentido: GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, London, v. 22, nº 2, pp. 117-124, mar. 1959.

<sup>432</sup> No original: “The express ratio decidendi is prima facie the rule of the case, since it is the ground upon which the court chose to rest its decision” (LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 68).

<sup>433</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 12. Ainda: FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, p. 137.

contraditórios (o que ocorre com mais frequências nas Cortes brasileiras, em face da tradição de votos escritos e lidos na sessão pública de julgamento, com poucos debates orais e sem o devido enfrentamento específico de eventuais contradições). Por isso, os aplicadores também colaboram na elaboração do precedente (na interpretação e delimitação de sua extensão), dão vida a *ratio decidendi*, ao identificá-la no precedente e aplicá-la em casos futuros.

No direito processual brasileiro, o julgamento é elaborado tanto na fundamentação, quanto sintetizado no dispositivo. Apenas o que estiver contido nos fundamentos integra o precedente, enquanto o dispositivo diz respeito, em regra, à coisa julgada<sup>434</sup>. A solução das questões principais no dispositivo da decisão decorre logicamente do precedente, mas não se confunde com ele.

Ainda, *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação: esta é formada pela *ratio decidendi* e pelo *obiter dictum*, ou seja, pelos fundamentos determinantes e não determinantes da decisão.

Não bastasse isso, a *ratio decidendi* não está contida exclusivamente na fundamentação, mas também pode ser extraída de outros elementos do pronunciamento judicial. Nesse sentido, o art. 489 do NCPC, ao listar os três elementos essenciais da sentença (relatório, fundamentos e dispositivo), insere como essencial ao relatório “a identificação do caso”, o que também integra a *ratio decidendi* do precedente, por ser indispensável para a sua identificação e aplicação no futuro.

Ainda, a identificação do caso conduz a outra questão polêmica: a *ratio decidendi* (e, conseqüentemente, o precedente) é formada apenas por questões jurídicas ou também por fatos?

A resposta varia, de acordo com o ordenamento jurídico, o sistema jurídico adotado, e até mesmo conforme cada precedente. Logo, não se pode afirmar, com um intuito de generalização, que o precedente abrange fatos e direito, ou apenas questões de direito, material ou processual. No Brasil, por exemplo, um precedente pode conter somente questões jurídicas (como as súmulas vinculantes e o acórdão do STF em controle concentrado de constitucionalidade)<sup>435</sup>, ou compreender fatos e direito (como o

---

<sup>434</sup> Conforme a tradição processual brasileira. De forma inovadora, o NCPC elimina a ação declaratória incidental e prevê a coisa julgada das questões prejudiciais incidentais, desde que atendidos os requisitos constantes dos §§ 1º e 2º do art. 503.

<sup>435</sup> Exemplos que não necessariamente se limitam a questões de direito (mas podem também abranger fatos, como efetivamente o fazem), apesar de que, em tese, deveriam se restringir a elas.

juízo do STF em controle difuso de constitucionalidade, no recurso extraordinário com repercussão geral).

Ressalva-se que, como bem destaca Goodhart, uma *ratio decidendi* formada também por fatos diz respeito *aos fatos considerados pelo órgão julgador que elaborou o precedente*, ou seja, como vistos pelo criador do precedente<sup>436</sup>. Em outras palavras, não há uma margem de discricionariedade do aplicador na análise dos fatos. Ele deve vê-los pelos olhos da Corte que criou o precedente e compará-los com o novo caso sob julgamento, a fim de verificar se há – ou não – identidade das questões fáticas. Portanto, a questão de direito pode ser interpretada nas posteriores aplicações dos precedentes, mas as questões de fato não podem ser alteradas ou “adaptadas” aos casos subsequentes<sup>437</sup>.

Tais considerações levam à principal característica dos fundamentos determinantes: não é todo o conteúdo da decisão que possui força vinculante, mas apenas a *ratio decidendi*, ou seja, a norma geral criada pelo tribunal para decidir a controvérsia (deve se observar *o que* foi decidido, e não *como* ou *o porquê*).

Logo, reitera-se, a *ratio decidendi* constitui o conteúdo vinculante do precedente<sup>438</sup>, é a norma geral vinculante de um precedente.

Aqui é importante destacar também que é a *ratio decidendi* de um precedente que vincula, e não a *autoridade* do tribunal que proferiu a decisão. Em outras palavras, um precedente do STF não é vinculante pelo fato de ter sido criado pela Corte de maior grau hierárquico no Judiciário brasileiro, mas sim porque a *ratio decidendi* da decisão contém esses efeitos (que são vinculantes, no direito brasileiro, por força de lei ou da própria Constituição).

<sup>436</sup> GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, London, v. 22, nº 2, pp. 117-124, mar. 1959, p. 119.

<sup>437</sup> Goodhart é contrário à afirmação de que os julgamentos posteriores também fazem parte da elaboração ou delimitação do precedente. Afirma que os juízes aplicam, mas não participam da construção do precedente, da mesma forma que um crítico que interpreta um poema também não pode ser considerado seu escritor. Nas suas palavras: “It certainly does not follow from this that the principle of the precedent case ‘is constructed by later judges’ whose function it is to interpret and not to construct. Similarly, judges must interpret statutes, but it would be misleading to say that they are therefore constructing them. To take a non-legal analogy, a critic who interprets a poem cannot be described as constructing it although other critics may disagree with his interpretation, just as judges in subsequent cases may disagree concerning the rule of Law established by the precedent one.” (GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, London, v. 22, nº 2, pp. 117-124, mar. 1959, p. 123).

<sup>438</sup> Nesse sentido: GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, London, v. 22, nº 2, pp. 117-124, mar. 1959, pp. 118-119. Ainda: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 11.

Portanto, pode-se afirmar que é da *ratio decidendi* que se extrai o precedente.

Ainda, uma decisão judicial pode conter mais de um precedente, ou mais de uma *ratio decidendi*<sup>439</sup>.

A identificação da *ratio decidendi* de uma decisão judicial não é necessariamente uma atividade simples. Em tese, deve ser buscada a regra geral criada (seus fundamentos determinantes e o raciocínio desenvolvido para se chegar à solução) e a forma pela qual foi aplicada para resolver o caso. Na prática, nem sempre essa tarefa é fácil, porque um precedente pode ter mais de uma *ratio decidendi* e as questões incidentais e principais utilizadas em cada uma podem ser extremamente complexas.

### 3.2.2. *Obiter Dictum*

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), compreende todos os fundamentos da decisão que não se enquadrarem no conceito de *ratio decidendi*<sup>440</sup>, ou seja, os *fundamentos não determinantes*, não relevantes ou que não levam diretamente ao julgamento.

Contudo, o *obiter dictum* possui força persuasiva e pode ser utilizado como fundamento em decisões e outros atos processuais<sup>441</sup>. Nesse sentido, a Suprema Corte salientou, no caso *Central Green Co. v. Unites States*, de 2001, que as “dicta ‘podem ser

<sup>439</sup> Em sentido positivo: “É possível, ainda, que existe, na mesma decisão, uma pluralidade de *rationes decidendi*, sempre que o julgador, além de traçar a regra geral resultante do caso particular (primeira *ratio decidendi*), também venha a estabelecer, com clareza e de forma justificada, outra(s) regra(s) geral(is) relacionada(s) a outros fatos e/ou a outros sujeitos, e certa forma relacionadas ao caso concreto (outras *rationes decidendi*)” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 12).

<sup>440</sup> Sobre o tema: “(...) meros juízos acessórios, periféricos, secundários, refletindo impressões que não têm influência relevante, substancial nem decisiva para a solução do caso concreto. *Obiter dictum* é, assim, o argumento totalmente prescindível para a resolução da controvérsia” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, pp. 12-13). Ainda: “(...) o *obiter dictum*, ou seja, o argumento ou circunstância secundária ou acessória, utilizada apenas de passagem, como reforço do fundamento com simples eficácia persuasiva” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 67). Ainda: STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 62.

<sup>441</sup> Nesse sentido: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 13. Destaca-se que, por si só, toda fundamentação tem uma força persuasiva, de convencimento das partes (endoprocessual) e de toda a sociedade (extraprocessual). Sobre a eficácia persuasiva da fundamentação, desde que permita a compreensão de *como* e *por que* o órgão julgador considerou provados os fatos e aplicou de maneira adequada a norma jurídica ao caso: FRONDIZI, Román Julio. *La sentencia civil: tema y variaciones*. La Plata: Platense, 1994, pp. 37-38.

seguidas se suficientemente persuasivas’, mas não são vinculantes”<sup>442</sup>. Em outras palavras, apesar de não vincular, demonstra razões que, ainda que de forma incidental, foram levadas em consideração pelos julgadores na formação de suas convicções para a decisão. O fato de não ser vinculante não significa que o *obter dictum* deva ser ignorado.

Em resumo, o *obiter dictum* é persuasivo, mas não vincula o julgador.

Ademais, o *obter dictum* de um precedente pode se tornar a *ratio decidendi* de outro precedente.

Trata-se da principal dificuldade existente na observância de um precedente: que parte da decisão anterior deve ser seguida e qual parcela pode ser inobservada por não constituir o precedente?

Diz-se que o que não é precedente é *obiter dictum*, ou seja, uma afirmação incidental, que não trata e não resolve a questão controversa de modo direto, “dito para morrer”. Enquanto a *ratio decidendi integra o precedente e, portanto, tem força vinculante, o obter dictum é apenas persuasivo*<sup>443</sup>.

Apesar de constituir os fundamentos não determinantes de uma decisão e, conseqüentemente, não conter eficácia vinculante, o *obter dictum* tem eficácia persuasiva e contém uma *sinalização* do tribunal (ou, no mínimo, do relator) de como resolverá o assunto em processos futuros quando ela se tornar uma questão prejudicial ou principal, ou seja, quando estiver contida na *ratio decidendi*.

É prática comum nos tribunais brasileiros a de, em uma decisão que não conhece o mérito do recurso, o relator incluir em seu voto que, ainda que o recurso fosse conhecido, em tese não seria provido, por determinadas razões (como, por exemplo, a decisão recorrida estar de acordo com a jurisprudência do tribunal sobre o caso). Esses fundamentos sobre o mérito do caso, que não são usados para a solução de não conhecimento do recurso, formam o *obter dictum*.

---

<sup>442</sup> No original: “*dicta ‘may be followed if sufficiently persuasive’ but are not binding*”. Esse trecho do julgamento reporta ao caso *Humphrey’s Executor v. United States*, de 1935, no qual se destacou que “deixando de lado as *dicta*, que podem ser seguidas se suficientemente persuasivas, mas que não exercem controle, o necessário alcance desta decisão vai longe o suficiente para incluir todos os órgãos do executivo”.

<sup>443</sup> Comentando a distinção: “Só se pode falar em adesão aos precedentes a partir do momento em que se separam duas partes fundamentais de uma decisão judicial: a *ratio decidendi* [literalmente, razões de decidir] e a *obter dictum* [literalmente, dito para morrer]. É costume afirmar que em uma decisão judicial apenas a *ratio decidendi* vincula, e não a *obter dictum*, ou *dicta*, no plural. Trata-se de uma afirmação encontrada em toda a doutrina que se dedicou a estudar e escrever a respeito do tema, tanto no Brasil quanto no exterior” (NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 182-183).

### 3.2.3. Eficácia do Precedente

O estudo da superação do precedente deve ser introduzido pela análise da eficácia do precedente. Em outras palavras, busca-se verificar quem deve observar e aplicar o precedente para especificar quem pode deixar de segui-lo ou substituí-lo por outro.

Enquanto no *Common Law* o precedente é vinculante (*doctrine of binding precedent*), mas pode ser atenuado ou afastado em determinadas situações, no *Civil Law* em regra não é considerado vinculante (a menos que a lei determine sua observância – e é o que ocorre no Brasil a partir da entrada em vigor do novo CPC), razão pela qual a aplicação das decisões dos tribunais superiores é concretizada como um fundamento argumentativo e/ou persuasivo<sup>444</sup>.

No *Common Law*, uma decisão será considerada como um precedente e terá força vinculante sobre outras decisões judiciais futuras nas seguintes situações: (a) apresentar identidade de fatos; (b) possuir identidade de questões jurídicas; (c) tenha sido proferida por órgão jurisdicional da mesma divisão judiciária; (d) e não tenha ocorrido qualquer causa para sua superação.

Ainda, no *Common Law* o juiz tem força criadora do direito, enquanto no *Civil Law* o direito é tradicionalmente criado pelas leis e, especialmente, pelos Códigos. Os juízes do *Common Law* seguem os precedentes porque eles *são* o direito, enquanto os juízes do *Civil Law* observam os precedentes porque eles *interpretam* o direito<sup>445</sup>. Por isso, a principal questão que envolve o uso de precedentes no Brasil diz respeito à

<sup>444</sup> Sobre o cumprimento voluntário na Itália: ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996, p. 19. Por outro lado, destacando a ocorrência de precedentes vinculantes em ordenamentos de *Civil Law*: VARANO, Vincenzo. *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica. Quaderni della Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile - Due iceberg a confronto: le derive di Common Law e Civil Law*, Milano, n° 12, pp. 39-60, 2009, pp. 44-45. Sobre a força persuasiva dos precedentes e da jurisprudência no Brasil: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 221, pp. 13-48, jul. 2013. Ainda: “A diferença fundamental reside no grau de eficácia de que o precedente desfruta: enquanto no sistema do *common law* os precedentes são, em regra, vinculantes, no sistema puro do *civil law* eles são, de modo geral, inobservados ou meramente persuasivos” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n° 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 9).

<sup>445</sup> Por essa razão, tradicionalmente no *Civil Law* se afirma que “a jurisprudência, e por ela o juiz singular, não tem liberdade de escolha porque deve atuar dentro de uma escolha já feita. Se o juiz acaba por criar uma norma em contraste com os destinos políticos no legislador, romperia o equilíbrio entre os poderes”. No original: “La giurisprudenza, e per essa il singolo giudice, non há libertà di scelta perché deve operare nell’ambito di una scelta già effettuata. Se il giudice finisce per creare la norma in contrasto com l’indirizzo político nel legislatore, si romperebbe l’equilibrio tra i poteri” (AIELLO, Michele. *Le discrezionalità del giudice civile nell’applicazione della legge*. In: BESSONE, Mario. *L’attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 86).

sua adaptação a um sistema de direito escrito e de tradição dos Códigos, ou seja, das normas escritas consolidadas em uma única lei, que prioriza a solução de conflitos individuais entre pessoas (naturais ou jurídicas) de direito privado<sup>446</sup>. Em outras palavras, com o novo CPC brasileiro coexistem como principais fontes normativas o grande número de atos normativos *lato sensu* (leis, decretos, medidas provisórias, resoluções, orientações normativas, portarias etc.) e um número igualmente elevado (com potencial de aumentar progressivamente ao longo dos anos) de precedentes judiciais, que criarão *normas concretas individuais vocacionadas para a universalidade*.

Também é importante ressaltar que *a vinculação ao precedente não é abstrata, mas tem relação com o caso concreto*. Logo, sua observância não é formal, mas depende de adaptação e da individualização do novo caso<sup>447</sup>.

Para esse fim, é importante diferenciar a vinculação em: (a) horizontal ou interna, pois o próprio tribunal deve observar seus precedentes; (b) e vertical ou externa (*binding effects* ou *binding precedent*), considerando que os precedentes devem ser observados pelos tribunais e juízes inferiores.

Enquanto a vinculação horizontal tem relação com a coerência do tribunal e com a isonomia no julgamento de casos similares, a vertical tem seu principal fundamento na divisão hierárquica judiciária<sup>448</sup>. No primeiro aspecto, ao criar o precedente no julgamento de um conflito subjetivo no processo, a Corte resolve não apenas esse caso, mas também todos os casos similares (presentes e futuros), razão pela qual o próprio tribunal fica vinculado ao que decidiu. Trata-se do *dever de autorreferência*. Sempre que julgar um caso, o tribunal deve se autorreferir, ou seja, dialogar com seus próprios precedentes, aplicando-os (quando se tratar do mesmo caso), diferenciando-os (quando forem casos distintos) ou, eventualmente, superando-os. A

---

<sup>446</sup> Sobre o assunto: PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A posição dos tribunais superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 119, pp. 99-107, fev. 2013, p. 99.

<sup>447</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 815.

<sup>448</sup> Sobre o assunto: NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 182. Ainda, apesar de não associá-la especificamente à formação de precedentes, Teresa Wambier afirma que a coerência é inerente à interpretação das normas pelo Judiciário e à definição de uma resposta considerada como sendo a correta para os casos similares: “Com isso, queremos dizer que o juiz, até certo ponto e sob certas condições, pode criar direito no caso concreto, embora sempre à luz das demais regras do sistema e dos princípios jurídicos, e deve fazê-lo sempre de forma harmônica com o sistema. Afinal, o direito não poderia ser concebido como um sistema, se não houvesse ao menos marcada tendência à coerência” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Há só uma decisão correta? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 60, pp. 44-48, maio/jun. 2014, p. 46).

aplicação do denominado “auto-precedente” é um critério importante de controle da fundamentação da decisão judicial, bem como de sua racionalidade e até mesmo da legitimidade. Em outras palavras, os fundamentos utilizados pelo colegiado para decidir o caso e criar o precedente são adequadas (ou justas, ou corretas) se forem replicadas em todos os outros casos semelhantes decididos por esse mesmo órgão. *O julgador é vinculado ao que ele mesmo decidiu*. Sem isso, não há fundamentação na decisão judicial, tampouco legitimidade na atividade jurisdicional.

A vinculação horizontal, respeitada na Inglaterra, não é aplicada de forma absoluta nos EUA, com a Suprema Corte e outros tribunais revendo e superando suas próprias decisões<sup>449</sup>.

Em seu voto no caso *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1932, o juiz Louis Brandeis destacou que é mais importante uma decisão *estável* do que uma decisão *direita, correta (settled right)*<sup>450</sup>.

O caso *London Tramway Company vs. London County Council*, julgado em 1898 pela *House of Lords* britânica, é apontado como o marco inicial dos *binding precedents*<sup>451</sup>. Até então, apesar de que o descumprimento raramente ocorria, os precedentes não eram considerados vinculantes e a Corte podia superá-los sem que fosse exigida justificativa para esse fim. No referido julgamento, a *House of Lords* estabeleceu a força vinculante dos precedentes, ainda que posteriormente constatasse a injustiça da decisão ou que importasse em restrição indevida ao desenvolvimento adequado do direito.

---

<sup>449</sup> “(...) A Câmara dos Lordes diz estar absolutamente atrelada a suas próprias decisões anteriores. A Suprema Corte dos Estados Unidos e os tribunais superiores de vários Estados anulam suas próprias decisões quando manifestamente errôneas” (CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 117). Ainda: STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59-60.

<sup>450</sup> “*Stare decisis* não é, como a regra da *res judicata*, um comando inexorável universal. A regra do *stare decisis*, apesar da tendência a dar consistência e uniformizar a decisão, não é inflexível. Se ela deve ser seguida ou afastada é uma questão completamente inserida na discricionariedade da Corte, que é novamente chamada a apreciar uma questão já decidida. O *stare decisis* é normalmente uma política sábia, porque na maioria dos casos é mais importante que a regra aplicável seja definida, do que seja definida de forma correta (...) Em casos envolvendo a Constituição Federal a posição desta Corte é diferente daquela da mais alta Corte da Inglaterra, na qual a política do *stare decisis* foi formulada e é rigorosamente aplicada para todas as espécies de litígios. O Parlamento é livre para corrigir qualquer erro judicial; e o remédio pode ser prontamente invocado”. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=285&invol=393>>. Acesso em 28 nov. 2013.

<sup>451</sup> Nesse sentido: LOVELAND, Ian. *Constitutional law, administrative law and human rights: a critical introduction*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 74-75.

O estudo dos precedentes e sua aplicação prática crescem progressivamente no Brasil (ainda que não se adote o sistema de *Common Law*)<sup>452</sup>, por duas razões principais: (a) para assegurar a efetividade da segurança jurídica, por meio de um instituto que restrinja a existência de decisões judiciais distintas sobre o mesmo tema; (b) e como mais um meio de reduzir a morosidade do Judiciário, por permitir de forma mais célere a uniformização pelos tribunais e, assim, evitar a litigância excessiva e novos processos judiciais sobre a questão decidida, além de resolver de modo mais ágil os conflitos em massa<sup>453</sup>.

Além disso, com um sistema de precedentes (e as técnicas de julgamento de casos repetitivos) nos tribunais superiores se objetiva *julgar menos, para julgar melhor*. Em outras palavras, o novo CPC busca dar uma maior *qualidade* às decisões judiciais, em detrimento da *quantidade* julgada atualmente.

Por diversas razões metajurídicas (e, acentuadamente, a partir do fenômeno da globalização e do aumento das complexidades sociais), o Judiciário passou a lidar com o seguinte paradoxo: ao mesmo tempo em que cresce o número de processos (distribuídos e em estoque), aumenta a exigência social pela celeridade<sup>454</sup>. As reformas processuais realizadas no país desde a década de 1990 tiveram como principal objetivo o de combater a morosidade e a burocracia do Judiciário nacional. Entre essas mudanças, foram aprovadas Emendas Constitucionais e leis que ampliaram os efeitos das decisões judiciais (especialmente do STF e do STJ), em força e extensão, e

---

<sup>452</sup> Ressalva-se a posição de quem entende não haver precedentes nos tribunais brasileiros, mas apenas jurisprudência e decisões isoladas: “A conclusão que o presente artigo nos traz é a de que ainda não existem precedentes no Brasil. O que há, são decisões esparsas ou jurisprudência que procuram se encaixar nos princípios norteadores do *common law*, mas, que na verdade, ainda precisam de acurado estudo por parte dos profissionais do direito, em especial dos Ministros dos Tribunais Superiores” (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, pp. 87-89, pp. 99-100). Por outro lado, há críticas no sentido da existência de uma “fetichização” de precedentes na doutrina brasileira, e da inviabilidade de sua utilização com os mesmos parâmetros do *Common Law* (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 226, pp. 349-382, dez. 2013, pp. 356-358).

<sup>453</sup> Na década de 1990, Guido Alpa já narra o aumento da importância dos precedentes na Itália e seu progressivo enfraquecimento na Inglaterra (ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996, p. 19). Bruno Garcia Redondo afirma que os precedentes concretizam os princípios constitucionais do devido, processo legal, da isonomia, da segurança jurídica, da efetividade da tutela jurisdicional, da eficiência do Judiciário e da razoável duração do processo; e busca assegurar a ausência de surpresa, a previsibilidade das decisões judiciais, a estabilidade, a coerência das decisões judiciais e o desestímulo à litigância (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 11).

<sup>454</sup> Nesse sentido: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 226, pp. 349-382, dez. 2013, pp. 354-356.

revigoraram a competência de uniformização dos tribunais superiores, o que reacendeu o debate doutrinário sobre os precedentes<sup>455</sup>.

Por outro lado, critica-se a “importação” dos precedentes no país, pelos seguintes fundamentos<sup>456</sup>: (a) cria uma “cultura de ementário”, de enunciados jurídicos sem conteúdo fático, por incitar os tribunais e juízes a transcrever a ementa do acórdão da Corte superior, sem uma análise prévia de sua adequação ao caso; (b) transforma os tribunais superiores (especialmente o STF e o STJ) em únicos produtores do significado da norma, o que produz o risco de engessamento do direito e de seu distanciamento da realidade social; (c) a concepção de um senso comum teórico<sup>457</sup>, que desestimula o estudo crítico do direito e de sua evolução como ciência; (d) a inviabilidade de sua utilização com os mesmos parâmetros do *Common Law*, por ser um sistema jurídico com fundamentos e características muito distintas, além da ausência de sistematização e clareza sobre os precedentes nos países que o adotam<sup>458</sup>; (e) a instituição prévia de uma solução única para casos futuros.

Em resposta à primeira crítica, o precedente visa exatamente a superação da “jurisprudência de ementário”, costumeira no Brasil. A análise da *ratio decidendi* de um precedente não pode ser realizada por meio da mera leitura da súmula (como ocorre com a jurisprudência, à qual se acresce a súmula), mas sim de todo o acórdão.

Sobre a segunda crítica, o sistema criado pelo novo CPC não restringe ao STF e ao STJ a competência para a criação de precedentes, mas também a confere a outros tribunais (especialmente os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais), além de assegurar que os meios processuais de criação e superação de precedentes sejam caracterizados por uma ampla publicidade, o contraditório ampliado e a fundamentação qualificada.

---

<sup>455</sup> Há ainda quem acrescente a criação do Conselho Nacional de Justiça como fator de ampliação do uso de precedentes no Brasil, especialmente a partir da instituição de metas de julgamento para o Judiciário (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 226, pp. 349-382, dez. 2013, p. 356).

<sup>456</sup> Críticas extraídas de: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 226, pp. 349-382, dez. 2013, pp. 351-354 e 356-358.

<sup>457</sup> Expressão elaborada por Luiz Alberto Warat, para designar a prática existente nos meios teórico, prático e acadêmico, de utilizar pré-conceitos, discursos, hábitos, citações, estereótipos e imagens (entre outras representações) como se fossem verdades absolutas e indiscutíveis (WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, pp. 13-16).

<sup>458</sup> Alguns autores apontam ainda as razões históricas como empecilho, especialmente pelo direito na *Common Law* ter surtido a partir da prática e no *Civil Law* como obra científica (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 226, pp. 349-382, dez. 2013, p. 357).

A terceira crítica traz uma contradição em si mesma. Afirmar, antecipadamente e preconceituosamente, como algo inevitável e absoluto que a inserção de precedentes no ordenamento jurídico e nas decisões dos tribunais brasileiros levará a criação de um senso comum teórico, é uma prática do próprio senso comum teórico.

Quanto à quarta crítica, a referida aproximação entre *Civil Law* e *Common Law* (no que se inclui a utilização recíproca de precedentes e *statutes*) e a efetiva existência de precedentes no direito brasileiro (na prática e por meio de alterações legislativas) demonstram a viabilidade de seu aproveitamento. Ademais, a sistematização pretendida pela doutrina pátria visa efetivamente a superar os problemas existentes no exterior. Ainda, é equivocado apontar a ocorrência de diferenças históricas como barreira para a adoção de institutos jurídicos de outros países, por diversas razões. Se assim fosse, por exemplo, o Brasil não teria o controle difuso de constitucionalidade, desenvolvido a partir do *judicial review* estadunidense. Também não é exato falar em um surgimento “científico” do *Civil Law*, que foi um direito baseado nos costumes e na prática durante séculos e, apenas nos últimos 200 anos que a doutrina conferiu a ele um caráter científico, de forma independente à atuação do Legislativo e do Judiciário. Costuma-se citar o “Código Napoleônico”, do século XIX, como a origem do cunho científico do *Civil Law* e do surgimento da jurisprudência dos conceitos<sup>459</sup>. Contudo, ignora-se que o processo civil francês era célere e oral, o denominado “Código Napoleônico” era o Código Civil francês e processo civil moderno surgiu no início do século XX, na Áustria, com o Código de Processo Civil idealizado por Franz Klein.

A quinta crítica levaria à situação absurda de entender que as leis não podem incidir sobre casos futuros, mas apenas passados. Ainda, ignora que o precedente não existe em si mesmo, mas só passa a ser um precedente a partir da segunda decisão, que o aplica e lhe confere a certidão de nascimento de precedente. Contudo, isso não significa que o tribunal não possa julgar um caso com a preocupação de transformá-lo em um precedente.

Nas palavras de Guido Alpa, como consequência dessa aproximação, “nem o *common lawyer* como um entomologista que usa o microscópio para ir em busca das regras específicas e o *civil lawyer* como o astrônomo que usa o telescópio para ir em

---

<sup>459</sup> Nesse sentido, por exemplo: SCHMITZ, Leonard Zieseemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 226, pp. 349-382, dez. 2013, pp. 357-358.

busca das regras gerais”<sup>460</sup>. Não há incompatibilidade no uso dos precedentes em ordenamentos do *Civil Law*, independentemente de se conferir a eles eficácia persuasiva ou vinculante<sup>461</sup>.

Ainda na eficácia, é importante a distinção entre precedentes e jurisprudência: O principal ponto similar entre precedentes e jurisprudência está na sua distinção com a coisa julgada: enquanto esta abrange apenas as conclusões (dispositivo) da decisão judicial (art. 469 do CPC brasileiro de 1973<sup>462</sup> e art. 504 do NCPC<sup>463</sup>), aqueles se referem ao conteúdo do julgado (*ratio decidendi* nos precedentes e os *motivos determinantes* na jurisprudência)<sup>464</sup>. Logo, a aplicação futura das decisões ocorre após a análise de seus fundamentos, das razões de fato e de direito que precederam o dispositivo. No Brasil, de forma peculiar, há uma tradição de “jurisprudência de ementário”, tendo em vista que costumeiramente se aplica apenas a ementa do acórdão, desacompanhada da devida análise de seu inteiro teor<sup>465</sup>.

Ainda que de forma tímida e não padronizada, o STF utilizou a denominada teoria da transcendência dos motivos determinantes para ampliar os efeitos de alguns de seus julgados no controle concentrado de constitucionalidade<sup>466</sup>. Porém, a

<sup>460</sup> No original: “Né il *common lawyer* come un entomologo che usa il microscópio per andare alla ricerca delle regole minute e il *civil lawyer* come l’astronomo che usa il telescopio per andare alla ricerca delle regole generali” (ALPA, Guido. *L’arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996, p. 19).

<sup>461</sup> Com o mesmo entendimento: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 9.

<sup>462</sup> “Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

<sup>463</sup> “Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Como inovação, os §§ 1º e 2º do art. 503 do NCPC estabelecem um regime diferenciado para a existência de coisa julgada das questões prejudiciais incidentais resolvidas na fundamentação, desde que observados os seis requisitos: “Art. 503. (...) § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

<sup>464</sup> Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, pp. 20-21.

<sup>465</sup> Com crítica similar: “A grande falha dos profissionais no Brasil é confundir o termo *jurisprência* com o termo *precedente*. Isso faz com que os próprios julgadores deixem de estudar o sistema do *common law* para se voltar única e exclusivamente para a aplicação de normas e ementas” (ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, pp. 87-89, p. 97). Ainda: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 226, pp. 349-382, dez. 2013, pp. 350-354.

<sup>466</sup> Com essa compreensão: “RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de

jurisprudência da Corte se firmou no sentido contrário, afastando a acolhida dessa teoria<sup>467</sup>. Com o novo CPC, essa divergência deverá ser resolvida, com a abrangência da eficácia vinculante aos fundamentos da decisão do STF em controle abstrato de constitucionalidade.

As diferenças existentes entre precedente e jurisprudência dividem-se em duas categorias principais: (a) quantitativas, porque em regra o precedente é extraído de uma decisão, enquanto a jurisprudência surge de um conjunto de casos julgados da mesma forma<sup>468</sup>; (b) e qualitativas, considerando que a jurisprudência diz respeito ao dispositivo e à coisa julgada, enquanto o precedente compreende os fundamentos determinantes da decisão

Como principal distinção, a jurisprudência surge com a reiteração de *decisões*, enquanto o precedente surge com a reiteração de *casos*<sup>469</sup>. Há quem afirme que um precedente pode se tornar jurisprudência, quando for aplicado de forma

não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente” (Rcl 2363/PA, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/10/2003, DJ 01/04/2005, p. 7).

<sup>467</sup> Nesse sentido: “Agravo regimental na reclamação. ADI nº 4.015/PA-MC. Inexistência de identidade de temas entre o ato reclamado e o paradigma da Corte. Não cabimento da tese da transcendência dos motivos determinantes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (...)” (Rcl 10125 AgR/PA, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/09/2013, DJe 05/11/2013). Da mesma forma: “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. SUPRESSÃO PELA FIOCRUZ DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 3. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES REJEITADA PELO SUPREMO. AGRAVO DESPROVIDO. I – Só é possível verificar se houve ou não descumprimento da Súmula Vinculante 3 nos processos em curso no Tribunal de Contas da União, uma vez que o enunciado, com força vinculante, apenas àquela Corte se dirige. II – Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. III – Agravo a que se nega provimento” (Rcl 9778 AgR/RJ, Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/10/2011, DJe 10/11/2011). Ainda: “RECLAMAÇÃO. A reclamação pressupõe a usurpação da competência do Supremo ou o desrespeito a decisão proferida. Descabe emprestar-lhe contornos próprios ao incidente de uniformização, o que ocorreria caso admitida a teoria da transcendência dos motivos determinantes. Precedentes: Reclamação nº 3.014/SP, Pleno, relator ministro Ayres Britto, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 21 de maio de 2010” (Rcl 11477 AgR/CE, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/05/2012, DJe 29/08/2012).

<sup>468</sup> Adotando a distinção quantitativa: CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 62.

<sup>469</sup> Nesse sentido, Jerome Frank afirma que os tribunais desenvolvem as normas legais a partir dos casos (“*case-to-case decisions*”) e que, apesar de os casos serem regulamentados pelas regras legais (“*suits are controlled by the rules*”), essas regras são determinadas pelos casos (“*rules are determined by the suits*”) (FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princeton: Princeton University Press, 1950, p. 264). Ainda: SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 31.

reiterada<sup>470</sup>. Contudo, trata-se de uma imprecisão causada pela tradição jurídica brasileira de designar precedente como sendo apenas a primeira (ou, de forma mais equivocada, “as primeiras”) decisão sobre determinado tema, sem levar em consideração que o precedente passa a existir como tal a partir da segunda decisão, e ganha mais força com a sua aplicação em outros julgamentos posteriores. Assim, a reiteração não “transforma” um precedente em jurisprudência, mas sim o ratifica e o reforça como precedente.

Ainda, com a ressalva das teorias neoconstitucionalistas e do ativismo judicial, a jurisprudência é limitada pelos textos normativos (*statutes*), enquanto os precedentes são limitados pelos próprios precedentes e, subsidiariamente, por outras fontes, como os *statutes*, os princípios gerais do direito, os costumes e a moral<sup>471</sup>.

Outra distinção relevante está na forma de superação: enquanto um precedente é superado por *um único novo precedente* (mesmo que tenha sido aplicado durante décadas), a superação da jurisprudência só ocorre após *um conjunto reiterado e estável de novas decisões*<sup>472</sup>. Assim, em regra, a jurisprudência não pode ser superada por uma única decisão.

Em resumo, *um precedente só pode ser substituído por outro precedente e a jurisprudência só pode ser substituída por uma nova jurisprudência*.

Diferente da jurisprudência e do precedente é o *exemplo*, que consiste em uma orientação da compreensão do tribunal sobre determinado assunto, sem caráter vinculante<sup>473</sup>.

Como exceção, no Brasil, como se verá adiante, determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça possuem, isoladamente, eficácia e força suficiente para, sozinhas, superarem a jurisprudência<sup>474</sup>.

<sup>470</sup> “Quando o precedente é reiteradamente aplicado, passando a refletir o posicionamento predominante do tribunal, diz-se que o mesmo se torna *jurisprudência*” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 15).

<sup>471</sup> Sobre essa distinção: ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, p. 84.

<sup>472</sup> Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 20.

<sup>473</sup> Seguindo essa diferenciação: CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 67-68.

<sup>474</sup> “Nesses casos, uma única decisão poderia ser considerada como *overruling* de todo o conjunto consolidado de arestos que anteriormente aplicavam o entendimento oposto” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*,

A regra de observância dos precedentes obriga o juiz a realizar uma avaliação mais aprofundada dos fatos<sup>475</sup>, tendo em vista que não realiza apenas uma análise *interna* dos fatos e dos direitos alegados pelas partes, mas também *externa*, na comparação do processo em exame com outros que, potencialmente, podem constituir seu precedente.

O método de aplicação de um precedente passa por duas fases principais: (a) a comparação do caso atual com casos anteriormente julgados, a fim de verificar o grau de similitude com um ou alguns deles; (b) e, em caso positivo, a verificação da adequação da incidência do precedente sobre o momento atual<sup>476</sup>.

Os precedentes são classificados, quanto ao seu conteúdo, em: (a) originários (ou criativos), quando criam uma nova regra jurídica; (b) declaratórios (ou de interpretação), que se limitam a conferir uma interpretação a regras já existentes<sup>477</sup>. Na eficácia, os precedentes dividem-se em: (a) vinculantes ou obrigatórios (*binding precedents*), quando vinculam os órgãos jurisdicionais nos julgamentos posteriores, de forma horizontal e vertical; (b) persuasivos (*persuasive precedents*), quando não vinculam, mas influenciam os julgamentos subsequentes; (c) e impeditivos de revisão, quando bloqueiam a interposição de recurso contra a decisão que o aplicou, ou sua revisão de ofício pelo tribunal hierarquicamente superior<sup>478</sup>.

A aplicação de um precedente possui uma *dupla face*: (a) uma *interna*, consistente na identificação de sua *ratio decidendi*, ou seja, na forma e nas razões pelas quais aquele caso foi decidido, e em que circunstâncias temporais e espaciais o objeto litigioso ocorreu e o julgamento foi proferido; (b) e outra *externa*, consistente na adequação do precedente ao novo caso objeto de julgamento, ou seja, na forma pela qual *o precedente abandona o seu processo para ser utilizado em outro*<sup>479</sup>. Portanto, a

---

São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 20). Ainda: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 10.

<sup>475</sup> Nesse sentido: SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 31-32.

<sup>476</sup> SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 31.

<sup>477</sup> BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, p. 119. Com a mesma classificação: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 14.

<sup>478</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, pp. 14-15.

<sup>479</sup> Sobre o tema: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 19.

face interna é observada no próprio precedente, enquanto a externa pode ser vista em todas as decisões judiciais posteriores que seguirem a sua *ratio decidendi*.

Ainda, afirma-se que: “do julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral, do mesmo modo que do julgamento do recurso especial com recursos repetitivos, decorrerá a aprovação de uma tese que terá duplo alcance: (a) será aplicada na decisão do mérito do recurso interposto no caso concreto e (b) passará a influir na decisão das demais causas em que se controverta a respeito da mesma questão de direito”<sup>480</sup>.

O decurso do tempo não necessariamente confere maior força a um precedente, mas apenas o lapso temporal *moderado*, suficiente para aplicá-lo a situações similares em condições (sociais, econômicas, políticas, culturais, jurídicas, etc.) semelhantes. Por essa razão se afirma que o precedente se assemelha ao vinho: melhora com o tempo, envelhecendo até certo ponto; a partir daí se transforma em vinagre e o transcurso dos anos só o faz piorar<sup>481</sup>.

### 3.2.4. Técnicas de Afastamento dos Precedentes

Os precedentes são *estáveis*, mas não são *eternos*.

Em virtude da segurança jurídica promovida por meio dos precedentes, a sua modificação ou o seu abandono constituem medidas excepcionais<sup>482</sup> e envolvem uma questão fundamental: de que forma se pode superar um precedente sem causar prejuízo à segurança das relações jurídicas? Ou, ainda, como causar os menores danos possíveis a esse princípio?

A existência do precedente surge com uma ressalva e duas questões problemáticas: (a) diante da ausência de previsão expressa da regra do *stare decisis* na Constituição ou em norma infraconstitucional, desenvolveu-se a teoria da força

<sup>480</sup> MESQUITA, José Ignacio Botelho de; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; MORETO, Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, Direito e Política. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 220, pp. 13-32, jun. 2013, p. 28.

<sup>481</sup> Acerca da relação entre precedente e tempo: BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, pp. 165-166.

<sup>482</sup> “(...) mesmo em países de *civil law*, faz-se necessário que os precedentes que refletem uma conclusão pretoriana estável perdurem, bem assim que as mudanças de jurisprudência sejam operadas de maneira responsável, controlável, e com considerações a respeito da segurança jurídica no tempo” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 17).

vinculante dos precedentes para a sua observância pelos juízes e tribunais<sup>483</sup>; (b) a superação de um precedente é – ou não – compatível com a regra do *stare decisis*?; (c) e quem pode deixar de aplicar o precedente? Apenas o tribunal que o elaborou ou qualquer órgão jurisdicional?

O Direito é dinâmico e acompanha as mudanças sociais, razão pela qual uma decisão judicial (ou uma lei, nos países de *Civil Law*) não pode torná-lo estático e impedir sua evolução<sup>484</sup>.

Assim, há um aparente conflito, porque a segurança jurídica não leva a um engessamento do Direito ou à impossibilidade de modificação de suas normas, seja por meio de um novo precedente, seja por uma Emenda Constitucional ou um ato normativo infraconstitucional<sup>485</sup>. Por isso, a solução para o problema está em fazer com que os precedentes acompanhem os avanços sociais (e, especialmente, a evolução do Direito) e sejam modificados no momento em que isso for necessário, inclusive para a garantia da segurança jurídica.

O poder que o Judiciário possui para *editar* precedentes abrange também o poder de *superá-los*, substituindo-os por outros ou simplesmente deixando de aplicá-los<sup>486</sup>.

Da mesma forma que a Constituição pode ser modificada por uma Emenda Constitucional, que uma lei pode ser alterada (ou mesmo revogada) por outra e que um ato administrativo pode ser substituído por outro, um precedente pode ser mudado ou superado por outro precedente<sup>487</sup>. Contudo, a principal diferença da última situação para as demais é também o seu principal problema: enquanto a mudança da Constituição, das

<sup>483</sup> Sobre a questão: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge, 2008, p. 16.

<sup>484</sup> “Seria impensável – e raramente se vê tal afirmação mesmo entre os autores que enaltecem a segurança jurídica – que as necessidades de estabilidade impedissem totalmente a mudança da jurisprudência, mesmo daqueles arestos cuja conclusão encontra-se solidificada há muitos anos, consolidada pela reiteração decisória ao longo do tempo. É que a busca pela correção e aprimoramento das decisões deve permitir alterações de conteúdo em julgamentos futuros” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 18).

<sup>485</sup> Sobre o assunto, Antonio do Passo Cabral afirma que a possibilidade de mudança do entendimento judiciário está ligada “(...) ao equilíbrio entre as exigências de segurança jurídica e a proteção das posições individuais estáveis” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 18).

<sup>486</sup> “Juntamente com o poder de estabelecer precedentes para o futuro, o Judiciário também tem o poder de derrubar precedentes passados”. No original: “Alongside the power to set precedents for the future, the judiciary also has the power to overturn past precedents” (AMAR, Akhil Reed. *America’s unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012, p. 210).

<sup>487</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 26

leis e dos atos administrativos observa normas e procedimentos prévios, *a superação de precedentes não possui uma regulamentação prévia de sua forma, oportunidade e conteúdo*.

O órgão jurisdicional que criou o precedente pode também abandoná-lo, total ou parcialmente, substituindo-o por um novo. Diante da ausência de regulamentação normativa prévia do assunto, e da falta de um padrão na prática dos tribunais brasileiros, devem ser respondidas as perguntas sobre *quando, como e por que* um tribunal supera um precedente.

Na busca de um precedente, o julgador conta, em primeiro lugar, com a colaboração das partes, que informam no processo a existência – ou não – de precedentes que possam incidir sobre o caso. Além disso, deve procurar os precedentes que possam se aplicar ao caso sob julgamento, seja pelos meios de pesquisa existentes, seja por sua própria experiência prática de já ter julgado um ou alguns casos similares àquele. Identificados os possíveis precedentes, o julgador deve compará-los com o caso atual, nos aspectos fáticos e jurídicos. Quanto a esses, em regra são dispensados os elementos subjetivos (analisados no juízo de admissibilidade da petição inicial, para verificação de eventual litispendência ou coisa julgada) e verificados os objetivos, em especial a causa de pedir e o pedido<sup>488</sup>.

A fim de minimizar os reflexos negativos do abandono de um precedente<sup>489</sup>, foram desenvolvidas técnicas de afastamento (total ou parcial), consistentes em formas de não utilização do precedente em determinado julgamento, sem que isso signifique a sua superação definitiva. Além delas, existe a possibilidade de sinalização (*signaling*), que ocorre quando a Corte mantém e aplica o precedente, mas ressalva a possibilidade de, no futuro, alterá-lo<sup>490</sup>.

---

<sup>488</sup> Sobre a aplicação dos precedentes: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 16.

<sup>489</sup> Acerca dos problemas que envolvem o abandono de um precedente: “A possibilidade de superação do precedente coloca em evidência a necessidade de *proteção da confiança* daqueles que o tinham em consideração para fazer as suas escolhas socioeconômicas e da manutenção da *igualdade* de todos perante a ordem jurídica. É que a mudança do precedente não pode causar *surpresa injusta (unfair surprise)* nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes” (MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira. *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95).

<sup>490</sup> Sobre o assunto: MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira. *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95.

Diante dessa aparente contradição entre a força dos precedentes e a possibilidade de sua superação, há quem sustente que são duas faces da mesma moeda. Nesse sentido, Karl Llewellyn afirma que a doutrina dos precedentes é “*Janus-faced*”<sup>491</sup> e divide-a em duas perspectivas que normalmente são usadas alternadamente, pelo mesmo tribunal: (a) uma ortodoxa (*orthodox view of precedent*), segundo a qual o tribunal que fixou o precedente estava focado no caso julgado, logo, há uma ampla margem para o uso do *distinguishing* nos casos posteriores (e é utilizada para afastar os precedentes indesejados para a decisão de um novo caso); (b) e outra flexível (*loose view*), para a qual a formação de um precedente equivale à elaboração de uma norma geral, que compreende todos os aspectos dos casos similares (e é utilizada para atrair determinados os precedentes para julgar um novo caso)<sup>492</sup>.

Duas situações principais podem afastar a observância do precedente em um caso concreto e serão analisadas na sequência: (a) *distinguishing*, por meio do qual o órgão judiciário não aplica o precedente em virtude da existência de uma circunstância fundamental que distingue o caso concreto da situação fática analisada no precedente<sup>493</sup>; (b) e *overruling*, que é o abandono definitivo do precedente judicial, ou seja, a superação da interpretação e da solução nele contidas.

### 3.2.4.1. A Diferenciação do Precedente (*Distinguishing*)

O *distinguishing* consiste na diferenciação do caso sob julgamento de um ou mais precedentes, para justificar a sua não aplicação<sup>494</sup>. A argumentação da decisão busca distinguir o caso de outros anteriores, afastando a incidência de algum precedente sobre ele.

Em primeiro lugar, a técnica de *distinguishing* é utilizada para deixar de aplicar um precedente e não utilizar a solução radical do *overruling*. Busca-se, em suma, a utilização de fundamentos diferentes para o julgamento de um caso concreto

<sup>491</sup> Janus, na mitologia romana, era um deus de duas faces, viradas para direções opostas, que como representação do passado e do futuro, ou às portas de entrada e saída.

<sup>492</sup> LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 68-71.

<sup>493</sup> “O juiz reconhece a existência do precedente, mas, identificando peculiaridades da causa sob julgamento, adapta a regra, sem abandoná-la por completo” (WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 259).

<sup>494</sup> Sobre o conceito de *distinguishing*, com análise ampla da doutrina brasileira: JOBIM, Marco Félix. A técnica da *distinguishing* a partir da análise do julgamento do caso Escola vs. Coca-Cola Bottling Co. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 237, pp. 403-419, nov. 2014.

diferente<sup>495</sup>. Por meio dela, pode o julgador deixar de aplicar qualquer precedente (por se tratar de um caso inédito, não assemelhado a nenhum outro decidido anteriormente), ou também aplicar um precedente em detrimento de outro.

Há quem afirme que o *distinguishing* não é uma técnica de afastamento de precedente, mas sim a *criação de um novo precedente*, diferente de outros já existentes. Essa afirmação é válida apenas quando a diferenciação for proferida pela Corte que criou o precedente objeto da distinção (ou seja, que tenha competência para a *elaboração* de precedentes) e desde que em um processo adequado para a formação de um novo precedente. Na maior parte dos casos, o *distinguishing* será usado por juízes e tribunais de instâncias inferiores, como uma técnica de afastamento de precedentes.

Em suma, a técnica de interpretação, comparação e não aplicação em virtude de diferenciação constitui o *distinguishing*. Não se trata propriamente em um descumprimento do precedente, mas sim na diferenciação da *ratio decidendi* do caso sob julgamento da *ratio decidendi* do precedente indicado como aplicável, a fim de justificar a sua não observância<sup>496</sup>.

A expressão *distinguishing* é utilizada com dois significados principais: (a) para designar a técnica ou o método de comparação de um caso objeto de julgamento com um precedente (*distinguishing* técnica); (b) e para identificar o resultado da aplicação da técnica, com a conclusão de que o precedente não incide sobre o novo caso, em face da existência de diferenças entre ambos (*distinguishing* resultado)<sup>497</sup>.

O *distinguishing* resultado ocorre quando o novo caso, apesar das semelhanças, possui características próprias e peculiaridades que afastam a incidência

---

<sup>495</sup> “*Distinguishing* (diferenciação) é a técnica utilizado no sistema da *Common law* para demonstrar que os fatos do caso concreto sob julgamento são diferentes os fatos que geraram o precedente, razão pela qual este não deve ser aplicado àquele. Parte do pressuposto de que há fatos distintos que autorizam julgamento em sentido diverso do precedente. Em síntese, fatos diversos requerem julgamento diferenciado” (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 300). No mesmo sentido: GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron’s, 2010, p. 163. Ainda sobre o assunto: LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 62-63. Na doutrina brasileira: FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n° 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, pp. 139-141.

<sup>496</sup> Com esse entendimento: “O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 325).

<sup>497</sup> Adotando essa classificação: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n° 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 16.

do precedente e, por essa, razão, possui diversos graus de diferenciação<sup>498</sup>. As principais formas são: (a) *restrictive distinguishing*, quando as peculiaridades do novo caso levarem o julgador a interpretar de forma restritiva o precedente, afastando a sua observância; (b) e *ampliative distinguishing*, quando as peculiaridades do novo caso não prejudicarem a incidência da tese, levando o julgador a interpretar de forma ampla o precedente, determinando a sua observância<sup>499</sup>. Em resumo, a utilização do *distinguishing* nem sempre leva ao afastamento do precedente, pois, na segunda hipótese, a técnica é utilizada para desconsiderar diferenças irrelevantes e aplicar o precedente ao novo caso.

Como ponto em comum, *distinguishing* e *overruling* consistem no afastamento da incidência do precedente ao caso concreto, por razões distintas. De outro lado, como principal diferença, a *distinguishing* baseia-se na *diferenciação* do caso julgado em comparação ao precedente e o *overruling* importa na *superação* do precedente<sup>500</sup>.

#### 3.2.4.2. A Superação do Precedente (*Overruling*)

A evolução e a alteração do Direito não contrariam a segurança jurídica, mas, ao contrário, asseguram-na, com o fim de conferir estabilidade às mudanças sociais. Contudo, as modificações jurídicas devem observar *formas previamente determinadas*, para não violar a segurança jurídica e o próprio ordenamento jurídico, em especial a isonomia, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

O precedente não é infalível e imutável. Como bem destaca Frederick Schauer, o precedente pode importar em “(...) fazer a coisa errada só porque ela foi feita

---

<sup>498</sup> “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando há diferença entre o caso concreto em exame e o paradigma anterior, seja porque inexistente coincidência com os fatos que embasara a *ratio decidendi*, seja porque, a despeito de eventual aproximação entre eles, há alguma peculiaridade no caso em julgamento que impõe a não aplicação do precedente. Outra acepção do termo *distinguishing* é a própria técnica (método) de comparação entre o caso concreto e o paradigma” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 16).

<sup>499</sup> Sobre o assunto: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 16.

<sup>500</sup> Neil Duxbury afirma que, por meio da *distinguishing* e do *overruling*, os juízes “soltam as amarras” (“loosen the grip”) que os vinculam aos precedentes (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge, 2008, p. 17).

antes”<sup>501</sup>. A fim de corrigir eventuais problemas, o *overruling* consiste na superação (parcial ou total) de um precedente e sua substituição por outro<sup>502</sup>.

Trata-se de solução excepcional, adotada em situações específicas e exige que a decisão contenha uma *dupla* fundamentação: (a) em primeiro lugar, deve conter as razões da superação, que são objetivas; (b) e, na sequência, os fundamentos do novo precedente, que substituirá o que se considera superado.

Apesar de não ser um elemento contraditório no sistema de precedentes (considerando a evolução da sociedade e, conseqüentemente, do direito), o *overruling* consiste em uma *ruptura*, em uma mudança de norma jurídica aplicável a determinada situação. Por isso, deve ser utilizado *com moderação*, para não minar os pilares da isonomia e da segurança jurídica do sistema.

Não há *overruling* para o simples abandono do precedente, deixando uma lacuna. Um precedente só pode ser superado por outro precedente, que ocupa o seu espaço na resolução da questão. Por essa razão se utiliza a expressão que designa o novo precedente (*overruling*) e não a do precedente superado (*overruled*).

Considerando que o abandono de um precedente e sua substituição por outro é a principal característica do *overruling*, seu primeiro efeito é a *retirada da força de precedente da decisão superada*. O segundo efeito é a elaboração de um novo precedente pela decisão que supera o anterior.

O *overruling* constitui uma medida de exceção, porque se confere prioridade à certeza do direito sobre a exatidão de sua interpretação<sup>503</sup>.

Em regra, é *expresso* (*express overruling*), ou seja, um precedente substitui outro de forma explícita, deixando clara a superação (total ou parcial) do anterior.

<sup>501</sup> No original: “(...) doing the wrong thing just because it has been done before” (SCHAUER, Frederick. Why precedent in Law [and elsewhere] is not totally [or even substantially] about analogy. *Perspectives on psychological science*, Washington, v. 3, n° 6, pp. 454-460, nov. 2008).

<sup>502</sup> Sobre o conceito de *overruling*: “(...) ocorre quando uma Corte, em um caso diferente e posterior, elabora uma decisão sobre uma questão de direito exatamente contrária à decisão tomada em um caso anterior”. No original: “(...) occurs when a court in a different and subsequent case makes a decision on a point of law exactly opposite to the decision made in a prior case” (GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron’s, 2010, p. 380). Ainda: NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 192-193; WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 259.

<sup>503</sup> Sobre o assunto: “Bisogna notare, infatti, che gl’Inglesi, i quali anche in altre occasioni dimostrarono di preferire la certezza del diritto all’esattezza della sua interpretazione; (...)” (BIGIARI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, pp. 163-164).

Porém, o *overruling* também pode ser *tácito* (*implied overruling*), quando não houver uma declaração inequívoca e expressa da superação do precedente<sup>504</sup>.

Na doutrina, defende-se a incidência do princípio da proteção da confiança sobre os atos judiciais, o que demanda um maior esforço argumentativo na prática do *overruling*<sup>505</sup>.

O *overruling* é um ato praticado, em regra, pelo mesmo órgão judicial que elaborou o precedente ou por um órgão de jurisdição superior<sup>506</sup>, enquanto a não aplicação de um precedente só pode ser realizado por um órgão de igual jurisdição ou inferior<sup>507</sup>. Em outras palavras, a efetiva superação de um precedente (com exceção da *prospective overruling*) somente pode ser realizada pelo juízo que o criou ou por tribunal hierarquicamente superior.

Um ato de não observância do precedente por juiz ou tribunal do mesmo grau daquele que o criou, ou inferior a ele, consiste em uma negativa em sua aplicação, mas não importa necessariamente na sua superação.

Em outras palavras, os juízes de primeira instância podem aplicar, diferenciar (*distinguishing*) ou não aplicar o precedente. Não possuem competência para realizar a superação, mas apenas para provocá-la, fazer com que a Corte competente discuta sobre a superação do precedente, por meio da sua não aplicação em um pronunciamento processual (sentença ou decisão interlocutória).

O *overruling* só pode ser realizado por um órgão hierarquicamente superior quando não se tratar da decisão proferida em um mesmo processo; nesse caso ocorre o *reverse*, ou seja, a reforma, a cassação ou a revisão (dependendo do conteúdo) da decisão judicial recorrida<sup>508</sup>.

<sup>504</sup> Sobre o assunto: GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2010, p. 380; REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n° 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 17.

<sup>505</sup> Acarca dessa incidência: “Neste sentido, vários autores veem na proteção da confiança o fundamento para restringir a mudança de jurisprudência se a alteração de jurisprudência se assemelha a uma colisão intertemporal de normas, e se a proteção da confiança tem uma dimensão de ‘confiança intertemporal’ no Estado de Direito Contemporâneo, o princípio da proteção da confiança deveria ter aplicação também na mudança de jurisprudência” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 28).

<sup>506</sup> “Uma decisão só pode ser superada pelo mesmo tribunal ou um tribunal superior dentro da mesma jurisdição”. No original: “A decision can only be overruled by the same court or a higher court within the same jurisdiction” (GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2010, p. 380).

<sup>507</sup> Sobre o assunto: BIGIARI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, p. 121.

<sup>508</sup> Nesse sentido: “The term should be distinguished from reverse, which applies to a higher court's overturning of a lower court's decision in the same case” (GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2010, p. 380).

Entre as questões relevantes envolvem a superação de um precedente, estão: (a) a referência expressa da Corte de que está superando um precedente, em que extensão (integral ou parcial) e por quais razões; (b) a mitigação dos reflexos negativos causados por essa mudança, por meio de técnicas como o julgamento-alerta<sup>509</sup> e a modulação dos efeitos<sup>510</sup>.

Ademais, a superação de um precedente é considerada como uma atuação radical do Judiciário, a ser adotada como o último recurso possível, diante das consequências negativas por ela causadas<sup>511</sup>. Por essa razão é importante a definição de padrões mínimos prévios para os *overruled* e os *overruling cases*.

Por essa razão, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu em 22 de junho de 2015, no julgamento do caso *Kimble vs. Marvel Enterprises*, que “*what we can decide, we can undecide. But stare decisis teaches that we should exercise that authority sparingly*”; ou seja, “o que nós decidimos, nós podemos ‘desdecidir’<sup>512</sup>. Mas o *stare decisis* ensina que nós devemos exercer esse poder com moderação”. Em outras palavras, não ocorre a imutabilidade absoluta do direito pelo *stare decisis*, mas a sua *estabilidade*, e o *overruling* é uma medida extrema e excepcional, que deve ser adotada em situações objetivas predeterminadas, observada ainda a segurança jurídica inerente ao sistema de precedentes (o que leva ao uso de outras medidas processuais, como a modulação de efeitos no julgamento de superação e a sinalização, por exemplo). Portanto, a mesma Corte que decide pode desfazer a sua decisão anterior, substituindo-a por outra.

Um precedente é superado quando: (a) ocorre um desgaste em sua dupla coerência, formada pela congruência social e pela consistência sistêmica; (b) e quando os valores que formam a base do *stare decisis* (imparcialidade, proteção da confiança, o

<sup>509</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, p. 13-48, jul. 2013.

<sup>510</sup> Sobre as questões que envolvem o *overruling*: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 234-235.

<sup>511</sup> “The fact is, nevertheless, that overruling often is considered to be radical judicial action, to be taken only as a last resort” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge, 2008, p. 122).

<sup>512</sup> Não há uma palavra equivalente no idioma português para traduzir a expressão em inglês “*undecide*”, por isso, optou-se por uma tradução literal, mas com uma palavra inexistente no vernáculo nacional. Pretendeu-se, no acórdão citado, afirmar que o mesmo poder que a Suprema Corte tem para decidir e dizer o direito por meio do precedente também anbrange o poder de, no futuro, decidir de forma contrária, superando o precedente por outro.

impedimento de uma surpresa injusta, a replicabilidade e o suporte) são menos afetados pela superação do precedente do que por sua manutenção<sup>513</sup>.

Conforme ressalvado inicialmente, as razões da superação são *objetivas* e não admitem questões subjetivas, tais como a modificação na composição do órgão julgador.

Nos países que adotam o sistema jurídico do *Common Law*, a incidência do *stare decisis* evita a existência de decisões contraditórias no controle de constitucionalidade, mas não se trata de uma fórmula automática. De um lado há o precedente, como a decisão a ser observada nos casos similares futuros, mas de outro existe a possibilidade de *overruling*. O *overruling* de uma decisão da Corte Constitucional demonstra que a interpretação e a aplicação da Constituição também deve se adaptar às dinâmicas sociais, ainda que essa modificação seja mais complexa e difícil, inclusive na via legislativa<sup>514</sup>.

No Reino Unido, a *House of Lords* adotava de forma rígida o *stare decisis* e não superava seus precedentes, ainda que posteriormente constatasse a injustiça da decisão ou que importasse em restrição indevida ao desenvolvimento adequado do direito<sup>515</sup>. Nesse sentido foi o julgamento do caso *London Tramways Co. v. London County Council*, de 1898, conforme o voto do *Lord Halsbury*<sup>516</sup>.

Contudo, o *Practice Statement*, realizado pelo *Lord Gerald Gardiner* em 26 de julho de 1966 na *House of Lords*, afirmou expressamente ser possível a superação de

<sup>513</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 104-105; MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira. *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95.

<sup>514</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 813-814.

<sup>515</sup> Sobre o assunto: NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 193.

<sup>516</sup> “Eu estou preparado para dizer que eu concordo em termos com o que foi dito de que uma decisão desta Casa, uma vez dada sobre uma questão de direito, é conclusiva sobre esta Casa posteriormente, e que é impossível levantar essa questão de novo como se nunca tivesse sido decidida e pudesse ser reapreciada, e também a Casa ser questionada para rever sua própria decisão. Este é um princípio que tem sido, eu acredito, sem qualquer decisão efetiva em contrário, estabelecido por alguns séculos e, em minha opinião, portanto, nós não temos competência neste caso para ouvir novamente e rediscutir uma questão que já foi decidida recentemente” No original: “I am prepared to say that I adhere in terms to what has been said that a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it [had never been decided] and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided”. Comentando o julgamento: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge, 2008, p. 125,

precedentes pela Corte, mas no exclusivo intuito de alcançar a justiça. Destacou em primeiro lugar “(...) o uso do precedente como uma fundação indispensável sobre a qual se decide o que seja a lei e sua aplicação para os casos individuais. Ele fornece no mínimo um grau e certeza sobre o qual os indivíduos podem conduzir seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das normas legais”. Afirmou, por outro lado, que “(...) uma aderência muito rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado do direito” Ressalvou, porém, que “(...) apesar de tratar as decisões desta casa como normalmente vinculantes, afastar-se de uma decisão anterior quando isso parecer ser o mais correto a ser feito”. Por fim, *Lord Gardiner* salientou que “este anúncio não tem a intenção de afetar o uso do precedente em qualquer outro lugar além desta Casa”<sup>517</sup>.

Apesar de o *overruling* passar a ser admitir no Reino Unido, a *House of Lords* manteve-se restritiva em seu uso, tradição mantida a partir de 1º de outubro de 2009, com a instalação da *Supreme Court of the United Kingdom*.

Os tribunais e juízes podem utilizar o *distinguishing* para afastar precedente da Suprema Corte, mas, em regra, somente esta pode fazer uso do *overruling* de suas decisões anteriores.

Nesse sentido, a *Court of Appeals* não aplicou em um julgamento de 1988 o precedente do caso *Wilko v. Swan*, de 1953 (pedido de cliente contra a corretora de seguros, para a reparação de danos). Em 1989, a Suprema Corte dos Estados Unidos também afastou esse precedente, no julgamento do caso *Rodriguez de Quijas v. Shearson*, mas advertiu àquele tribunal sobre o uso do *overruling*<sup>518</sup>.

<sup>517</sup> O texto integral do *Practice Statement* é o seguinte: “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House”.

<sup>518</sup> Conforme trecho da decisão do caso *Rodriguez de Quijas v. Shearson*: “(...) III. Nós não sugerimos que o *Court of Appeals* em sua própria autoridade deveria ter dado o passo de afastar o caso *Wilko*. Se um precedente deste Tribunal tem aplicação direta sobre um caso, ainda que aparente se apoiar em razões rejeitadas em outras decisões, o *Court of Appeals* devia seguir o precedente que diretamente controla, deixando para este Tribunal a prerrogativa de utilizar o *overruling* sobre suas próprias decisões. Nós agora concluímos que *Wilko* estava decidido de forma incorreta e é incompatível com a construção

Ressalta-se, todavia, que a Suprema Corte dos EUA é cautelosa na superação de seus precedentes<sup>519</sup>. Exceção emblemática, destaca-se a mudança de entendimento em relação às cotas raciais, que passou por três principais interpretações diversas na história da Suprema Corte<sup>520</sup>: (a) no caso *Plessy v. Ferguson*, de 18 de maio de 1896, por maioria, firmou-se a doutrina do “separados mas semelhantes” (*separate but equal*), reconhecendo a constitucionalidade da segregação racial; (b) desde o julgamento do caso *Brown v. Board of Education*, de 17 de maio de 1954, por unanimidade, a Suprema Corte alterou seu entendimento para decidir que as leis estaduais que estabeleciam escolas públicas separadas para brancos e negros impedia estes de ter iguais oportunidades e violava a *equal protection of the laws* prevista na 14ª Emenda; (c) por fim, ao decidir conjuntamente em 28 de junho de 2007 o caso *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, com o caso *Meredith v. Jefferson County Board of Education*, superou-se o entendimento do caso *Brown v. Board of Education*, mas sem voltar à possibilidade de segregação racial permitida no caso *Plessy v. Ferguson*; a Suprema Corte entendeu neste julgamento de 2007, por maioria, que a raça não pode ser utilizada como um critério único de seleção pelas escolas, e que estas não conseguiram demonstrar que os objetivos buscados não justificam os meios utilizados, baseados na discriminação racial.

O *overruling* pode se concretizar por dois meios processuais: (a) difuso, o método mais usual, consistente na superação de um precedente em qualquer processo, subjetivo ou objetivo, por meio de provocação de uma das partes ou da iniciativa do

---

uniforme prevalecente em outras normas federais sobre acordos de arbitragem nas transações negociais” (Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=490&invol=477>>. Acesso em 08 out. 2013).

<sup>519</sup> Assim decidiu no caso *State Oil v. Barkat*, de 1997: “(...) Nós abordamos a reconsideração de decisões deste tribunal com extrema precaução. *Stare decisis* reflete ‘um julgamento político que na maioria dos casos é mais que a regra aplicável seja definida, do que seja definida de forma correta’ (...) (citando *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393...)”. Sobre o assunto, há relação de diversos casos em que a Suprema Corte aplicou o *overruling* disponível em: <<http://www.rbs2.com/overrule.pdf>>. Acesso em 08 out. 2013.

<sup>520</sup> É possível citar ainda, em momento anterior ao debate sobre as ações afirmativas, a decisão da Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sandford*, de 1857 (anteriormente, portanto, à total abolição da escravatura, em 1865). Por maioria, a Corte decidiu que descendentes de africanos que foram para os Estados Unidos na condição de escravos, mesmo que não fossem ou tivessem sido escravos, não poderiam ser considerados pessoas ou cidadãos dos Estados Unidos. Dred Scott era um escravo domiciliado em St. Louis, Missouri, que, por ter morado em Illinois e Minnesota (trabalhava para John Emerson, militar que era eventualmente transferido), Estados nos quais a escravidão já era vedada, pleiteava sua libertação (pois não poderia ter direito à liberdade em um lugar, e voltar a ser escravo por ter retornado a um local em que a escravidão ainda era permitida). Todavia, a Suprema Corte sequer reconheceu que Dred Scott tinha a capacidade para ser parte em um processo judicial, e equiparou-o a uma propriedade, entendendo que a propriedade não deixa de existir como resultado da mudança de jurisdição.

próprio tribunal em não confirmar o seu entendimento; (b) e concentrado, que ocorre por meio de um procedimento específico iniciado com o fim de revisar o entendimento do tribunal<sup>521</sup>.

No Brasil, adotava-se como regra o meio difuso, mas com determinadas formas concentradas de superação do entendimento de um tribunal (considerando-o como jurisprudência ou precedente): O novo CPC, como se verá, confere maior destaque ao procedimento concentrado de elaboração e eventual superação de precedentes, que passa a ser regra (como, por exemplo, no IRDR, no IAC e no julgamento de recursos repetitivos).

Os fundamentos para a superação de um precedente podem ser os seguintes, entre outras situações criadas no ordenamento jurídico (por lei ou por um precedente, por exemplo): (a) a obsolescência, ou seja, a passagem do tempo, as mudanças na sociedade, nas condições de fato e a dinâmica do Direito podem fazer com que o precedente deixe de ser aplicado<sup>522</sup>; (b) a injustiça, consistente na verificação de que o precedente não é mais apropriado, por não aplicar corretamente o direito objetivo e não realizar a distribuição correta do direito subjetivo; (c) a incompatibilidade com o ordenamento jurídico, seja com normas escritas, seja com outros precedentes; (d) a perda da função do precedente (inexequibilidade), correspondente à constatação de que o precedente não é mais suficiente para regulamentar os novos casos, especialmente diante do aumento da complexidade das situações fáticas e jurídicas surgidas posteriormente; (e) e o formalismo excessivo, que inviabiliza a alteração do precedente e sua adaptação aos casos posteriores<sup>523</sup>.

A superação de um precedente por um órgão jurisdicional superior leva ao problema de sua eficácia, no aspecto temporal<sup>524</sup>. A questão é posta da seguinte forma: as relações jurídicas constituídas ou mantidas durante a vigência do primeiro precedente são – ou não – invalidadas pelo segundo precedente?

<sup>521</sup> Acerca da questão: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 18.

<sup>522</sup> Sobre a “idade” do precedente como fator de sua superação, Oliver Holmes afirma ser “revoltante” a manutenção de uma norma como “imitação cega do passado” (“*blind imitation of the past*”) (HOLMES, Oliver Wendell. *Collected legal papers*. New York: Harcourt, Brace & Howe, 1920, p. 187).

<sup>523</sup> Sobre a classificação dos motivos para o *overruling*: LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 67. Ainda: JACKSON, Percival E. *Dissent in the Supreme Court: a chronology*. Norman: University of Oklahoma Press, 1969, p. 7. Na doutrina brasileira: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 17.

<sup>524</sup> Enfrentando a questão: BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, pp. 121-122.

A resposta depende da teoria a ser adotada. Caso se compreenda que o juiz não cria a norma, mas apenas declara o direito preexistente (*orthodox legal theory/declaratory theory*), não há propriamente uma eficácia retroativa, mas apenas uma declaração da interpretação da norma desde o início de sua vigência (nos precedentes declaratórios)<sup>525</sup>. Por outro lado, para a teoria constitutiva, o precedente constitui uma nova regra jurídica, razão pela qual a decisão que superar um precedente anterior não produz efeitos retroativos<sup>526</sup>.

A fim de organizar a eficácia temporal do *overruling*, divide-se em: (a) retrospectivo (*retrospective overruling*), com eficácia *ex tunc*, que incide sobre fatos anteriores e aos outros casos pendentes de julgamento, ainda que tenham sido propostos em data anterior ao processo em que fixado o novo precedente; (b) prospectivo (*prospective overruling*), com eficácia *ex nunc*, que se aplica apenas aos fatos e processos posteriores ao novo precedente, logo, não incide sobre os casos pendentes de julgamento; (c) e antecipado (*anticipatory overruling*), consistente na não aplicação do precedente por órgão hierarquicamente inferior<sup>527</sup>.

A fim de mitigar os efeitos da superação de um precedente, a Corte pode fazer uso de uma técnica de decisão denominada *prospective overruling*. Como visto acima, o *overruling* é realizado, em regra, por se reconhecer o erro do precedente, logo, produz efeitos temporais *ex tunc*, retroativos. Porém, ele também pode ser superado em virtude de modificações sociais, culturais, éticas, econômicas, políticas, normativas, etc. Em situações de mudanças ocorridas após a elaboração de um precedente, sua superação é realizada por meio da técnica de *prospective overruling*, consistente na aplicação do novo precedente apenas a casos futuros, ou seja, com a incidência de efeitos temporais *ex nunc*, ou a partir de um evento futuro fixado na decisão judicial<sup>528</sup>. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal pode limitar os efeitos da decisão

<sup>525</sup> BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, p. 122 e segs. Ainda sobre a atividade do juiz na criação ou na mera aplicação das normas jurídicas, e seus reflexos sobre a fundamentação: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 138-143.

<sup>526</sup> BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, pp. 154-155.

<sup>527</sup> Com essa classificação: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 17.

<sup>528</sup> Sobre o assunto: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 127-132. Ainda: “(...) uma nova regra será aplicada apenas a eventos ocorridos a partir do julgamento que a estabeleceu, ou de determinada data nele fixada, mantendo-se a validade do precedente antigo para a solução de demandas anteriores” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 235).

na declaração de inconstitucionalidade nos processos do controle concentrado (ADI, ADO e ADC), na denominada “modulação de efeitos” prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99<sup>529</sup>. Redação similar possui o art. 11 da Lei nº 9.882/99, autorizando a modulação<sup>530</sup>.

Diferentemente da *prospective overruling*, a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade no Brasil pode ser aplicada em qualquer decisão do STF: a primeira sobre o assunto, a que reitera outras proferidas anteriormente ou, ainda, para modificar o entendimento anterior da Corte sobre determinada questão.

Ademais, o entendimento contido na súmula vinculante pode ser abandonado mediante o seu cancelamento, que pode ser requerido pelos mesmos legitimados para pleitear ao STF sua aprovação ou revisão, no que estão incluídos os próprios Ministros do tribunal (art. 103-A, *caput* e § 2º, da Constituição, e arts. 2º e 3º da Lei nº 11.417/2006).

Por sua vez, os tribunais realizam o *anticipatory overruling* de tribunal superior, em regra, com base em um desses motivos: (a) na mais tradicional, pela alta probabilidade de que a Corte que o emitiu venha a superá-lo, e o tribunal inferior se antecipa a ela; (b) e com fundamento em decisões do tribunal que o criou que sinalizaram o seu *overruling*. A doutrina divide-se em duas posições principais sobre essa modalidade: (a) consiste em uma superação antecipada de um precedente, com uma legitimidade extraordinariamente conferida a um órgão jurisdicional hierarquicamente inferior; (b) e não se trata de uma efetiva superação, mas apenas da não aplicação do precedente a um caso, sem a criação de um novo precedente, com fundamento na expectativa de sua superação pelo órgão legitimado<sup>531</sup>.

<sup>529</sup> “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

<sup>530</sup> “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

<sup>531</sup> Com esse entendimento: “Quando ainda inexistente superação do precedente pelo tribunal superior, mas o órgão anterior, já verificando uma tendência iminente de superação ou alteração do mesmo, deixa de aplicar o precedente preventivamente, tem-se o *anticipatory overruling*, que não consiste, a rigor, em revogação antecipada, mas em não aplicação do precedente com base em juízo de probabilidade de sua iminente alteração pelo órgão *ad quem*” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte efetuou 208 *overrulings* em um período de 200 anos (de 1790 a 1991), o que corresponde a aproximadamente 0,6% do total de processos julgados<sup>532</sup>.

### 3.2.4.3. *Overruling x Overriding x Modifying x Transformation x Signaling*

Enquanto o *overruling* consiste em uma superação total de um precedente, o *overriding* é a limitação do domínio de aplicação do precedente, ou seja, trata-se de uma superação parcial, de um *overruling* parcial do precedente<sup>533</sup>.

A *modifying* é utilizada em conjunto com o *overruling*, por se tratar do reconhecimento de razões para a alteração de um precedente. Divide-se em (a) *narrowing*, que restringe o alcance de um precedente e se confunde com o *overriding*; (b) e *extending*, que importa na ampliação do precedente, que passa a compreender questões que não estavam nele contidas<sup>534</sup>.

Há, ainda, a *transformation*, consistente na modificação da interpretação de um precedente, ou seja, a sua superação (total ou parcial) sem declaração expressa<sup>535</sup>. A hermenêutica das normas jurídicas não se restringe à sua interpretação e aplicação aos fatos, mas compreende também o poder de *transformá-las*, de acordo com fatores predeterminados, tais como a evolução social, mudanças no ordenamento jurídico, a mutação constitucional, entre outros.

Nos Estados Unidos, como a *Supreme Court* tem o poder de interpretar a Constituição, mas o Congresso não, logo, este não pode realizar o *overruling*. Contudo, tem a alternativa de revogar, total ou parcialmente, a norma interpretada por aquela. Em consequência: (a) o Congresso só pode superar uma interpretação da Suprema Corte

---

judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n° 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 17).

<sup>532</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 21.

<sup>533</sup> Sobre o conceito de *overriding*: FIGUEIREDO, Sílvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n° 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, p. 42.

<sup>534</sup> ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 303-304.

<sup>535</sup> Sobre as diferenças: “Assim, o tribunal poderá revogar integralmente um precedente, medida designada *overruling*; poderá apenas restringir o seu âmbito de aplicação, em favor de uma regra que lhe é posterior, através do *overriding*; e, ocasionalmente, por intermédio de um artifício denominado *transformation*, conferirá significado tão diverso a um comendo, que, na verdade, ensinará implicitamente o abandono da norma original, sem assumi-lo explicitamente” (retirados os grifos do original) (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 234-235).

sobre norma constitucional por meio da alteração da própria norma; (b) o Congresso pode superar a interpretação da Suprema Corte sobre norma infraconstitucional por meio de sua modificação; (c) e quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de uma norma por ter redação vaga ou passível de aplicação discriminatória, o Congresso pode realizar o *overruling* corrigindo o problema por meio de outra norma.

No Brasil, o Legislativo não se vincula às decisões do STF, inclusive naquelas proferidas em controle concentrado de constitucionalidade<sup>536</sup>. Logo, pode elaborar e aprovar normas similares àquelas declaradas inconstitucionais pela Corte. A Constituição de 1936 ia além e permitia a revisão das decisões do STF, no parágrafo único de seu art. 96<sup>537</sup>. Com fundamento nesse dispositivo constitucional, podia o Presidente da República enviar novamente ao Congresso Nacional lei declarada inconstitucional, desde que entendesse ser necessária “ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”; caso a lei fosse confirmada por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, restava sem qualquer efeito a declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Outra técnica de afastamento de um precedente é o *signaling*, consistente na sinalização, pelo tribunal, de que aplicará o precedente naquele julgamento, mas que futuramente (com fundamento nas razões do *overruling*) ele será ou poderá vir a ser superado<sup>538</sup>. Não se trata de uma decisão vinculante, ou seja, a Corte pode não vir a superar o precedente, ainda que a tenha sinalizado. Porém, permite que o tema seja novamente debatido no tribunal, com o auxílio das partes e terceiros, de seus representantes e dos demais órgãos do Judiciário com competência sobre a matéria. O *signaling*, contudo, por refletir o entendimento da Corte, só é válido se constar de voto vencedor; dissenso em voto vencido constitui a manifestação pessoal de seu prolator,

---

<sup>536</sup> O art. 102, § 2º, da Constituição de 1988, não estende os efeitos vinculantes da decisão do STF ao Legislativo: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>537</sup> “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

<sup>538</sup> Sobre o assunto: “Por meio dessa técnica, o tribunal não revoga o precedente, nem realiza uma adequada distinção. A corte identifica que o conteúdo do precedente está equivocadamente ou que deve deixar de subsistir, mas, em nome da segurança jurídica, deixa de revogá-lo naquele momento, vindo apenas a apontar para a sua perda de consistência, sinalizando para a sua provável e futura revogação” (REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 18).

mas não a sinalização de mudança de posição de um tribunal<sup>539</sup>. Além disso, o *signaling* integra o *obter dictum* da decisão, e não a *ratio decidendi*, motivo pelo qual devem ser atribuídos destaque e publicidade a ele, para que possa alcançar o seu objetivo de conferir segurança jurídica à mudança de entendimento da Corte.

Como uma forma de proteção da segurança jurídica, da isonomia e da boa-fé nas relações jurídicas, desenvolveu-se principalmente na Alemanha<sup>540</sup> a técnica do “juízo de alerta”, consistente em uma declaração prévia de possível modificação de entendimento, não vinculante para o tribunal, em um julgamento futuro<sup>541</sup>. Por se tratar de decisão proferida em um processo, a ela deve ser dada publicidade, para que chegue ao conhecimento dos interessados. Trata-se de técnica similar ao *signaling* do *Common Law*, por se tratar de um “aviso” do tribunal de que o precedente será ou poderá vir a ser superado no futuro. Porém, há autores que as diferenciam, com base no método e no objetivo: (a) no *signaling* a Corte reconhece a existência de motivo para a superação do precedente, mas não o faz naquele momento para garantia da segurança jurídica (deixando claro que o fará em julgado próximo); (b) e no julgamento-alerta não há um juízo de certeza do *overruling*, mas apenas uma probabilidade, que é informada para evitar prejuízos futuros<sup>542</sup>. Como críticas ao julgamento-alerta, apontam-se as seguintes: (a) a criação de instabilidade nas decisões judiciais e de insegurança nas relações jurídicas, sem a certeza da ocorrência da modificação e, ainda, de qual mudança (ou seja, da nova posição que eventualmente será adotada); (b) a impossibilidade do uso de técnicas processuais que exigem um entendimento estável, como, por exemplo, no Brasil, a dispensa da remessa necessária (art. 475, § 3º, do CPC/73 e art. 496, § 4º, do

<sup>539</sup> Com esse mesmo entendimento, mas em outra técnica: “Um voto vencido pode no máximo influenciar a formação de maiorias jurisprudenciais futuras, mas não pode ser considerado como base para a confiança porque não compõe a maioria vitoriosa naquela decisão” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 42). No Brasil, o novo CPC traz uma inovação de extrema relevância para a sinalização de eventual superação futura de precedente, consistente na incorporação do voto vencido ao acórdão, inclusive para pré-questionamento em eventual recurso especial ou extraordinário: “Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. (...) § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento”.

<sup>540</sup> E, em especial, na Justiça do Trabalho alemã.

<sup>541</sup> Antonio do Passo Cabral trata do julgamento-alerta, com fundamento em duas premissas principais: (a) a jurisprudência (ou ainda, os precedentes) promove a segurança jurídica que, por sua vez, induz as pessoas a ter determinadas expectativas e padrões de condutas; (b) a mudança do entendimento de um tribunal deve se preocupar com a manutenção das situações estáveis (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 33 e segs.).

<sup>542</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, pp. 39-40.

NCPC) e o julgamento monocrático pelo relator (art. 557 do CPC/73 e art. 932, IV e V, do NCPC); (c) o caráter prévio da possibilidade de alteração e a incerteza sobre o futuro caso a partir do qual a mudança poderá incidir<sup>543</sup>.

Além das técnicas citadas, há o julgamento *per incuriam*, quando um juiz em posição hierarquicamente inferior deixa de aplicar e de superar o precedente. Nessa situação o julgamento é nulo, a menos que o julgador justifique que manteria o mesmo dispositivo com a aplicação do precedente<sup>544</sup>. No Brasil, o novo CPC vincula a fundamentação da decisão à aplicação do precedente, quando cabível (art. 489, § 1º, VI), ou à sua distinção ou superação, sob pena de nulidade.

### 3.3. Precedentes Judiciais no Brasil: Aspectos Histórico-Normativos

O aproveitamento da teoria dos precedentes no direito brasileiro não significa uma inserção de característica do *Common Law* sobre um país pertencente à tradição do *Civil Law*. Respeitadas as peculiaridades deste, pode ser empregada como uma *técnica de julgamento* que confere maior efetividade à isonomia e à segurança jurídica, além de otimizar a celeridade processual<sup>545</sup>.

O aspecto mais curioso no histórico de reforço da força vinculante das decisões judiciais no Brasil é o fato de que não decorre de mudança de posição do Judiciário, mas sim principalmente *por meio de iniciativa do Legislativo*, ou seja, da alteração de leis, da aprovação de novas normas e, inclusive, da mudança da Constituição, que permitiram a valoração dos acórdãos dos tribunais, em especial do STF e das Cortes Superiores.

Ademais, a inserção de decisões judiciais com eficácia diferenciada (vinculante, em regra) não é, por si só, suficiente para caracterizar a adoção de um sistema de precedentes no país. Outros institutos são necessários, especialmente a adoção de técnicas processuais características de um sistema de precedentes (como, por exemplo, o procedimento de formação e alteração, técnicas de julgamento por amostragem e meios de controle da observância dessa decisão, o *distinguishing* e o *overruling* etc.).

<sup>543</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, pp. 36-38.

<sup>544</sup> Sobre o tema: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 18.

<sup>545</sup> Com esse entendimento: FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, p. 132.

A considerar que o Brasil faz parte do sistema de *Civil Law*, a análise histórica da evolução legislativa no país (e do teor desses textos normativos) tem relevância fundamental para a busca de uma resposta à seguinte questão: os precedentes no Brasil são meramente informativos, persuasivos ou se pode dizer que são vinculantes?

Desde a década de 1960, surgiram normas que ampliaram a força persuasiva das decisões judiciais dos tribunais brasileiros<sup>546</sup>, principalmente do STF e dos tribunais superiores (STJ, TST, TSE e STM), e não apenas pelo estabelecimento de normas diferenciadas para a aplicação de tais julgados, mas também pela atribuição de eficácia vinculante, seja à jurisprudência, seja ao precedente<sup>547</sup>.

O novo Código de Processo Civil brasileiro consolida e sistematiza a tendência legislativa no país, na criação de decisões com eficácia vinculante, e cria um sistema de precedentes judiciais, deixando claro: (a) quais decisões podem ser precedentes; (b) e o procedimento formal para a criação e a superação concentrada de precedentes.

Em ordem cronológica, as modificações normativas nessa direção são as seguintes: (a) a criação da Súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, por alteração no Regimento Interno (de 1940) realizada em agosto de 1963; (b) a força vinculante conferida às decisões do STF na representação para interpretação de lei ou ato normativo<sup>548</sup>, atribuída pelo art. 9º da Emenda Regimental nº 7, publicada em

---

<sup>546</sup> Sobre o histórico legislativo no Brasil: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, pp. 14-17. Ainda: PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A posição dos tribunais superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 119, pp. 99-107, fev. 2013, pp. 101-103.

<sup>547</sup> Independentemente de se considerar que tais mudanças legislativas importaram na instituição de precedentes no Brasil ou se limitaram a ampliar os efeitos da jurisprudência, é inegável a força vinculante criada (e ampliada) pelas normas citadas. Nesse sentido: “Ainda que se adote a teoria dualista do ordenamento, com a consequente natureza declaratória da decisão judicial, passamos a admitir que a jurisprudência consolidada condiciona comportamentos, gerando padrões de conduta estáveis. Com efeito, em se tornando cristalizado, estável, o entendimento sólido dos tribunais a respeito de um tema é um relevante dado do tráfego jurídico, e utilizado frequentemente para a tomada de conduta individual” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, pp. 15-16).

<sup>548</sup> A ação que, na época, era a utilizada no controle concentrado de constitucionalidade, com a legitimidade ativa conferida apenas ao Procurador Geral da República. Seu fundamento constitucional estava no art. 119, I, ‘1’, da Constituição de 1969: “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente; (...) I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

28 de agosto 1978<sup>549</sup>; (c) a criação da ação declaratória de constitucionalidade, de competência do STF, inserida no art. 102, § 2º, da Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº 3/93<sup>550</sup>; (d) a autorização para o relator conhecer o recurso por meio de decisão monocrática, dando ou negando provimento a ele, desde que observe a “jurisprudência dominante” do STF ou de tribunal superior (art. 557 do CPC/73, alterado pela Lei nº 9.756/98)<sup>551</sup>; (e) os incidentes de uniformização dos Juizados Especiais Federais (art. 14 da Lei nº 10.259/2001)<sup>552</sup> e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18 da Lei nº 12.153/2009)<sup>553</sup>; (f) as súmulas vinculantes, previstas no art. 103-A da Constituição, acrescentado pela EC nº 45/2004)<sup>554</sup>; (g) as súmulas impeditivas de recurso, que admitem que o juiz de primeira instância não receba o recurso de apelação contra a sentença, quando esta observar súmula do STF ou do STJ (art. 518, § 1º, do CPC/73,

---

<sup>549</sup> “Art. 9º A partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não observância negativa de vigência do texto interpretado”.

<sup>550</sup> A redação originária do § 2º do art. 103 da Constituição de 1988, conferida pela EC 3/93, é a seguinte: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. O texto foi posteriormente modificado pela Emenda Constitucional nº 45/2004: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>551</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

<sup>552</sup> “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. § 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador. § 2º O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal”.

<sup>553</sup> “Art. 18. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material. § 1º O pedido fundado em divergência entre Turmas do mesmo Estado será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça. (...) § 3º Quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será por este julgado”.

<sup>554</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”.

modificado pela Lei nº 11.276/2006)<sup>555</sup>; (h) na primeira instância, o julgamento imediato de improcedência de pedidos repetitivos (art. 285-A do CPC/73, inserido pela Lei nº 11.277/2006)<sup>556</sup>; (i) o rito de julgamento de recursos (extraordinários e especiais) repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC/73, incluídos pela Lei nº 11.418/2006)<sup>557</sup>; (j) e, por fim, o sistema de precedentes criado pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que compreende as decisões e os enunciados de súmula listados no art. 927<sup>558</sup>.

De forma paralela, a instituição e a posterior ampliação de ações coletivas também constituem um reflexo da preocupação do legislador com a uniformização das decisões judiciais e sua incidência sobre os casos similares. Não se trata apenas de alterações sobre a legitimidade ativa, mas, principalmente, dos direitos protegidos, o que reflete em mudanças na causa de pedir, no pedido, na extensão dos efeitos da sentença, na coisa julgada e no cumprimento.

Em primeiro lugar, a Lei nº 4.717/65 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público, que, apesar de ter apenas determinadas pessoas naturais como legitimadas ativas (os cidadãos, no conceito do direito eleitoral, nos termos de seu art. 1º), pode resultar em uma decisão judicial de procedência com efeitos *erga omnes*<sup>559</sup>. A Lei nº 7.347/85 regulamenta a ação civil pública, para a proteção de determinados direitos coletivos *lato sensu*, de legitimidade restrita ao Ministério Público, pessoas jurídicas de direito público e determinadas pessoas jurídicas de direito privado (art. 5º), igualmente com a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão de mérito (exceto a de improcedência por falta de provas),

<sup>555</sup> “§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>556</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

<sup>557</sup> No STF: “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (...)”. E no STJ: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo (...)”.

<sup>558</sup> “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”.

<sup>559</sup> Nos termos do art. 18 da Lei da Ação Popular: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível ‘erga omnes’, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

ampliando os meios de tutela de referidos direitos<sup>560</sup>. A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) importou em um grande salto na defesa dos direitos coletivos no Brasil, ao permitir a tutela coletiva de direitos dos particulares. Até então, as ações coletivas protegiam direitos públicos ou de interesse eminentemente público. A partir do CDC, passaram a constituir um instrumento de defesa, por terceiros, dos direitos das partes mais fracas em determinadas relações jurídicas (qualificadas como relações de consumo). Os arts. 91/100 do CDC, diante de sua generalidade e alcance, passaram também a servir como normas gerais das ações coletivas, incidentes de modo subsidiário no preenchimento de lacunas das leis existentes. Por sua vez, a Lei nº 12.016/2009 contém normas específicas e diferenciadas para o mandado de segurança coletivo (arts. 21/22)<sup>561</sup>, que pode ser impetrado por determinadas pessoas jurídicas de direito privado (entes coletivos), para a tutela de direitos coletivos *lato sensu* líquidos e certos. O novo CPC brasileiro seguiria essa tendência com a previsão de um incidente de conversão de ação individual em coletiva, isto é, a transformação de todo o processo, com a alteração do polo ativo e mudanças em todo o procedimento. Todavia, o art. 333

---

<sup>560</sup> Conforme o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

<sup>561</sup> O art. 21 da Lei nº 12.016/2009 contém, em seu parágrafo único, a extensão da proteção conferida aos direitos coletivos pelo mandado de segurança coletivo: “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”. De forma incompleta, menciona apenas os direitos coletivos e individuais homogêneos como passíveis de tutela pelo mandado de segurança coletivo. Entretanto, na prática também é admitida a proteção dos direitos difusos, sob o argumento principal de que o art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição, e o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) não impõem essa limitação. Por sua vez, o art. 22 traz regras controversas sobre a litispendência e a coisa julgada: “Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante. § 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva. § 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas”. Sobre o mandado de segurança coletivo: CARDOSO, Oscar Valente. Mandado de segurança coletivo: aspectos práticos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 125, pp. 71-85, ago. 2013.

do novo CPC foi vetado pela Presidente da República e essa possibilidade de conversão não produziu efeitos na ordem jurídica<sup>562</sup>.

Apesar de as normas citadas não conferirem efeitos vinculantes às decisões coletivas, tampouco obrigarem os interessados a aderir à ação coletiva, essa tendência legislativa em ampliar o alcance da tutela coletiva de direitos contribuiu para a isonomia das relações jurídicas por meio das decisões judiciais. Contudo, trata-se de instrumento processual limitado, com legitimação ativa restrita, objeto reduzido pela prática dos tribunais e regras diferenciadas para a formação da coisa julgada (que nem sempre é material e não atinge necessariamente todos os interessados)<sup>563</sup>.

Assim, o ponto crucial na definição do precedente no ordenamento jurídico brasileiro está na sua *eficácia*.

Uma decisão ou um enunciado com eficácia vinculante é, necessariamente um precedente? E o pronunciamento judicial com eficácia persuasiva pode ser considerado um precedente? O cabimento da reclamação para a proteção da autoridade

---

<sup>562</sup> A redação final do art. 333 do NCPD, no texto aprovado pelo Senado Federal, era a seguinte: “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado”. As razões do veto são as seguintes: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”.

<sup>563</sup> Sobre o tema: CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 58-61.

a decisão é uma característica inerente ao precedente? A resposta a tais questões é indispensável para a identificação do precedente e a análise da vinculação que produz sobre a fundamentação das decisões judiciais.

A admissibilidade da existência de precedentes no direito brasileiro produz reflexos sobre o interesse processual: a parte vencedora no *dispositivo* da decisão judicial pode ter interesse em recorrer para modificar (no todo ou em parte) os *fundamentos*, tendo em vista que integrarão a *ratio decidendi* que será aplicada aos casos futuros<sup>564</sup>.

Há uma necessidade urgente de padronização legislativa da regulamentação dos precedentes no Brasil, diante da ausência de tradição de sua observância na prática do Judiciário, da existência de um grande número de normas esparsas e de sua aplicação indiscriminada pelos tribunais. A maior dificuldade no cumprimento dos precedentes ainda está na falta da praxe e na ausência de preocupação com a elaboração de um precedente na decisão judicial, especialmente na identificação da *ratio decidendi* para ser seguida em casos futuros<sup>565</sup>. Ainda há uma preocupação maior com o *passado*, em resolver o caso prático discutido no processo, do que com o *futuro*, ou seja, em fazer com que a decisão sobre esse caso se transforme em um parâmetro para os próximos julgamentos de litígios semelhantes.

Portanto, serão vistas na sequência as principais decisões judiciais com eficácia diferenciada para, ao fim deste subcapítulo, analisar o sistema de precedentes criado pelo novo CPC.

### 3.3.1. Súmula de Jurisprudência

As súmulas, ou melhor, a Súmula (no singular) de jurisprudência de um tribunal, contém *enunciados sobre questões de direito*, utilizados para sintetizar a jurisprudência do tribunal acerca do tema. Portanto, não fazem referência direta aos fatos, contudo, os fatos são relevantes para a elaboração, a compreensão e a aplicação do enunciado da súmula.

---

<sup>564</sup> Com esse entendimento: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, p. 14.

<sup>565</sup> Com esse entendimento: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, pp. 19-20.

O terceiro Regimento Interno do STF, de 1940, regulamenta a partir de 1963 a Súmula da Jurisprudência Predominante da Corte<sup>566</sup>. Em Sessão do Plenário da Corte realizada no dia 30 de agosto de 1963, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, aprovou-se a modificação, para a inclusão do tema no RISTF. A Súmula nº 1 foi aprovada em 13/12/1963 e tem a seguinte redação: “É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna”. A mais recente é a Súmula nº 736, aprovada na Sessão Plenária de 26/11/2003: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

Portanto, há mais de 12 anos o STF não aprova um novo enunciado de sua Súmula de jurisprudência predominante. A principal razão disso está na progressiva substituição da jurisprudência pelos precedentes, especialmente a partir da exigência da repercussão geral nos recursos extraordinários.

Os arts. 476/479 do CPC de 1973 tratam da uniformização da interpretação dos tribunais (ou seja, a formação da jurisprudência), que busca a pacificação do entendimento sobre um determinado assunto, e também concretiza a segurança jurídica e importa em um controle, pelo tribunal, das decisões proferidas nas instâncias inferiores.

A Súmula nº 513 do STF trata da uniformização da jurisprudência, mas prevê que o recurso é cabível contra o julgamento do caso (a “causa decidida” referida no art. 105, III, da Constituição) e não contra a fixação da tese: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do Plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”.

O novo CPC não possui dispositivos que substituíssem diretamente os arts. 476/479 do CPC/73, mas o incidente de assunção de competência (art. 947, NCPC) e o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976/987, NCPC) permitem a padronização de questões jurídicas controvertidas pelos tribunais, repetitivas ou não.

---

<sup>566</sup> Acerca da importância da criação da Súmula no STF como o marco inicial da inserção de características do *Common Law* no direito processual brasileiro, especialmente de um sistema de precedentes como fonte de direito com força equivalente à das normas legislativas: “(...) a súmula representa uma ruptura com a dogmática tradicional, que sempre gravitou, no Brasil e nos países filiados à tradição romano-germânica (também conhecida como *civil law*), em torno da norma legislada” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 254).

Essa uniformização regulamentada no CPC/73 é um *incidente processual*, com o objetivo de padronizar o entendimento da Corte acerca de determinada questão de direito (material ou processual), a fim de evitar ou fazer cessar divergência interna<sup>567</sup>, em um procedimento abstrato e concentrado (de forma similar ao que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade no STF, com a diferença de que no incidente de uniformização o direito é aplicado ao caso). Não é um recurso, porque não objetiva reformar especificamente a decisão recorrida no processo em que for instaurado, e pode ocorrer inclusive em processo originário do tribunal; não é ação própria, por não haver citação de parte adversa, e considerando que o relator (ou outro julgador que iniciar o incidente) não pode ser considerado como parte; logo, predomina o entendimento de que se trata de incidente processual. A necessidade de se uniformizar o entendimento decorre não só da existência de interpretações variadas, mas igualmente da própria pluralidade de órgãos jurisdicionais<sup>568</sup>.

O art. 476 do CPC/73 prevê duas situações em que qualquer integrante do tribunal pode, antes de decidir o mérito da causa, requerer a decisão prévia do tribunal sobre o tema em discussão: “I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas”<sup>569</sup>. Enquanto o inciso I diz respeito à controvérsia existente no próprio tribunal, o inciso II refere-se a desacordo entre a decisão recorrida e precedentes do tribunal *ad quem*. Essa iniciativa também é conferida à parte, que pode requerer o posicionamento anterior do tribunal no próprio recurso, ou em manifestação separada posterior (parágrafo único do art. 476 do CPC/73)<sup>570</sup>. Há ainda quem defenda a legitimidade do Ministério Público para suscitar o incidente, com fundamento nos arts. 82, III, 478, parágrafo único, e 499, § 2º, todos do CPC/73, especialmente diante da existência do interesse público na uniformização<sup>571</sup>.

<sup>567</sup> O que, de forma melhor sistematizada, o novo CPC impõe nos quatro deveres principais dos tribunais, que são os de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

<sup>568</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 101.

<sup>569</sup> O pronunciamento prévio mencionado no *caput* pode ocorrer após o início do julgamento, mas deve ser anterior ao seu encerramento.

<sup>570</sup> Há quem sustente que a parte só pode suscitar o incidente previamente, ou seja, se a divergência for anterior à interposição do recurso (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 657). Ainda, defende-se ser possível que a parte suscite o incidente durante a sustentação oral.

<sup>571</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares para concursos: processo civil*. v. I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2004, p. 103.

Extrai-se do citado dispositivo a existência de três requisitos para a instauração do procedimento de uniformização de interpretação: a) um processo em curso, versando sobre um caso concreto (*caput*); b) a existência de dissenso na interpretação do direito em discussão (incisos I e II); c) e a provocação, por um dos julgadores ou uma das partes (*caput* e parágrafo único)<sup>572</sup>.

Ressalta-se que a divergência de interpretação pode ocorrer sobre qualquer espécie de questão ou norma, não necessariamente sobre o mérito da causa.

Caso o órgão fracionário reconheça a existência da divergência, suspende-se o julgamento e os autos são remetidos ao presidente do tribunal, que designará dia para a sessão de julgamento (art. 477). Assim, desloca-se a competência para o pleno ou o órgão especial do tribunal, conforme dispuser o regimento interno<sup>573</sup>.

Após a oitiva do superior hierárquico do Ministério Público que atua no tribunal, passa-se ao julgamento da admissibilidade da uniformização pelo órgão competente, que verifica se efetivamente existe a divergência. Caso prevaleça o entendimento da inexistência, os autos são devolvidos ao órgão fracionário originário, para julgar o recuso. Havendo maioria de votos sobre a ocorrência do dissenso, passa-se ao exame do mérito, com o voto fundamentado de cada julgador (art. 478).

Esse julgamento do “mérito” não resolve o caso concreto, mas apenas decide acerca da interpretação da norma jurídica, pacificando a controvérsia. Existem, assim, duas etapas distintas no incidente de uniformização: na primeira o órgão julgador reconhece a existência de polêmica acerca da interpretação de norma aplicável ao caso concreto; enquanto na segunda o tribunal novamente analisa a ocorrência – ou não – de controvérsia, para em seguida deliberar sobre a questão.

O art. 476 menciona o julgamento em turma, câmara, ou grupo de câmaras, como motivador da instauração do incidente de uniformização. Logo, *a contrario sensu*, não é cabível quando o julgamento já ocorre no órgão especial ou no plenário do tribunal<sup>574</sup>, ou seja, no próprio órgão competente para decidir o dissídio. No STF,

---

<sup>572</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 655.

<sup>573</sup> O inciso XI do art. 93 da Constituição faculta aos tribunais a criação de órgão especial, para exercer determinadas atribuições do plenário: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

<sup>574</sup> SOUZA, Bernardo Pimentel. Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares para concursos: processo civil*. v. I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2004, pp. 103-104.

entende-se ser inadmissível o incidente de uniformização<sup>575</sup>, aceitando-se para esse fim os embargos de divergência<sup>576</sup>.

Dispõe o art. 479 que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”. Essa decisão também não importa na apreciação do recurso, mas somente na resolução da controvérsia sobre a interpretação, sendo os autos devolvidos para a câmara ou turma concluir o julgamento, levando em conta o que foi decidido no incidente de uniformização. Contra tal decisão somente são admitidos embargos declaratórios<sup>577</sup>.

O quorum de votos para a aprovação da súmula deve ser o do primeiro número inteiro superior à metade dos integrantes do tribunal (maioria absoluta), não sendo suficiente essa quantidade de votos com base somente nos componentes presentes à sessão de julgamento (maioria simples). Desse modo, caso não se atinja a maioria absoluta<sup>578</sup>, a decisão será aplicável somente ao recurso que originou o julgamento, mas não para a edição de súmula.

Logo, a súmula não deriva necessariamente de reiteradas decisões de um tribunal, surgindo normalmente da resolução de divergência, ainda que a votação não seja unânime, e constitua um mero precedente. Porém, doutrinariamente ainda há quem defina a súmula como “(...) o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal superior brasileiro (...)”<sup>579</sup>.

Ocorre o inverso, pois o único ponto em comum entre as duas hipóteses previstas no art. 476 do CPC/73 é justamente a pacificação de entendimentos diversos, ainda que seja a primeira oportunidade na qual o tribunal se manifeste sobre o assunto. A súmula surge justamente para formar a jurisprudência, e não deriva dela.

---

<sup>575</sup> AR 1198/DF, Pleno, rel. Min. Djaci Falcão, j. 23/03/1988, DJ 17/06/1988; AI-AgR 406192/SP, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/10/2004, DJ 26/11/2004, p. 15. Em sentido contrário, sustentando a possibilidade do incidente no STF: SOUZA, Bernardo Pimentel. Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares para concursos: processo civil*. v. I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2004, pp. 104-106.

<sup>576</sup> AI-AgR-EDv-AgR 152346/SP, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 05/10/1995, DJ 01/12/1995, p. 41688.

<sup>577</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 659.

<sup>578</sup> O § 1º do art. 102 do Regimento Interno do STF (RISTF) repete a exigência da maioria absoluta: “A inclusão de enunciados na *Súmula*, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta”.

<sup>579</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 116.

Ademais, essa súmula não possui efeito vinculante em relação aos demais órgãos, e tem como principal consequência a padronização do entendimento do tribunal, evitando novo incidente de uniformização sobre o tema e agilizando os julgamentos posteriores<sup>580</sup>. Basta a referência ao teor da súmula para se presumir que corresponde ao entendimento do tribunal acerca do assunto nela contido. Ressalva-se que a súmula não tem efeito vinculante sobre outros juízes e tribunais que não aquele que a editou, em relação ao qual vincula suas futuras decisões. Portanto, a menos que a maioria absoluta delibere novamente sobre o assunto, todos os julgados do tribunal devem observar o enunciado na súmula, em relação aos quais tem efeito vinculante (vinculação horizontal).

Apesar de não ter força obrigatória, as principais consequências da edição de uma súmula recaem sobre questões recursais. Em primeiro lugar, caso a decisão de primeira instância sobre matéria prevista no art. 475 do CPC/73<sup>581</sup> e no art. 496 do novo CPC<sup>582</sup> esteja de acordo com súmula do tribunal superior competente para eventual recurso, ou com súmula do STF, dispensa-se o reexame necessário (§ 3º do art. 475 do CPC/73<sup>583</sup> e art. 496, § 4º, do novo CPC<sup>584</sup>, que amplia a dispensa para determinados

<sup>580</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 624.

<sup>581</sup> “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (...)”.

<sup>582</sup> “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á. § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária. § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. (...)”.

<sup>583</sup> “Art. 475. (...) § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

<sup>584</sup> “Art. 496. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com

precedentes, criados no julgamento de recursos repetitivos pelo STF, STJ, IRDR e IAC por qualquer tribunal, além da orientação administrativa do órgão público sucumbente na decisão). Da mesma forma, pode o juiz de primeira instância não receber recurso de apelação, quando a sua decisão estiver em consonância com súmula do STJ ou do STF (§ 1º do art. 518 do CPC/73<sup>585</sup>), na denominada *súmula impeditiva de recurso* (não reproduzida no novo CPC, tendo em vista que a competência para o juízo de admissibilidade da apelação passa a ser exclusiva do tribunal *ad quem*, nos termos do art. 1.010, § 3º)<sup>586</sup>. Por outro lado, no agravo de instrumento previsto no art. 544 do CPC/73, o relator pode monocraticamente conhecer o recurso quando a decisão recorrida for contrária à súmula do STJ ou do STF (§§ 3º e 4º do art. 544 do CPC/73)<sup>587</sup>. Ainda, também compete ao relator, de forma monocrática, negar seguimento a recurso que contrarie súmula do STF ou de tribunal superior; ou do mesmo modo dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida divergir de súmula do STF ou de tribunal superior (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC/73)<sup>588</sup>. No novo CPC, esses poderes do relator estão concentrados no art. 932, IV e V<sup>589</sup>. Finalmente, presume-se a existência de

---

orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”.

<sup>585</sup> “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (...)”.

<sup>586</sup> “Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá: (...) § 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade”.

<sup>587</sup> “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. (...) § 3º O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008. § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para: a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal”.

<sup>588</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

<sup>589</sup> “Art. 932. Incumbe ao relator: (...) IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de

repercussão geral, para fins de julgamento de recurso extraordinário, quando a decisão questionada for contrária à súmula do STF (§ 3º do art. 543-A do CPC/73<sup>590</sup> e § 3º, I, do art. 1.035 do NCPC<sup>591</sup>).

As súmulas são comparadas aos precedentes do *Common Law* por duas razões principais: (a) são enunciados abstratos elaborados a partir do julgamento de casos concretos, ou seja, normas gerais universalizáveis derivadas de normas especiais para a resolução de controvérsias; (b) e, em consequência, possuem uma força persuasiva superior à força dos acórdãos proferidos em processos subjetivos e com eficácia *inter partes*. Trata-se, contudo, de uma afirmação equivocada, tendo em vista que não se pode afirmar genericamente que todos os países do *Common Law* formam os precedentes com a elaboração de uma norma geral (a lógica utilizada nos Estados Unidos é a da comparação de casos, ainda que haja a formulação genérica da *ratio decidendi*). Ademais, no novo CPC, a força persuasiva das súmulas passa a ser vinculante (da mesma forma que as súmulas vinculantes) para aquelas editadas pelo STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, nos termos do art. 927, IV<sup>592</sup>.

Porém, além de constituírem um reflexo da *jurisprudência* do tribunal, e não de um precedente, as súmulas são objeto de diversas críticas, entre as quais se destacam: (a) a súmula constitui apenas uma *síntese* do dispositivo da decisão ou da ementa do acórdão, e não necessariamente reflete a *ratio decidendi*<sup>593</sup>; (b) possuem eficácia meramente persuasiva<sup>594</sup> e, apesar de em regra serem observadas em todos os órgãos

---

Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”.

<sup>590</sup> “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

<sup>591</sup> “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>592</sup> Recordar-se que, até a criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988, o STF possuía algumas competências em matéria infraconstitucional e, conseqüentemente, editou enunciados de súmula com esse conteúdo. Há, por exemplo, um grande número de súmulas do STF sobre normas de processo penal. Por essa razão, a regra do novo CPC ressalva o teor desses enunciados para diferenciar quais são – e quais não são – precedentes.

<sup>593</sup> Por exemplo, a Súmula nº 641 do STF preceitua: “Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”.

<sup>594</sup> Essa crítica era cabível na vigência do CPC/73. No novo CPC, como visto, o art. 927, IV, confere eficácia vinculante a determinadas súmulas do STF e a todas as súmulas do STJ.

jurisdicionais (eficácia vertical e horizontal), nem sempre são observadas pelo próprio tribunal que a elaborou.

Por exemplo, a Súmula nº 634 do Supremo Tribunal Federal, aprovada pelo Plenário em 24/09/2003, determina que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. Na mesma sessão foi aprovada a Súmula nº 635, que complementa a anterior ao definir a competência do tribunal *a quo* para essa análise: “Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”. Entretanto, várias decisões (monocráticas e colegiadas) posteriores afastaram a aplicação dos dois enunciados, com fundamento genérico na “excepcionalidade da situação”, sem realizar o devido *distinguishing*. Por exemplo, na Ação Cautelar 1821, a 2ª Turma do STF manteve, por unanimidade, decisão monocrática que concedeu efeito suspensivo a recurso extraordinário não admitido na origem, sob dois argumentos principais: (a) a não observância da jurisprudência ou de súmula do STF pela decisão recorrida (*fumus boni iuris*); (b) e o risco de dano derivado do cumprimento da decisão (*periculum in mora*)<sup>595</sup>.

### 3.3.2. Súmula Vinculante

A súmula vinculante, instituída no Brasil pela Emenda Constitucional nº 45/2004, obriga juízes, tribunais e todos os agentes da Administração Pública (direta e indireta, federal, estadual e municipal) a observar a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre determinadas questões constitucionais, nos termos do art. 103-A da Constituição<sup>596</sup>.

---

<sup>595</sup> “QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO ADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO AINDA NÃO RECEBIDO NESTA CORTE. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. 2. Em situações excepcionais, em que estão patentes a plausibilidade jurídica do pedido - decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal - e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser consubstanciado pela execução do acórdão recorrido, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e o agravo de instrumento contra essa decisão ainda não tenha sido recebido nesta Corte. 3. Hipótese que não constitui exceção à aplicação das Súmulas 634 e 635 do STF. 4. Suspensão dos efeitos do acórdão impugnado pelo recurso extraordinário, até que o agravo de instrumento seja julgado. 5. Liminar referendada em questão de ordem. Unânime” (AC 1821 QO/SP, 2ª turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/02/2008, DJe 03/04/2008).

<sup>596</sup> “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional<sup>596</sup>, aprovar súmula que, a partir

Trata-se, como a própria denominação indica, de uma súmula com efeitos vinculantes, ou seja, não consiste apenas em mera orientação para os julgados do STF e das demais instâncias, possuindo caráter cogente. O efeito vinculante demanda que não só os juízes e tribunais respeitem e apliquem as súmulas vinculantes aos casos concretos que julgarem, mas também todos os agentes da Administração Pública (direta e indireta, federal, estadual e municipal) devem observá-las. Ainda, o art. 8º da EC nº 45/2004 possibilita que o STF confira efeitos vinculante às suas demais súmulas, por meio de aprovação pelo voto de 2/3 de seus Ministros<sup>597</sup>.

Nos termos do § 1º do art. 103-A da Constituição, “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Em regra, a súmula vinculante produz imediatamente os seus efeitos. Contudo, também pela maioria qualificada de 2/3, o STF pode modular a eficácia, por motivo de segurança jurídica ou interesse público excepcional (art. 4º da Lei nº 11.417/2006). Desse modo, os efeitos podem iniciar a partir de um momento futuro, ou não abranger determinadas situações (ou seja, limitar os efeitos vinculantes)<sup>598</sup>.

O processo de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante é objetivo, ou seja, não existem partes ou direito subjetivo violado, interesse próprio, ou litígio em uma situação individual concreta; abrange somente a interpretação e a aplicação de normas jurídicas.

A primeira e principal consequência da inobservância da súmula vinculante está prevista no § 3º do art. 103-A: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem

---

de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

<sup>597</sup> “Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

<sup>598</sup> Nesse sentido, a Súmula Vinculante nº 8 (“são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”), teve seus efeitos modulados, ressaltando o STF que os contribuintes não terão direito à restituição dos créditos pagos que passaram a ser considerados prescritos, a não ser que o ajuizamento de seus requerimentos administrativos ou de suas ações judiciais ocorreu até a data do julgamento dos recursos extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em 11 de junho de 2008.

a aplicação da súmula, conforme o caso”. Ressalta-se que a reclamação não é cabível somente quando a súmula vinculante não for aplicada, mas também nas hipóteses de utilização de forma indevida ou equivocada (como, por exemplo, em caso concreto no qual não deva incidir).

Julgada procedente a reclamação, o STF cassa a decisão judicial ou anula o ato administrativo, e determina que seja proferida uma nova, aplicando – ou não – a súmula vinculante, dependendo da espécie de violação (§ 2º do art. 7º da Lei nº 11.417/2006).

Ainda, o art. 7º da Lei nº 11.417/2006 esclarece que, apesar de a Constituição prever ser cabível a reclamação contra os atos que negarem vigência ou aplicarem indevidamente a súmula vinculante, nada impede a utilização de outros meios ou recursos cabíveis no caso concreto. Desse modo, se uma sentença de primeira instância contrariar o teor de súmula com efeito vinculante, o lesado pode apresentar reclamação ao STF ou interpor recurso para o tribunal competente, pleiteando sua observância.

Excepcionalmente, caso a violação se dê por meio de omissão ou atuação da Administração Pública, a reclamação só será cabível após o exaurimento das instâncias administrativas (§ 1º do art. 7º da Lei nº 11.417/2006). Justifica-se a exigência pelo receio de ampliação excessiva de reclamações pelo descumprimento administrativo, concedendo-se, assim, a oportunidade para que a própria Administração Pública reveja o ato, por meio das instâncias superiores<sup>599</sup>.

Outra implicação da correta inobservância da súmula vinculante consta do art. 64-B da Lei nº 9.784/99 (inserido pela Lei nº 11.417/2006): “Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”. Logo, caso o agente público, em processo administrativo, deixe de aplicar o teor da súmula vinculante, após ter ciência de decisão do STF em reclamação contra decisão sua, poderá ser responsabilizado, civil, administrativa e criminalmente.

---

<sup>599</sup> FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. Súmula vinculante: limitações e possibilidades. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 70, pp. 86-101, jan. 2009, p. 96.

O Legislativo, todavia, não é vinculado a ela no desempenho de suas atribuições de legislar, podendo até mesmo elaborar lei contrária ao teor de súmula vinculante<sup>600</sup>, diante da independência entre os poderes prevista no art. 2º da Constituição. Também não há qualquer sanção, jurídica ou disciplinar, ao órgão jurisdicional que deixar de aplicar o enunciado, mas apenas a possibilidade de a parte dispor da reclamação ou de outro meio processual cabível, para anular a decisão.

A pendência da aprovação, revisão ou cancelamento da súmula vinculante não importa na suspensão dos processos em que a mesma questão seja controversa (art. 6º). Ou seja, diferentemente dos procedimentos da ADC e da ADPF, nos quais se admite a concessão de liminar para a suspensão dos processos em curso (art. 21 da Lei nº 9.868/99, e art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/99), e do julgamento de recursos repetitivos, que prevê o sobrestamento dos demais recursos nos tribunais *a quo* (art. 543-B, § 1º, do CPC/73 e art. 1.036, § 1º, do NCPC), o fato de determinado assunto estar sendo debatido no STF para ser objeto – ou não – de súmula vinculante não motiva a suspensão de processos sobre a mesma matéria nas instâncias inferiores.

As consequências das súmulas vinculantes são similares àquelas vistas para as súmulas, principalmente no tocante aos aspectos recursais. Ademais, o desrespeito à súmula vinculante, como visto, enseja o manejo de reclamação ao STF (e de outros meios processuais ou ações autônomas), além de poder importar na responsabilização de servidor público que deixar de observá-la em decisões administrativas. Diferentemente da súmula, o art. 103-A da Constituição e o art. 2º da Lei nº 11.417/2006 exigem, como um requisito para a edição da súmula vinculante, que existam *reiteradas decisões sobre matéria constitucional*<sup>601</sup>.

As principais diferenças existentes entre as súmulas e as súmulas vinculantes são: (a) enquanto a primeira tem um caráter informativo, de dar ciência e

---

<sup>600</sup> Com esse entendimento: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 624.

<sup>601</sup> Ives Gandra da Silva Martins sustenta que o § 1º do art. 103-A prevê duas hipóteses distintas de edição de súmula vinculante: a) a primeira, já mencionada, com fundamento em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, na qual o texto da súmula deve representar o entendimento consolidado do STF sobre a questão; b) e a existência de divergência entre os órgãos do Judiciário, ou entre este e a Administração Pública, o que dispensa a existência de um entendimento pacífico do STF acerca do tema. Afirma ainda: “No primeiro caso, a vinculação objetiva, exclusivamente, reduzir a carga de trabalho dos Tribunais em questões repetitivas, atalhando o percorrer desnecessário de instâncias. No segundo caso, não. A súmula intenta pacificar divergências, não só internas, de interpretação no seio do próprio Poder Judiciário, mas também naquelas estabelecidas entre o Poder Judiciário e outros Poderes, com o que, se, no primeiro caso, a celeridade processual é o desiderato maior, no segundo, pacificar constitui o objetivo primeiro, impondo-se a interpretação definitiva” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Duas hipóteses para súmulas vinculantes. Prática Jurídica*. Brasília, nº 81, p. 5, dez. 2008).

publicidade aos entendimentos do tribunal (e uma vinculação estritamente horizontal), a segunda, evidentemente, tem caráter vinculador, horizontal e verticalmente; (b) sobre a competência, ao contrário da súmula, que pode ser editada por qualquer tribunal (arts. 476/479 do CPC/73 e art. 926, § 1º, do NCPC), a súmula vinculante só pode ser aprovada pelo STF (art. 103-A da Constituição), ressalvando-se que o art. 927, IV, do novo CPC, amplia a eficácia vinculante para determinadas súmulas do STF e do STJ; (c) a súmula vinculante abrange exclusivamente matéria constitucional, limitação não existente na súmula; (d) a súmula pode ser editada – ou não – em um incidente de uniformização de jurisprudência, enquanto o procedimento de criação da súmula vinculante é autônomo (com exceção do requerimento formulado por Município, que é incidental); (e) a súmula vinculante tem um mecanismo de controle diferenciado, porque também pode ser objeto de reclamação (art. 988, III, do novo CPC); (f) e a súmula vinculante possui, em tese, maior estabilidade, considerando que o procedimento de sua alteração e revogação é mais rígido do que o previsto para a súmula<sup>602</sup>.

Da mesma forma que a súmula, não se trata de reflexo de um *precedente*, tampouco constitui a síntese da *ratio decidendi*, mas sim de um resumo da *jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal sobre determinado assunto. O citado dispositivo constitucional condiciona à edição de um enunciado de súmula vinculante a “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”.

Além das críticas feitas às súmulas, acrescenta-se às súmulas vinculantes: a legitimidade restrita para sua edição, alteração e revogação<sup>603</sup>, o que produz um risco de estabilização indesejada (“engessamento”) do direito<sup>604</sup>.

---

<sup>602</sup> Sobre o assunto: CARDOSO, Oscar Valente. Súmulas vinculantes: aspectos positivos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 110, pp. 108-117, maio 2012.

<sup>603</sup> A Constituição prevê como legitimados apenas os Ministros do STF (legitimidade autônoma, que independe de processo em andamento, ou da existência de caso concreto a ser julgado) e os legitimados ativos da ação direta de inconstitucionalidade (art.103-A, *caput* e § 2º), quaism sejam: (a) o Presidente da República; (b) a Mesa do Senado Federal; (c) a Mesa da Câmara dos Deputados; (d) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (e) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (f) o Procurador-Geral da República; (g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (h) o partido político com representação no Congresso Nacional; (i) e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, I a IX). A Lei nº 11.417/2006 acrescentou a esse rol o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (art. 3º, VI e XI). Os Municípios, apesar de não constarem do rol dos legitimados, podem requerer a edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, incidentalmente nos processos em que forem partes (art. 3º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006). Esse pedido, todavia, não suspende o andamento do processo.

<sup>604</sup> Críticas extraídas de: ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, pp. 92-93.

A redução no uso desses instrumentos de persuasão (súmula) e vinculação (súmula vinculante) das decisões do STF tem relação direta com a regulamentação de outra decisão com eficácia diferenciada: a repercussão geral no recurso extraordinário.

### 3.3.3. Controle Concentrado de Constitucionalidade

Durante a vigência da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16/65 instituiu no Brasil o controle abstrato de constitucionalidade de normas federais e estaduais pelo STF, apesar de não ter sido aprovada a alteração ao art. 64, que conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade; tratava-se da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de legitimação ativa do Procurador-Geral da República. A EC nº 16/65 também criou o controle abstrato de constitucionalidade de normas municipais em confronto com as Constituições Estaduais, de competência dos respectivos Tribunais de Justiça. A partir dessa Emenda à Constituição, as decisões do STF e dos TJ em controle concentrado ganharam eficácia *erga omnes*, mas ainda não possuíam eficácia vinculante.

Por sua vez, a Constituição de 1967 prosseguiu com os sistemas difuso e abstrato de constitucionalidade. (art. 114, I, '1', e III, 'a', 'b' e 'c'). A Emenda Constitucional nº 01/69 restabeleceu o controle abstrato das normas municipais, e a Emenda Constitucional nº 07/77 acrescentou o art. 119, I, '1', estabelecendo a representação para fins de interpretação de ato normativo federal ou estadual, de legitimidade ativa do Procurador-Geral da República. Também com a EC nº 07/77 passou a ser expressamente admitida a concessão de medida liminar na representação de inconstitucionalidade (art. 119, I, 'p').

A Constituição de 1988 ampliou a legitimidade ativa no sistema concentrado, até então restrita ao Procurador-Geral da República. Ao lado deste, passaram a poder propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados (mas não a Mesa do Congresso Nacional), a Mesa de Assembleia Legislativa, o Governador do Estado<sup>605</sup>, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito

---

<sup>605</sup> Já decidiu o STF que o Vice-Governador do Estado não é legitimado ativo do controle concentrado de constitucionalidade (ADI-MC 604/DF, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, j. 26/11/1991, DJ 29/11/1991).

nacional<sup>606</sup> (art. 103, I a IX). A Emenda Constitucional nº 45/2004 especificou expressamente a legitimidade da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Governador do Distrito Federal. Trata-se de rol exaustivo, não admitindo o STF a legitimação de qualquer outra pessoa, natural ou jurídica<sup>607</sup>.

No Brasil, a atribuição de eficácia vinculante a determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal foi inicialmente prevista em seu Regimento Interno (RISTF). Gilmar Ferreira Mendes afirma que o efeito vinculante surgiu na doutrina alemã (*Bindungswirkung*), com o objetivo de ampliar os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada no controle abstrato: defendia-se que “(...) a *força de lei* não se limitava à questão julgada, contendo, igualmente, uma proibição de reiteração (*Wiederholungsverbot*) e uma imposição para que normas de teor idêntico, que não foram objeto da decisão judicial, também deixassem de ser aplicadas por força da *eficácia geral*”. Entendia-se, em suma, que as decisões da Corte Constitucional não apenas possuem qualidade de lei (*Gesetzeseigenschaften*), mas sim força de lei (*Gesetzeskraft*), e que, no controle abstrato, substitui o Legislativo e realiza uma interpretação autêntica. Logo, sua decisão não equivale a uma norma ordinária, mas sim a uma norma constitucional<sup>608</sup>.

Até o Regimento Interno do STF de 1970<sup>609</sup>, não havia qualquer menção à possibilidade de se conferir efeitos vinculantes a qualquer decisão da Corte. A Emenda Regimental nº 7, publicada em 28 de agosto de 1978, regulamentou a representação de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República para a interpretação

<sup>606</sup> Alterando posição anterior, o STF passou a admitir a legitimidade das “associações de associações”: “I. ADIn: legitimidade ativa: ‘entidade de classe de âmbito nacional’ (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas ‘associações de associações’ - do rol dos legitimados à ação direta (...)” (ADI 2794/DF, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14/12/2006, DJ 30/03/2007, p. 68).

<sup>607</sup> Conforme o entendimento do STF: “LEGITIMIDADE - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSELHOS - AUTARQUIAS CORPORATIVISTAS. O rol do artigo 103 da Constituição Federal é exaustivo quanto à legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Os denominados Conselhos, compreendidos no gênero ‘autarquia’ e tidos como a consubstanciar a espécie corporativista não se enquadram na previsão constitucional relativa as entidades de classe de âmbito nacional. Da Lei Básica Federal exsurge a legitimação de Conselho único, ou seja, o Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Daí a ilegitimidade ‘ad causam’ do Conselho Federal de Farmácia e de todos os demais que tenham idêntica personalidade jurídica - de direito público” (ADI 641/DF, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 11/12/1991, DJ 12/03/1993, p. 3557).

<sup>608</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 438-439.

<sup>609</sup> O quarto Regimento Interno na história do STF, sucedendo os Regimentos de 1891, 1909 e 1940, e posteriormente revogado pelo Regimento de 1980, atualmente em vigor.

de lei ou ato normativo federal ou estadual<sup>610</sup>, atribuiu eficácia vinculante às decisões no controle abstrato de constitucionalidade<sup>611</sup>.

No Regimento Interno atual do STF (publicado em 27/10/1980), o art. 187 tem a seguinte redação: “A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”. Mesmo com a entrada em vigor da Constituição de 1988, que ampliou as espécies de ações e a legitimidade no controle abstrato, a norma regimental não foi alterada<sup>612</sup>.

Em seu texto originário, a Constituição de 1988 não possuía qualquer disposição sobre tal efeito nas decisões do controle abstrato de constitucionalidade.

A PEC nº 130/92, que deu origem à Emenda Constitucional nº 3/93, inseriu um § 2º ao art. 102 da Constituição, conferindo eficácia vinculante e *erga omnes* apenas às decisões prolatadas nas ações declaratórias de constitucionalidade<sup>613</sup>:

A Emenda Constitucional nº 3/93 introduziu expressamente a eficácia vinculante às decisões do STF na ação declaratória de constitucionalidade, ou seja, em apenas uma das ações do controle concentrado: “§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (§ 2º do art. 102 da Constituição).

<sup>610</sup> Ação prevista no art. 114, I, ‘1’, da Constituição de 1967 (e reiterada no art. 119, I, ‘1’, da Emenda Constitucional nº 01/1969), correspondente ao único meio processual então existente para o controle abstrato de constitucionalidade, tendo como único legitimado ativo o Procurador-Geral da República. Até a Constituição de 1946, o Brasil adotava apenas o sistema de controle difuso de constitucionalidade. Na vigência da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16/65 instituiu no Brasil o controle abstrato de constitucionalidade de normas federais e estaduais pelo STF, apesar de não ter sido aprovada a alteração ao art. 64, que conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade; tratava-se da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de legitimação ativa do Procurador-Geral da República. Como visto acima, a EC nº 16/65 também criou o controle abstrato de constitucionalidade de normas municipais em confronto com as Constituições Estaduais, de competência dos respectivos Tribunais de Justiça. Sobre o assunto: CARDOSO, Oscar Valente. *Controle abstrato de constitucionalidade: aspectos subjetivos*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011, p. 33-34.

<sup>611</sup> “Art. 9º A partir da data da publicação da ementa do acórdão no *Diário Oficial* da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado”.

<sup>612</sup> Sobre o histórico na regulamentação, com análise dos textos discutidos na PEC nº 130/92, que deu origem à EC nº 03/93: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 435-437.

<sup>613</sup> Com a Emenda Constitucional nº 03/1993 se inseriu no sistema concentrado a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), que podia ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, ou pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º, da Constituição, posteriormente revogado pela EC nº 45/2004, que inseriu nos nove incisos do art. 103 todos os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 modificou o dispositivo para estender os efeitos vinculantes para a ação direta de inconstitucionalidade: “§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Infraconstitucionalmente, a Lei nº 9.868/99, que regulamenta os procedimentos da ADI e da ADC no STF, também prevê o efeito vinculante no parágrafo único do art. 28<sup>614</sup>.

De modo similar, a Lei nº 9.882/99, também confere eficácia vinculante às decisões do STF nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, no § 3º do art. 10: “A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

O efeito vinculante produz três consequências principais para aqueles que não participaram do processo, conforme ressalta Gilmar Ferreira Mendes: (a) os órgãos constitucionais devem, nos limites de suas atribuições, adotar as medidas cabíveis para desfazer as situações de inconstitucionalidade; (b) os agentes administrativos de outros entes da Federação devem revogar ou alterar as normas idênticas àquelas declaradas inconstitucionais; (c) e todos devem se abster de praticar atos similares àquele declarado inconstitucional<sup>615</sup>.

### 3.3.4. Controle Difuso de Constitucionalidade

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe mais um instituto processual que importou na ampliação da eficácia das decisões do STF (tornando-as vinculantes): a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, inserida no art. 102, § 3º, da Constituição<sup>616</sup>.

---

<sup>614</sup> “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

<sup>615</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 445.

<sup>616</sup> “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Não se trata de inovação na legislação brasileira: (a) há requisito semelhante no recurso de revista ao TST (a transcendência, exigida pelo art. 896-A da CLT; (b) e aponta-se como precursora a extinta arguição de relevância, prevista no art. 119, parágrafo único (renumerado para § 1º pela EC nº 07/1977) da Constituição de 1967<sup>617</sup>; todavia, sua função era exatamente a inversa, pois permitia ao STF julgar recursos extraordinários que, em princípio, não seriam conhecidos, enquanto a repercussão geral limita o conhecimento desses recursos<sup>618</sup>.

A partir da modificação constitucional, o recurso extraordinário ao STF passou a ter dois pressupostos específicos e objetivos de admissibilidade distintos dos recursos ordinários: o prequestionamento e a repercussão geral. O prequestionamento consiste na manifestação expressa sobre a matéria objeto do recurso, na decisão recorrida da instância inferior<sup>619</sup>; para uns, trata-se de criação exclusiva da prática dos tribunais, enquanto outros sustentam ter fundamento constitucional, contido na expressão “causas decididas” do inciso III do art. 102 (por se exigir que o recurso verse sobre matéria expressamente enfrentada na decisão impugnada, ou seja, não pode se inovar no RE, que deve se limitar ao que já foi decidido)<sup>620</sup>.

---

<sup>617</sup> “As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal”.

<sup>618</sup> Acerca dessa distinção, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero destacam: “Os próprios conceitos de repercussão geral e arguição de relevância não se confundem. Enquanto este está focado fundamentalmente no conceito de ‘relevância’, aquele exige, para além da relevância da controvérsia constitucional, a transcendência da questão debatida. Quanto ao formalismo processual, os institutos também não guardam maiores semelhanças: a arguição de relevância era apreciada em sessão secreta, dispensando fundamentação; a análise da repercussão geral, ao contrário, tem evidentemente de ser examinada em sessão pública, com julgamento motivado (art. 93, IX, da CF)” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 31). Da mesma forma, Vanice Lírio Valle ressalva que a arguição de relevância não foi regulamentada e não possuía caráter vinculante, mas apenas persuasivo, logo, não pode ser comparada à repercussão geral (VALLE, Vanice Lírio. *Repercussão geral: um passo a mais na difícil construção da vinculatividade das decisões judiciais*. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vº 10, nº 40, p. 129-157, 2007, p. 133).

<sup>619</sup> Há crítica na doutrina acerca da definição do prequestionamento como um pressuposto de admissibilidade recursal: “Trata-se, na verdade, de etapa no exame do cabimento dos recursos extraordinários. É passo na verificação da incidência do suporte fático hipotético do recurso extraordinário no suporte fático concreto; é, sobretudo, exame da tipicidade do texto constitucional” (DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 189).

<sup>620</sup> A expressão “causas decididas”, também constante do art. 105, III, da Constituição (recurso especial), gera entendimentos conflitantes no STF e no STJ. De um lado, o Enunciado nº 356 da Súmula do STF dispõe que “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. De outro, conforme o Enunciado nº 211 da Súmula do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo”. Assim, para o STF os embargos declaratórios no juízo *a quo* suprem eventual omissão deste, considerando prequestionada a matéria controversa, e para o STJ os embargos de declaração, por si só, não suprem a omissão do tribunal

A repercussão geral, enquanto preliminar ao julgamento do mérito, serve como um meio de filtragem dos recursos extraordinários. A partir dela, o Supremo Tribunal Federal assume em definitivo o seu papel de Corte Constitucional, deixando de decidir litígios individuais envolvendo interesses particulares, para apreciar somente causas com importância para a sociedade. Ainda, com a repercussão geral, pretendeu-se permitir ao STF decidir apenas um processo (ou alguns poucos representativos da controvérsia) e fixar uma tese para resolver a questão de direito, que deverá ser observada por todo o Judiciário brasileiro, ao invés de julgar milhares de recursos extraordinários sobre o mesmo tema.

Por outro lado, entre as críticas que se faz à repercussão geral está na ausência de controle de constitucionalidade por parte do STF nas questões não compreendidas como qualificadas (ou seja, que não forem relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico). Considerando não ser mais possível a interposição de recurso extraordinário para discutir todas as violações de norma constitucional (regra geral prevista no art. 102, III, 'a', da Constituição), passa a ser admitida a existência de decisões judiciais transitadas em julgado contrárias a princípio ou regra da Constituição. Logo, a exigência da repercussão geral reacendeu a discussão em torno da relativização da coisa julgada<sup>621</sup>.

O § 1º do art. 543-A do CPC de 1973 traz um conceito amplo, vago e indeterminado, ao prever que a repercussão geral abarca "(...) a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa"<sup>622</sup>. A opção final do legislador foi a de traçar uma definição genérica, aliando relevância e transcendência, e conferindo ampla liberdade hermenêutica ao julgador, superando o projeto de lei original, que listava as

---

recorrido, devendo a parte interpor recurso especial com o intuito exclusivo de anular o acórdão, para que seja corrigida a lacuna (logo, deverá em seguida interpor novo recurso especial, tendo como objeto a matéria prequestionada). Sobre a controvérsia: MONTEIRO NETO, Nelson. A exigência de prequestionamento em recursos especial e extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 66, p. 95-100, set. 2008.

<sup>621</sup> Sobre o assunto, e formulando alternativas para a resolução do problema: CARDOSO, Oscar Valente. Repercussão geral, questões constitucionais qualificadas e coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 72, p. 66-78, mar. 2009.

<sup>622</sup> Semelhante redação possui o parágrafo único do art. 322 do Regimento Interno do STF: "Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes".

matérias com repercussão geral. Essa acepção indeterminada foi repetida no § 1º do art. 1.035 do novo CPC<sup>623</sup>.

Da mesma forma que no recurso de revista trabalhista, exige-se a transcendência do caso concreto objeto do litígio, ou seja, que a resolução da matéria extrapole os interesses subjetivos das partes litigantes. Além disso, a matéria discutida deve ser relevante, não necessariamente sob o aspecto jurídico, mas econômico, político ou social<sup>624</sup>. Logo, com o intuito de esclarecer a exigência, a doutrina tem dado destaque a esses aspectos, sustentando que a repercussão geral existe quando a decisão no caso concreto puder ir além do interesse das partes, e tiver uma importância social (econômica, política ou jurídica), independentemente do que causar essa transcendência. A repercussão pode ser qualitativa (importância do tema para a sociedade, ou para a concretização de direito constitucional, especialmente as garantias fundamentais) ou quantitativa (grande número de processos sobre a mesma matéria)<sup>625</sup>.

Em regra, é ônus do recorrente demonstrar a existência de repercussão geral, e as alegações devem constar em preliminar da petição do recurso extraordinário (art. 543-A, § 2º, do CPC/73)<sup>626</sup>, por ser, como visto, um requisito específico de admissibilidade. Nesse sentido, o STF já decidiu que o descumprimento do dispositivo

---

<sup>623</sup> “Art. 1.035. (...) § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

<sup>624</sup> Para Eduardo Talamini, esses conceitos indeterminados devem ser integrados pelo STF, com base nas circunstâncias concretas existentes na época da decisão (TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, p. 56-68, set. 2007, p. 57-58). Carlos Augusto de Assis traça algumas considerações sobre cada uma dessas questões: a relevância econômica abrange “(...) o reflexo que pode ter a questão para a economia como um todo, principalmente se afetar um número grande de pessoas (...)”, como a alteração salarial de uma categoria; a relevância social refere-se à defesa de interesses da sociedade, como a legitimidade do Ministério Pública para a defesa de direitos individuais homogêneos; a relevância política relaciona-se com “(...) decisão que altere diretriz de política econômica de qualquer das esferas governamentais”, como a relação do Brasil com outros países; e a relevância jurídica abarca “(...) a interpretação e alcance de um determinado instituto jurídico ou princípio fundamental de direito” (ASSIS, Carlos Augusto de. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, pp. 32-46, set. 2007, pp. 39-40).

<sup>625</sup> ASSIS, Carlos Augusto de. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, pp. 32-46, set. 2007, p. 34. “Por outro lado, não se pode perder de vista que a repercussão geral não se afere apenas pela perspectiva de que a matéria abranja um grande número de jurisdicionados. A possibilidade de a questão repetir-se em um grande número de processos é, sem dúvida, uma das hipóteses de configuração da repercussão geral. Mas não é a única. A repercussão geral igualmente estará presente em questões que, embora sem a tendência de reproduzir-se em uma significativa quantidade de litígios, versem sobre temas fundamentais para a ordem jurídico-constitucional” (TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, p. 56-68, set. 2007, p. 58).

<sup>626</sup> “Art. 543-A. (...) § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

legal permite a rejeição liminar do processamento do RE, bem como de eventual agravo de instrumento interposto contra essa decisão<sup>627</sup>. Em sentido contrário, com base na instrumentalidade das formas, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero sustentam que, evidenciada a repercussão geral, ainda que não em tópico preliminar e específico, o RE deve ser conhecido<sup>628</sup>. Apesar de ser uma questão prévia, a análise da repercussão geral deve ser feita após o exame dos demais requisitos de admissibilidade, conforme prevê o *caput* do art. 323 do RISTF (seria contrário à racionalidade e à economia processual reconhecer a existência de repercussão para, após, não conhecer do recurso pela intempestividade, ausência de preparo ou de prequestionamento, por exemplo). Resolvendo a controvérsia, o § 2º do art. 1.035 do novo CPC mantém a demonstração da repercussão geral como ônus do recorrente, mas dispensa a formalidade do tópico específico em preliminar na petição do recurso<sup>629</sup>.

Excepcionalmente, o § 3º do art. 543-A do CPC/73 prevê uma hipótese de presunção *absoluta* de repercussão geral, quando a decisão questionada no RE for contrária à súmula ou jurisprudência dominante do STF<sup>630</sup>. O art. 1.035, § 3º, do novo CPC, amplia esse rol e insere a decisão do tribunal *a quo* que, na via difusa, declara a inconstitucionalidade de tratado internacional (incorporado ao ordenamento jurídico interno) ou lei federal<sup>631</sup>. Ademais, apesar da revogação do inciso II do § 3º do art. 1.035 (pela Lei nº 13.256/2016, anterior ao fim da *vacatio legis* do NCPC), que previa o acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, o art. 987, § 1º, do novo CPC, acrescenta a presunção geral absoluta de repercussão geral no recurso extraordinário interposto contra o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>632</sup>.

<sup>627</sup> RE-AgR 569476/SC, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/04/2008, DJe 24/04/2008. Os art. 13, V, 'c', e 327, do RISTF, preveem como atribuição do Presidente despachar nos recursos que não apresentem preliminar forma e fundamentada de repercussão geral, rejeitando-os.

<sup>628</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 43-44. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, p. 56-68, set. 2007, p. 58.

<sup>629</sup> “Art. 1.035. (...) § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal”.

<sup>630</sup> “Art. 543-A. (...) § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

<sup>631</sup> “Art. 1.035. (...) § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II - (Revogado); III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”.

<sup>632</sup> “Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida”.

A competência para a análise da ocorrência – ou não – da repercussão geral é exclusiva do STF, não incumbindo ao tribunal *a quo* verificá-la; este pode negar seguimento somente quando a repercussão não constar em preliminar do recurso extraordinário<sup>633</sup>.

De acordo com as normas do Código de Processo Civil de 1973, inicialmente uma entre as duas Turmas do STF aprecia tal questão, considerando-se existente caso haja quatro votos nesse sentido; não atingido tal quórum qualificado, o processo deve ser remetido para decisão do Pleno (art. 543-A, § 4º, CPC/73). A razão dessa exigência está no já citado § 3º do art. 102 da Constituição, o qual preceitua que o STF só pode recusar a admissão do RE pela manifestação de dois terços de seus membros (ou seja, por oito de seus onze Ministros). Tendo o voto de quatro Ministros entendendo que há repercussão geral, não pode mais ser atingido o quórum contrário, dispensando-se a remessa do processo ao Plenário.

Contudo, na prática as Turmas do STF não exercem o juízo de admissibilidade da repercussão geral. Para racionalizar e conferir celeridade a esse exame, os arts. 323/325 do RISTF preveem a votação eletrônica sobre a repercussão geral (dispensada nas hipóteses em que esta é presumida): (a) o relator envia por meio eletrônico sua decisão sobre a existência – ou não – da repercussão geral; (b) os Ministros têm o prazo de 20 dias para resposta, com sua manifestação, que será juntada nos autos; (c) caso não haja respostas ou votos suficientes para o afastamento, considera-se tacitamente existente a repercussão<sup>634</sup>; (d) caso oito ministros neguem a ocorrência da repercussão, o relator formalizará o voto de recusa do RE, publicando-o; (e) e na hipótese em que aquela for reconhecida, igualmente publica-se a decisão,

---

<sup>633</sup> “(...) 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita ‘à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal’ (Art. 543-A, § 2º). (...)” (AI-QO 664567/RS, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18/06/2007, DJ 06/09/2007, p. 37). Mais recentemente: ARE 760280 AgR/PE, 2ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/09/2013, DJe 15/10/2013; ARE 719093 AgR/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Roberto Barroso, j. 27/08/2013, DJe 12/09/2013.

<sup>634</sup> Eduardo Talamini critica essa decisão tácita, por contrariar a exigência constitucional de fundamentação das decisões prevista no art. 93, IX (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”), pela imposição de um prazo próprio e preclusivo aos julgadores, e pela ocorrência de uma votação colegiada sem debate público. Por outro lado, reconhece que o julgamento colegiado da repercussão geral não seria razoável, e desvirtuaria sua função de filtro dos recursos extraordinários (TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, p. 56-68, set. 2007, p. 64-66).

devendo ainda o relator julgar o recurso (nas hipóteses que possíveis a decisão monocrática), ou pedir dia para o julgamento. A fim de evitar a aprovação tácita da repercussão geral (pela ausência de manifestações expressas), a Emenda Regimental nº 47/2012 alterou o § 2º do art. 324 e passou a dispor que, quando o relator decide que, além da ausência de repercussão geral, a matéria é infraconstitucional, as omissões de voto serão consideradas como sendo presumivelmente contrárias à existência de repercussão geral<sup>635</sup>. Logo, com a decisão de que o tema não é constitucional, inverte-se a regra de reconhecimento tácito da repercussão geral.

O novo CPC não reproduz as normas de procedimento do CPC/73, logo, a tramitação da repercussão geral no Plenário Virtual observa a regras do RISTF.

No julgamento do AI-QO 664567/RS, o Pleno do STF fixou o termo inicial a partir do qual passou a ser exigida a repercussão geral no RE: 03 de maio de 2007, data em que entrou em vigor a Emenda Regimental nº 21, que regulamentou a matéria nos arts. 322/329 do Regimento Interno do STF<sup>636</sup>.

O § 6º do art. 543-A do CPC/73 admite a manifestação de *amicus curiae* na análise da repercussão geral (o que é permitido amplamente pelo art. 138 do novo Código e, de forma específica na repercussão geral, o § 4º do art. 1.035 menciona a manifestação de terceiros, de acordo com as regras do RISTF). Como visto no Capítulo 1, é pessoa, em regra, sem relação ou interesse próprio na lide, com a atribuição de opinar ou prestar informações sobre a matéria controvertida. Há quem afirme ter a função de enfatizar ao magistrado a existência de elemento fático ou jurídico relevante, auxiliando-o a melhor fundamentar o julgamento. A petição, evidentemente, deverá se limitar à existência - ou não - de repercussões econômicas, políticas, sociais ou jurídicas, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes (o STF também reconhece aos *amici curiae* o direito de realizar sustentação oral). Na hipótese legal não há qualquer restrição, podendo ser pessoa natural ou jurídica, independentemente de ter interesse (não necessariamente jurídico) na resolução da causa. O dispositivo é sintético e não regulamenta a amplitude do instituto na repercussão geral (sequer o prazo para

---

<sup>635</sup> “§ 2º Não incide o disposto no parágrafo anterior quando o Relator declare que a matéria é infraconstitucional, caso em que a ausência de pronunciamento no prazo será considerada como manifestação de inexistência de repercussão geral, autorizando a aplicação do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil, se alcançada a maioria de dois terços de seus membros”.

<sup>636</sup> “(...) 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007” (AI-QO 664567/RS, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18/06/2007, DJ 06/09/2007, p. 37).

manifestação)<sup>637</sup>, logo, a fim de assegurar a celeridade que se busca com a uniformização vertical e horizontal no controle difuso de constitucionalidade, recomenda-se a integração das normas do NCPC e do RISTF com as regras e precedentes do STF no controle concentrado (Leis nº 9.868 e 9.882/99). Ressalta-se também que o principal interesse na admissão do *amicus curiae* não é deste, mas sim do órgão julgador, na busca de informações para auxiliar na decisão; em outras palavras, o maior interessado na participação do amigo da Corte não é ele próprio, e sim a Corte<sup>638</sup>. O novo CPC amplia essa concepção e passa a tratar o amigo da Corte na formação de precedentes como um instrumento para a ampliação do contraditório, da publicidade e da fundamentação da decisão, que terá eficácia vinculante para todos os casos semelhantes, presentes e futuros. Com base nos dispositivos legais citados, também se defende a manifestação daqueles que discutem a mesma matéria em recursos sobrestados na origem, conforme as regras tratadas na sequência<sup>639</sup>.

O art. 543-B do CPC/73 estabeleceu as regras para a análise de repercussão geral em recursos repetitivos (controvérsias idênticas), que ocorrerá por meio da triagem e remessa (pelo tribunal de origem) de um ou alguns recursos representativos da matéria (o fato de existir número elevado de recursos sobre o mesmo assunto, como visto, representa o aspecto quantitativo da repercussão). Os demais recursos devem ficar sobrestados no próprio tribunal *a quo*, aguardando a decisão do STF naqueles selecionados. Logo, nessa situação, o exame da existência – ou não – da repercussão

<sup>637</sup> O § 2º do art. 323 do RISTF preceitua que, em decisão irrecorrível, o relator do RE pode fixar prazo e admitir a manifestação de terceiros sobre a repercussão geral.

<sup>638</sup> Sobre o assunto: CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* nos juizados especiais federais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 60, p. 102-112, mar. 2008. No julgamento da questão de ordem no RE 415454/SC, o STF admitiu a atuação de *amici curiae* em processos com repercussão geral, porém, o caso concreto envolvia processo de competência de juizado especial federal, que tem previsão legal específica sobre a participação do amigo da Corte, no art. 14, § 7º, e no art. 15, ambos da Lei nº 10;259/2001 (RE 415454/SC, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/02/2007, DJ 26/10/2007, p. 42). Admitindo a manifestação de *amicus curiae* sobre a repercussão geral: RE 567110/AC, decisão monocrática, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19/08/2008, DJe 02/09/2008; RE 567985/MT, decisão monocrática, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17/05/2008, DJe 12/06/2008. Não permitindo, por ter a parte mero interesse pessoal na resolução da controvérsia: RE 565714/SP, decisão monocrática, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23/04/2008, DJe 16/06/2008. Não admitindo, em recurso já citado, por ter sido o pedido formulado no dia anterior ao julgamento: “(...) A atitude dos Requerentes, portanto, não pode ser tida como de ‘amizade à Corte’ - no sentido que se atribui àquela expressão e que permite a sua eventual presença no processo -, nem ajudou na regular tramitação e na solução da lide. De resto, conforme acentuado em inúmeras decisões proferidas em Recursos Extraordinários, nos quais se tenha reconhecido a repercussão geral da questão constitucional neles discutida, não é sempre, nem em qualquer caso, que se admite o ingresso de interessados nestes julgamentos. (...)” (RE 565714/SP, decisão monocrática, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/10/2008, DJe 30/10/2008).

<sup>639</sup> ASSIS, Carlos Augusto de. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, pp. 32-46, setembro 2007, p. 42.

geral é realizado somente nos recursos selecionados, reduzindo o trâmite de processos no STF, pois caso aquela não seja reconhecida, os RE sobrestados são reputados automaticamente não admitidos (§ 2º do art. 543-B do CPC/73). Caso se decida pela existência da repercussão, e julgado o mérito do RE, os recursos suspensos devem ser julgados pelos tribunais e turmas recursais *a quo*, o que inclui a retratação de eventual decisão contrária anterior (§ 3º). Caso a decisão contrarie o julgamento do STF, este poderá cassá-la ou reformá-la liminarmente (§ 4º).

A decisão sobre a inexistência de repercussão geral é irrecorrível, e tem aplicação sobre todos os RE semelhantes (art. 543-A do CPC/73, art. 1.035 do NCPC, e art. 326 do Regimento Interno do STF). Porém, Marinoni e Mitidiero sustentam a oposição de embargos de declaração e a impetração de mandado de segurança em face dessa decisão<sup>640</sup>. Para Eduardo Talamini, o dispositivo legal se restringe às decisões do Pleno, sendo passíveis de agravo interno as decisões monocráticas<sup>641</sup>. Em situação específica, o STF apreciou embargos declaratórios e agravos regimentais contra decisão que reconheceu a existência de repercussão geral<sup>642</sup>, porém, em regra admite ser cabível o segundo, convertendo o primeiro com base na fungibilidade recursal<sup>643</sup>. Ademais, o § 2º do art. 327 do RISTF prevê o cabimento do agravo regimental da decisão da Presidência do Tribunal que recusar o recurso com base na inobservância material ou formal da repercussão geral.

A eficácia vinculante das decisões em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida foi não apenas sustentada teoricamente<sup>644</sup>, mas também fiscalizada na prática pelo próprio STF<sup>645</sup>. Contudo, a Corte não admite a utilização da reclamação como o instrumento processual adequado para a tutela da autoridade dessas

<sup>640</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 56-60.

<sup>641</sup> TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, p. 56-68, setembro 2007, p. 57 e 59.

<sup>642</sup> RE-AgR-QO 557163/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 30/09/2008, DJe 21/11/2008; RE-AgR-QO 563723/SC, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 30/09/2008, DJe 21/11/2008.

<sup>643</sup> RE-ED 507110/MT, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 14/10/2008, DJe 14/11/2008; AI-ED 691700/SC, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/08/2008, DJe 10/10/2008; AI-ED 702192/PR, 1ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/08/2008, DJe 19/09/2008.

<sup>644</sup> Sobre o assunto: PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, pp. 336-337.

<sup>645</sup> Por exemplo: “(...) 1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. (...)” (STF, Rcl 10793/SP, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe 03/06/2011).

decisões em face de pronunciamentos judiciais contrários das instâncias inferiores<sup>646</sup>. Essa discussão é superada pelo novo Código de Processo Civil, que dispõe expressamente sobre a autonomia da reclamação em relação à via recursal (art. 988, § 6º)<sup>647</sup>.

Indo além, a partir da repercussão geral também se passou a defender na doutrina a existência de *eficácia vinculante dos motivos determinantes* das decisões do STF nos recursos extraordinários (o que foi sinalizado pela Corte, mas não se tornou jurisprudência e deixou de ser observada)<sup>648</sup>.

Outra questão controversa relativa à repercussão geral diz respeito à decisão do Plenário do STF que conclui pela sua não existência em determinado tema. Além

---

<sup>646</sup> Com o entendimento de não ser cabível a reclamação, mas apenas a impugnação pela via recursal: “RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 583.955-RG/RJ. INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE ORIGEM PARA SOLUCIONAR CASOS CONCRETOS. CORREÇÃO DA EVENTUAL DESOBEDEIÊNCIA À ORIENTAÇÃO ESTABELECIDADA PELO STF PELA VIA RECURSAL PRÓPRIA, EM JULGADOS DE MÉRITO DE PROCESSOS COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. 3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. 4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. 5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. 6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral. 7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária. 8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao *leading case* da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. 9. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação. 10. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade. 11. No caso presente tal medida não se mostra necessária. 12. Não-conhecimento da presente reclamação” (STF, Rcl 10793/SP, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/04/2011, DJe 03/06/2011).

<sup>647</sup> “Art. 988. (...) § 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação”.

<sup>648</sup> Nesse sentido: ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, pp. 89-91.

desse acórdão não dar provimento ao recurso extraordinário (logo, não há efeito substitutivo sobre a decisão recorrida) e a matéria não ser uniformizada pelo STF, há uma vinculação.

A vinculação gerada pela decisão negativa prevista no art. 543-A, do CPC de 1973 (e reproduzida no *caput* do art. 1.035 do novo CPC)<sup>649</sup> levou à seguinte discussão: como superar posteriormente uma decisão do STF que não reconheceu a repercussão geral acerca de determinado tema, se os tribunais *a quo* estão vinculados a não conhecer os recursos extraordinários sobre o mesmo tema?

O assunto chegou ao STF, que decidiu que, quando se pretende apontar equívocos ou pleitear o *overruling* da decisão da Corte, deve ser interposto agravo interno para o tribunal *a quo*, a fim de que a questão seja decidida no juízo de origem após o esgotamento de todos os recursos cabíveis e, por fim, o recurso extraordinário seja remetido<sup>650</sup>. Por exemplo, na Reclamação 7569, o Supremo fixou três importantes parâmetros<sup>651</sup>: (a) a jurisdição do STF (para recursos ou ações originárias, como a ação cautelar) tem início após o esgotamento dos meios processuais cabíveis no tribunal *a quo*; (b) exige-se que a decisão do tribunal de origem tenha contrariado acórdão do STF em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 543-B, § 4º, do CPC/73<sup>652</sup> e art. 1.041 do NCPC<sup>653</sup>); (c) e o esgotamento dos meios processuais passa obrigatoriamente pela interposição – e o julgamento – de agravo interno pelo tribunal de origem, para que tenha a possibilidade de realizar o juízo de retratação, a fim de se adequar ao entendimento do STF, ou para manter expressamente a inobservância do precedente<sup>654</sup>. Na mesma Sessão, o Plenário do STF apreciou questão de ordem no Agravo de Instrumento 760358 e chegou às mesmas conclusões<sup>655</sup>.

<sup>649</sup> “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo”.

<sup>650</sup> Na doutrina, criticando essa solução, por não observar os princípios da taxatividade e da unicidade recursal: ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013, pp. 90-91.

<sup>651</sup> Esse julgamento da Rcl 7569 não envolveu a superação de um precedente, mas se discutia a aplicação equivocada, pelo tribunal de origem, de um acórdão do STF em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Contudo, os parâmetros definidos neste julgamento são aplicáveis à superação, à distinção e à não aplicação (ou o mal uso) do precedente.

<sup>652</sup> “§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”.

<sup>653</sup> “Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º”.

<sup>654</sup> “RECLAMAÇÃO. SUPOSTA APLICAÇÃO INDEVIDA PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM DO INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO PROFERIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO

O novo CPC procurar corrigir esse problema por meio de regras que observam o princípio da primazia da decisão de mérito (positivado no seu art. 4º)<sup>656</sup>, que se irradia por todo o Código e tem reflexos em outros subsistemas, especialmente o de precedentes. Considerando que o precedente se forma quando os tribunais declaram o direito, se o STF deixar de conhecer a repercussão geral em um recurso extraordinário, por exemplo, o direito constitucional não é uniformizado para essa questão (logo, todos os tribunais do país – e inclusive o STF, no futuro – poderão proferir decisões divergentes sobre ela). Não se pode deixar de levar em consideração que, nos Estados Unidos, as decisões em última instância normalmente são proferidas por tribunais estaduais porque a maior parte das leis é estadual. Porém, no Brasil, a criação de um sistema de precedentes deve intencionalmente *sobrecarregar* o STF e o STJ, para respectivamente criar os precedentes sobre questões constitucionais e infraconstitucionais federais, no intuito de atingir as pretendidas isonomia, segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade, com a atribuição de respostas iguais aos casos semelhantes. Não se deve esquecer também que o sistema processual permite (e até

---

EXTRAORDINÁRIO 576.336-RG/RO. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE AFRONTA À SÚMULA STF 727. INOCORRÊNCIA. 1. Se não houve juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não é cabível a interposição do agravo de instrumento previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, razão pela qual não há que falar em afronta à Súmula STF 727. 2. O Plenário desta Corte decidiu, no julgamento da Ação Cautelar 2.177-MC-QO/PE, que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral, nos termos do § 4º do art. 543-B do Código de Processo Civil. 3. Fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal. 4. Inteligência dos arts. 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. 5. Possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem. 6. Oportunidade de correção, no próprio âmbito do Tribunal de origem, seja em juízo de retratação, seja por decisão colegiada, do eventual equívoco. 7. Não-conhecimento da presente reclamação e cassação da liminar anteriormente deferida. 8. Determinação de envio dos autos ao Tribunal de origem para seu processamento como agravo interno. 9. Autorização concedida à Secretaria desta Suprema Corte para proceder à baixa imediata desta Reclamação” (Rcl 7569/SP, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 19/11/2009, DJe 10/12/2009).

<sup>655</sup> “Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem” (AI 760358 QO/SE, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19/11/2009, DJe 11/02/2010).

<sup>656</sup> “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

mesmo estimula) a existência de decisões conflitantes na primeira instância, o que leva a uma pluralidade de interpretações e aumenta a quantidade de fundamentos que serão enfrentadas pela Corte competente para uniformizar a questão (e decorre do contraditório, analisado no Capítulo 1). Entretanto, essa disparidade *não pode ocorrer em grau recursal*, tendo em vista que os recursos foram criados justamente para evitar e impedir o tratamento desigual, para que o tribunal exerça o seu *dever de uniformização*<sup>657</sup>.

### 3.3.5. Controle Difuso de Constitucionalidade e Suspensão da Execução da Norma pelo Senado Federal

Dentro do debate sobre a eficácia da decisão do STF no controle difuso de constitucionalidade (especialmente nos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida), surgiu uma discussão específica sobre a vigência do art. 52, X, da Constituição de 1988. Referido dispositivo constitucional prevê a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por “decisão definitiva” do STF<sup>658</sup>.

A mais antiga dessas normas está na Constituição de 1934, que, em seu art. 91, IV, previa a suspensão, pelo Senado Federal, de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso<sup>659</sup>. Passou a existir, dessa forma, a possibilidade de ampliação dos efeitos *inter partes* para *erga omnes* em uma decisão judicial sobre um caso concreto, mediante a colaboração entre Judiciário e Legislativo.

A regra foi excluída da Constituição de 1937, mas retornou na Constituição de 1946<sup>660</sup> e foi reproduzida até a Constituição de 1988, em seu art. 52, X: “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Na Constituição de 1988, o art. 52, X, tem validade apenas para decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade, em virtude da eficácia *inter partes* produzida pelo acórdão do STF (ao menos, até a criação da repercussão geral).

<sup>657</sup> Dever esse que é positivado no novo Código de Processo Civil: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

<sup>658</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>659</sup> “Art. 91 - Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

<sup>660</sup> “Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Com fundamento nessa norma, o STF firmou o entendimento de que a produção de eficácia *erga omnes* depende da suspensão da execução da norma por meio de resolução do Senado<sup>661</sup>.

Porém, recentemente houve uma sinalização de possível revisão dessa compreensão histórica do STF sobre a ampliação dos efeitos no controle difuso, em processo que não se trata de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

No julgamento da Reclamação 4335, interposta contra decisão que negou pedido de progressão de regime para condenado por crime hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, anteriormente declarado inconstitucional pelo STF, em controle difuso no HC 82959)<sup>662</sup>, o relator, Ministro Gilmar Mendes confere uma nova interpretação ao art. 52, X, da Constituição. Em resumo, afirma que: (a) a manifestação do Senado é dispensável, em virtude dos efeitos vinculantes (ou transcendentais, em suas palavras) produzidos pela decisão do STF no controle difuso de constitucionalidade; (b) e não apenas as decisões em RE com repercussão geral, mas qualquer decisão do STF no controle difuso (como, por exemplo, nos processos de habeas corpus e mandado de segurança) produz esse efeito<sup>663</sup>. Em consequência, admite o cabimento da reclamação e

---

<sup>661</sup> Nesse sentido, por exemplo, cita-se trecho do voto do relator no RE 199293: “(...) Assim, independentemente da preclusão maior, lançou-se ao mundo jurídico a determinação de que fosse comunicado o Legislativo municipal sobre a inconstitucionalidade declarada. Ora, tal decisão conflita com a ordem natural das coisas e, mais do que isso, com o preceito do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, de observância obrigatória nos Estados federados, por encerrar verdadeiro princípio, segundo o qual, enquanto não fulminada em definitivo a lei, ante a pecha de inconstitucional, continua ela sendo de observância obrigatória. No preceito da Constituição Federal, alude-se à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tratando-se de hipótese em que a competência para julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade é do Tribunal de Justiça, não cabe a comunicação à Casa Legislativa. Esse é o sistema que decorre da Carta Federal. Declarada a inconstitucionalidade de ato normativo no abstrato, em processo objetivo e não subjetivo, a decisão irradia-se. Vale dizer que fulminada fica a lei, não cabendo providência voltada à suspensão. No caso, a Carta do Estado de São Paulo conta com dois textos ligados à comunicação. O primeiro repete, com a adaptação pertinente, o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal: (...)” (RE 199293/SP, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/05/2004, DJ 06/08/2004, p. 21).

<sup>662</sup> “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90” (HC 82959/SP, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 18).

<sup>663</sup> Destaca-se, de seu voto: “(...) Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). (...) Somente essa nova compreensão

julga-a procedente, para preservar a autoridade da decisão proferida no HC 82959. Foi acompanhado em seu voto pelo Ministro Eros Grau. Por outro lado, os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski apresentaram voto divergente, em que seguem a jurisprudência da Corte e não conhecem a reclamação (mas concedem de ofício a ordem de habeas corpus).

Na Reclamação 4335, a Defensoria Pública da União alega violação do julgado no HC 82959 do STF por decisão proferida em processo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, da Justiça Estadual do Acre: (a) de um lado, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que proíbe a progressão de regime de cumprimento da pena parra os crimes hediondos<sup>664</sup>; (b) de outro, a decisão reclamada aplicou o referido dispositivo legal, com o argumento de que o acórdão do STF no HC 82959 só terá eficácia *erga omnes* a partir da eventual suspensão, por meio de resolução do Senado, da norma declarada inconstitucional.

Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que uma mutação constitucional levou à dispensa da medida prevista no art. 52, X, da Constituição. A partir dessa sinalização de mudança de entendimento, surgiram críticas à dispensa de suspensão da execução da norma pelo Senado Federal no controle difuso, especialmente pelo fato de poder derivar de apenas um julgado. Por outro lado, como será visto a seguir, o novo CPC confere eficácia vinculante a tais decisões do STF.

---

parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso. Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988. É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*. Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretção a partir da Constituição de 1988. (...) Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica. (...)."

<sup>664</sup> “§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. O acórdão do STF tem a seguinte ementa: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90” (HC 82959/SP, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 18).

### 3.3.6. O Sistema de Precedentes no Novo CPC

O novo Código de Processo Civil brasileiro cria um sistema de precedentes, que compreende a regulamentação de sua formação, distinção, superação e aplicação.

Para lidar com os problemas vistos acima no direito processual (e, especialmente, na estrutura recursal), o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) criou novos instrumentos processuais, entre os quais estão a ampliação do número de decisões judiciais com força vinculante (os precedentes judiciais) o que abrange também o processamento e o julgamento de casos repetitivos, que produz consequências sobre a forma de gestão processual e a solução dos processos similares. Desse modo, apesar do veto ao art. 333 (que tratava da conversão de ação individual em coletiva), o NCPC possui técnicas de decisão que permitem a adoção do mesmo julgamento para todos os processos similares, envolvendo direitos individuais ou coletivos.

O novo CPC lista as decisões que são consideradas precedentes em seu art. 927<sup>665</sup>: (a) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (b) os enunciados de súmula vinculante do STF; (c) os acórdãos proferidos pelos tribunais competentes em incidente de assunção de competência (IAC) ou em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; (e) e a orientação do plenário ou do órgão especial do tribunal.

O dispositivo é criticado por importar em uma *criação impositiva de precedente*, ou na elaboração de um *precedente obrigatório*. Em outras palavras, *a decisão do STF ou do STJ (e de outros tribunais) será um precedente independentemente da vontade da Corte de criar um precedente*<sup>666</sup>.

A utilização de precedentes no direito brasileiro tem como objetivos principais os de conduzir a: (a) um aumento da previsibilidade das decisões judiciais, da

<sup>665</sup> “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. (...)”.

<sup>666</sup> Nesse sentido: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 226, pp. 349-382, dez. 2013, pp. 360-361.

segurança jurídica e da isonomia no tratamento de casos similares; (b) e da exigência de um maior esforço argumentativo, ou seja, de uma fundamentação melhor desenvolvida, para a diferenciação ou a superação de um precedente. Não é mais suficiente que o juiz desenvolva a sua motivação e ignore o precedente incidente sobre o caso sob julgamento; deve fundamentar de forma adequada o eventual afastamento do precedente naquele processo.

Ainda, é necessária a regulamentação legal (já existente, em parte) das formas de fixação e superação dos precedentes, a fim de que sejam asseguradas a isonomia e a segurança jurídica, mas, por outro lado, permita-se que o Direito mantenha seu caráter dinâmico e acompanhe a evolução da sociedade<sup>667</sup>. Também se deve levar em consideração que, por terem surgido dos costumes do *Common Law*, a efetividade dos precedentes depende também do costume, ou seja, de sua aplicação contínua no tempo, da utilização do *overruling* baseada em critérios objetivos prévios e da observância na prática, pelos jurisdicionados, dos precedentes.

O novo Código de Processo Civil resolve, em tese, a maior parte das lacunas e problemas. Ainda, o novo CPC submete o juiz ao sistema de precedentes, o que reflete na tramitação recursal diferenciada, mais célere.

O sistema de precedentes criado pelo novo CPC levará a uma mudança na *argumentação no processo*, de todos os sujeitos processuais. Além da *generalização* das decisões com eficácia vinculante e a prevalência da criação *preventiva* de precedentes (para a aplicação a todos os processos atuais suspensos e os eventuais futuros), há uma *institucionalização* das decisões judiciais, reduzindo ou até mesmo impedindo as posturas individualistas dos julgadores em toda a estrutura judiciária do país, da primeira instância ao STF<sup>668</sup>. Com a aplicação prática dessas normas e a consolidação dos precedentes judiciais no país, a petição inicial não se limitará a buscar a aplicação de uma determinada lei para efetivar o direito material da parte, mas sim *a tese jurídica criada por um tribunal sobre a norma jurídica aplicável*, ou, em outras palavras, a

---

<sup>667</sup> Com a mesma compreensão: REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013, pp. 18-19.

<sup>668</sup> Acerca dessa pretendida mudança de postura individualista, por meio das normas legais, especialmente a partir da entrada em vigor do novo CPC: “Outro desafio será a superação do individualismo nas decisões jurisdicionais. Não se pode partir de um grau zero a cada novo caso concreto. Apenas um ponto de vista estritamente individual do exercício desta função tem aptidão para permitir um exercício individual da jurisdição por cada juiz, que desconsidera os precedentes anteriores (...). Afinal, é preciso passar de um modelo individualista para um institucionalista, situação que traz consigo o dever de autorreferência” (PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, p. 335).

interpretação conferida pelo Judiciário para aquela lei em uma decisão com eficácia vinculante, ou, mais resumidamente, a petição inicial vai ter sua argumentação desenvolvida para a aplicação de um precedente ao caso concreto (para a satisfação do direito material da parte). Nessa hipótese, a argumentação da contestação será desenvolvida no sentido oposto, de *distinção* do precedente com o caso (a fim de que ele seja resolvido a partir de outro precedente, ou, ainda, como um caso total ou parcialmente novo), ou até mesmo defendendo a sua *superação*. Por sua vez, a instrução do processo e a sentença se voltarão para a aplicação – ou não – de um ou mais precedentes para a resolução dos pontos controvertidos existentes no processo, o que se repetirá nas decisões monocráticas e acórdãos subsequentes nos tribunais.

No novo CPC, o precedente possui dois efeitos principais: (a) vinculante (eficácia normativa), ao determinar aos juízes e tribunais a sua aplicação aos casos similares (conforme o art. 927); (b) e, conseqüentemente, impeditivo (ou obstativo) de revisão da decisão, ao limitar ou obstar a interposição de recursos contra o julgamento que aplicar o precedente (especialmente no poder do relator de conhecer e negar provimento ao recurso que contraria precedente, nos termos do art. 932, IV, e a multa pela interposição de agravo interno manifestamente improcedente em julgamento unânime, prevista no § 4º do art. 1.021)<sup>669</sup>.

Quanto ao cabimento da reclamação para cassar pronunciamentos judiciais contrários como uma característica do precedente, trata-se de questão controvertida, que é melhor desenvolvida pelo novo CPC. Na doutrina, dividem-se aqueles que inserem a reclamação como uma ação que tem com objeto a proteção dos precedentes (e aqueles para os quais se trata de um dos instrumentos processuais adequados para a defesa da autoridade dos tribunais (apoiada na sua competência para resolver definitivamente sobre determinada questão de direito, material ou processual, constitucional ou infraconstitucional) e da eficácia vinculante de determinadas decisões<sup>670</sup>. O novo CPC

---

<sup>669</sup> Acerca do tema: FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014, p. 139.

<sup>670</sup> Com entendimento contrário: “É importante estabelecer que o cabimento ou não da reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante. Nos casos em que cabível, a reclamação atua apenas como mais um remédio jurídico processual apto à correção da não aplicação adequada de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante” (PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, pp. 332-335).

assegura de forma expressa o cabimento da reclamação para a proteção da autoridade de precedentes (art. 988, III e IV)<sup>671</sup>.

Apesar de, por um lado, pretender um julgamento qualitativo em detrimento do julgamento quantitativo que se tornou tradição no Judiciário brasileiro (por meio do sistema de precedentes e das técnicas de julgamento de casos repetitivos), o novo CPC reduz o *self restraint* das Cortes, especialmente do STF e do STJ.

Há uma redução significativa do poder de agenda desses tribunais, por meio de diversas normas, entre as quais se destacam: (a) a conversão de recurso extraordinário em especial e de recurso especial em extraordinário (arts. 1.032 e 1.033); (b) a presunção absoluta de repercussão geral no recurso extraordinário interposto contra o acórdão no IRDR (art. 987, § 1º); (c) e a criação de nova hipótese de presunção absoluta de repercussão geral no RE, quando o tribunal *a quo* declarar a inconstitucionalidade de lei federal ou de tratado internacional internalizado no ordenamento jurídico pátrio (art. 1.035, § 3º, III)<sup>672</sup>.

Outro ponto que o novo CPC pretende auxiliar a resolver no Brasil está na omissão do direito administrativo, que não regulamenta de forma adequada algumas atividades e, principalmente, apresenta falhas na fiscalização pelas agências reguladoras. Por isso, o sistema de julgamentos repetitivos do NCPC prevê a *comunicação das decisões aos órgãos administrativos*, para a adoção das providências necessárias ao efetivo cumprimento, na via administrativa, do acórdão proferido nos processos-piloto<sup>673</sup>. O Judiciário supre, nesse ponto, o papel das agências reguladoras, quando não desempenhado por elas de forma satisfatória.

<sup>671</sup> “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

<sup>672</sup> De forma inovadora, o art. 1.035, § 3º, III, do novo CPC, traz como hipótese de presunção absoluta de repercussão geral a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa nos tribunais, na forma do art. 97 da Constituição: “Art. 1.035. (...) § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: (...) III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”. Portanto, o incidente de inconstitucionalidade assumirá uma relevância maior, porque a decisão dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça terão seu mérito analisado pelo STF. Isso garante que o RE seja conhecido e julgado, sempre que os tribunais inferiores julgarem esse incidente.

<sup>673</sup> No IRDR, esses reflexos no direito administrativo estão previstos no art. 985, § 2º, do novo CPC: “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (...) § 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”. Disposição similar está prevista para os recursos especiais e extraordinários repetitivos: “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...) IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão

Ainda, entre as mudanças desse sistema de precedentes, duas novidades serão destacadas e analisadas mais especificamente: a conversibilidade entre os recursos especiais e extraordinários e o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), especialmente suas normas próprias de fundamentação e as modificações que produz sobre os fundamentos das decisões futuras, que deverão se preocupar com sua aplicação ou distinção (e de que forma pode ser realizada a sua superação).

### 3.3.6.1. Conversibilidade entre Recursos Especiais e Extraordinários

Em primeiro lugar, existe uma norma totalmente inédita no direito pátrio, constante dos arts. 1.032 e 1.033, que mudará de forma significativa o julgamento dos recursos, dos casos repetitivos e a criação (e eventual superação) de precedentes pelo STF e pelo STJ.

Trata-se de uma regra de *conversão* entre os recursos especial e extraordinário. Não se trata de fungibilidade entre os recursos, mas, como dito, da *convertibilidade*, institutos que não se confundem: (a) a fungibilidade consiste em admitir a prática de um ato processual no lugar de outro (por exemplo, conhecer o recurso equívocado como se fosse o adequado), diante da existência de dúvida objetiva, mas não há modificação do órgão julgador<sup>674</sup>; (b) e a convertibilidade significa que o tribunal pode converter o recurso em outro, quando entender que o segundo é mais adequado, remetendo-o para outro órgão julgador, competente<sup>675</sup>. Em outras palavras, na fungibilidade não há mudança de competência e de procedimento, enquanto na convertibilidade há mudança de competência e de procedimento.

Em primeiro lugar, se for interposto apenas o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e o relator verificar que a questão debatida é constitucional,

---

ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

<sup>674</sup> A fungibilidade, atualmente, é permitida em poucas hipóteses pelos tribunais brasileiros, especialmente quando existir dúvida objetiva, for observado o prazo do recurso cabível e não houver erro grosseiro. Em tese, a fungibilidade subsiste no NCPC, para hipóteses não previstas para a conversão. Há previsão, expressa, por exemplo, de fungibilidade entre embargos declaratórios e agravo interno, quando a parte opõe o primeiro em situação de cabimento do segundo: “Art. 1.024. (...) § 3º § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º”. De outro lado, com o entendimento de que a fungibilidade subsiste, em tese, para qualquer recurso, dispõe o Enunciado 104 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPCC): “(art. 1.024, § 3º) O princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício”.

<sup>675</sup> A convertibilidade é prevista no NCPC para a conversão do recurso especial em extraordinário (e vice-versa) (arts. 1.032 e 1.033).

deve intimar o recorrente para emendar seu recurso no prazo de 15 dias úteis, especialmente sobre a questão constitucional e para demonstrar a existência de repercussão geral (art. 1.032)<sup>676</sup>. Convertido o recurso especial em extraordinário, com a emenda do recorrente, deve ser remetido ao STF, com duas consequências iniciais possíveis: (a) o Plenário Virtual do STF conhece o recurso como RE e analisa seus requisitos, inclusive a repercussão geral, negando ou dando seguimento a ele, para, na segunda hipótese, remetê-lo para julgamento no Plenário; (b) ou não conhece o recurso por entender ausente a questão constitucional, devolvendo-o ao STF para prosseguimento (art. 1.032, parágrafo único)<sup>677</sup>.

Enquanto no CPC/73 o recurso especial seria inadmitido pelo STJ, com fundamento em questão constitucional, no NCPC esse recurso deve ser convertido. Trata-se, portanto, de uma *regra de conversão*, que permite converter o recurso especial em recurso extraordinário, dando ao recorrente a oportunidade de se manifestar sobre a existência de repercussão geral. Incumbe ao STF decidir. Caso entenda que a matéria é infraconstitucional, devolve o recurso ao STJ, para julgamento. Essa é mais uma demonstração do princípio da primazia da decisão de mérito.

Essa regra também se aplica ao recurso extraordinário interposto no Supremo Tribunal Federal: se a Corte considerar que há ofensa reflexa à Constituição, ou seja, porque depende de revisão da interpretação de lei federal ou de tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico nacional, deve remetê-lo ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial (art. 1.033)<sup>678</sup>.

É, assim, o reverso do art. 1.032, ou seja, prevê a remessa do recurso do STF ao STJ, aplicando a *conversão* entre os recursos especial e extraordinário. Também observa o princípio da primazia da decisão de mérito. A jurisprudência defensiva do STF no sentido de que a ofensa reflexa à Constituição não permite o uso de recurso

---

<sup>676</sup> “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional”.

<sup>677</sup> “Art. 1.032. (...) Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”.

<sup>678</sup> “Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

extraordinário<sup>679</sup> foi minimizada, porque substitui o não conhecimento do recurso por sua conversão em recurso especial, para ser julgado pelo STJ.

Tais normas, ao mesmo tempo, dão efetividade ao princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º), privilegiam a formação do precedente pelo tribunal competente (em relação ao caso controverso) e combatem a jurisprudência defensiva, que levaria inevitavelmente à negativa de jurisdição pelo STJ ou STF.

### 3.3.6.2. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) constitui uma das principais inovações promovidas pelo NCPC, sem instituto similar em nosso ordenamento jurídico<sup>680</sup>. Este ponto se dividirá na análise das características do IRDR suas normas de processamento e julgamento, além da eficácia produzida pela decisão que, ao resolvê-lo, cria um precedente judicial.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) não tem natureza jurídica de recurso, mas se trata de um *incidente processual*, que pode ser instaurado em um recurso ou em um processo de competência originária do tribunal competente.

O IRDR é, dessa forma, uma *técnica de julgamento* de direitos coletivos em sentido amplo, especialmente os direitos individuais homogêneos<sup>681</sup>. Ao mesmo tempo,

<sup>679</sup> Por exemplo, dispõe a Súmula nº 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada às normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

<sup>680</sup> Acerca do IRDR no novo CPC, especialmente sob a perspectiva do enfrentamento judicial das demandas de massa sobre direitos individuais homogêneos e os reflexos causados sobre a competência constitucional dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais: REICHELDT, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil brasileiro e o redimensionamento do papel constitucionalmente associado aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 248, pp. 273-285, out. 2015.

<sup>681</sup> Nesse sentido, na definição de Bruno Dantas: “2. Natureza jurídica e conceito. O IRDR, como o próprio nome sugere, possui natureza jurídica de incidente processual *sui generis*. Não dá azo, portanto, à instauração de uma nova relação processual, com todas as consequências que disso advém. Tampouco o IRDR significa a avocação da competência para conhecer as demandas repetitivas. Em termos práticos, o IRDR funciona como fracionamento na cognição e no julgamento da causa. Ao tribunal compete a fixação da tese em abstrato, e ao juízo originário a sua aplicação ao caso concreto. É importante observar que a fixação da tese contém não apenas cognição da *quaestio iuris*, mas também decisão, o que todavia *não significa julgamento da lide subjacente*. É possível conceituar o IRDR como o incidente processual instaurado para, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.179).

consiste também em um *processo concentrado* de formação (e eventual superação) de precedentes judiciais.

Busca-se, por meio dele, conferir efetividade à segurança jurídica e à isonomia nas decisões dos tribunais, além de, preventivamente, evitar a multiplicação de casos idênticos com decisões judiciais diferentes.

Por não ser um recurso, o IRDR independe de preparo e não possui custas processuais (art. 976, § 5º)<sup>682</sup>.

Os pressupostos de instauração do IRDR estão previstos no art. 976 do novo CPC<sup>683</sup>: (a) a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão; (b) a questão deve ser exclusivamente de direito; (c) a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; (d) e a ausência de afetação de REsp ou RE ao rito dos recursos repetitivos<sup>684</sup>.

A repetição de processos com idêntica controvérsia exclusivamente de direito exige a identidade entre pelo menos uma questão de direito material ou processual, ou seja, a tese jurídica discutida no processo<sup>685</sup>.

Há uma questão que será respondida apenas na prática: qual a (ou há uma) quantidade mínima de processos necessária para justificar o requerimento de instauração do IRDR?<sup>686</sup> O NCPC não estabelece um critério objetivo (2, 5, 10, 50, 100

<sup>682</sup> “§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas”.

<sup>683</sup> “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

<sup>684</sup> Há, ainda, quem inclua entre os pressupostos a existência de pelo menos um processo sobre o tema no tribunal. Trata-se de assunto polêmico que será analisado na sequência, com a legitimidade para a instauração do IRDR.

<sup>685</sup> Na doutrina: “2.1 *Identidade da questão unicamente de direito controvertida*. Seguindo a linha carneluttiana, pode-se dizer que *questão de direito* é o fundamento da ação ou da contestação sobre o qual se instalou uma controvérsia, e que tem em sua essência a análise de um princípio ou de uma regra jurídica. Estabelecido o conceito de questão de direito, devemos agora dedicar atenção ao que o legislador intitulou de identidade. O requisito da *identidade* da questão de direito possui papel central na formulação das técnicas de tutela pluri-individual, pois somente na sua presença é que se pode admitir que o julgamento de um caso paradigmático possa projetar efeitos sobre outros casos que jamais (ou muito dificilmente) chegarão a ser apreciados pelo tribunal responsável pela pacificação do entendimento. Embora a legislação brasileira, em mais de um dispositivo, se refira a “casos idênticos”, o certo é que *a identidade exigida para a instauração do IRDR é a da questão de direito discutida nas demandas*. Vale dizer, basta que coincida a *tese jurídica subjacente*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.181).

<sup>686</sup> Acerca do tema: “A nova lei exige que já haja efetiva repetição de processos e não mera potencialidade de que os processos se multipliquem. Parece, todavia, que os objetivos do instituto ficariam inteiramente frustrados, se se exigisse, para a instauração do incidente, que já se tivesse instalado o caos na jurisprudência de 1º grau, com milhares de sentenças resolvendo de modos diferentes a mesma questão de direito. Não. Se a lei exige que já haja processos “repetidos” *em curso*, é razoável que se entenda que bastem duas ou três dezenas, antevendo-se a inexorabilidade de a multiplicação destas ações

ou 1.000 processos, por exemplo), tampouco conjuga mais de um elemento (número mínimo de processos e repetição em mais de uma Subseção ou Comarca, por exemplo) para caracterizar a expressão “efetiva repetição de processos”. Dessa forma, não há impedimento, nesse pressuposto, para que os processos em tramitação em apenas uma unidade judiciária justifiquem a provocação do incidente.

A prova do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica consiste na existência de decisões judiciais conflitantes para os casos similares<sup>687</sup>. Nesse pressuposto está o impedimento para que os processos tramitem em apenas uma unidade judiciária: é preciso que os casos repetitivos tramitem em juízos diferentes e, principalmente, que as soluções dadas por eles sejam diferentes para as mesmas questões de direito. Esse risco é o principal fundamento para a *suspensão automática* de todos os demais processos sobre a mesma questão, até que o tribunal julgue o IRDR e crie um precedente para o tema (e que será aplicado a todos esses processos suspensos e os casos futuros).

Ainda, esse pressuposto leva ao *impedimento de instauração do IRDR com base na existência de causas repetitivas em apenas um juízo*. Para que se possa caracterizar o risco de afronta à isonomia e à segurança jurídica, devem existir decisões conflitantes sobre a mesma questão de direito.

Por fim, o quarto pressuposto tem um aspecto *negativo*, porque exige a inoccorrência de um fato para que o IRDR tenha início (art. 976, § 4º)<sup>688</sup>. Havendo RE ou REsp afetado ao rito dos recursos repetitivos, não pode ser instaurado o IRDR,

---

passarem a ser muito maior” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, pp. 1397-1398). Ainda, o Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis prevê: “(art. 976, II) A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

<sup>687</sup> Sobre o assunto: “2.3 Risco presente de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Não é qualquer multiplicação de processos que abre ensejo à instauração do IRDR, mas apenas aquela que ofereça risco efetivo de prolação e coexistência de decisões judiciais conflitantes, o que ofende a isonomia e a segurança jurídica. A isonomia é ofendida quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida de forma discrepante. Essa violação, que já seria indesejável em qualquer outra circunstância, mostra-se qualificada quando o Poder Judiciário vacila na aplicação da lei diante de casos idênticos repetitivos. Isso porque a multiplicidade de casos realça a incoerência do Poder Judiciário, que é uno, embora composto por milhares de juízes. Realmente, como pode o mesmo tributo, ao mesmo tempo, ser e não ser inconstitucional, conforme o sabor da opinião de cada juiz?!” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.181).

<sup>688</sup> “§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

porque este é processado e julgado no tribunal local, enquanto aqueles são julgados pelo STF ou o STJ, respectivamente, logo, possuem grau de hierarquia e de eficácia territorial maiores, além de propiciar a uniformização do tema em todo o território nacional. Ressalta-se que a existência de IRDR em outros tribunais não é um obstáculo impeditivo: por exemplo, havendo um IRDR já iniciado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina pode instaurar o incidente sobre o mesmo tema. Essa prática é, na verdade, benéfica para o direito e o Judiciário, ao permitir que haja o debate mais amplo possível sobre a mesma questão de direito material ou processual, de um modo público e concentrado em um (ou alguns) processo em cada tribunal, com manifestações de partes, terceiros, realização de audiências públicas. Essa ampliação do contraditório e dos debates sobre o tema conduzirá a decisões melhores fundamentadas em cada Corte e a um julgamento, pelo STJ ou STF, que conseguirá abranger todos os pontos controvertidos e, conseqüentemente, permitir a melhor compreensão do tema.

Analisados os pressupostos, todos objetivos, resta a seguinte questão: quem pode requerer a instauração do IRDR para o órgão competente?

Os legitimados para requerer a instauração do IRDR estão listados no art. 977 do novo CPC<sup>689</sup>: (a) o juiz do processo ou o relator do recurso ou da causa de competência originária, por meio de ofício; (b) as partes, por meio de petição; (c) o Ministério Público e a Defensoria Pública, por meio de petição.

Assim, há uma *ampla legitimidade* para provocar o IRDR. Sua natureza de incidente processual é destacada na legitimidade: não segue nos próprios autos, mas devem ser criados autos próprios para o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A legitimidade do juiz gera controvérsia, diante de lacuna existente no Código: há necessidade da existência de processo sobre a mesma questão de direito (material ou processual) no tribunal, ou basta o preenchimento dos pressupostos na primeira instância? Existem duas posições diferentes sobre a questão: (a) o juiz pode suscitar a instauração do IRDR independentemente da existência de processos sobre o tema no tribunal<sup>690</sup>; (b) e o juiz só pode provocar o incidente desde que existe pelo menos uma causa repetitiva no tribunal, tendo em vista que, suscitá-lo com fundamento

---

<sup>689</sup> "Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição".

<sup>690</sup> Esse é o entendimento adotado no Enunciado nº 22 da ENFAM: "A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal".

exclusivo em processos de primeira instância caracteriza supressão de instância<sup>691</sup> e a competência do tribunal para fixar a tese e aplicar o direito ao caso concreto (art. 978, parágrafo único)<sup>692</sup>.

Recorda-se, todavia, que independentemente do entendimento adotado, deve ser observado o pressuposto do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o que se dá, em regra, pela existência de decisões conflitantes em juízos diversos.

O ofício ou a petição com o pedido de instauração do IRDR deve ser fundamentado nos pressupostos acima citados e instruído com os documentos necessários para comprová-los (art. 977, parágrafo único)<sup>693</sup>.

Esclarecida a legitimidade, ainda resta a parte final da pergunta: qual é o órgão competente para instaurar, processar e julgar o incidente?

A competência para o processamento e julgamento do IRDR é controversa (e será desenvolvida no tópico seguinte), diante da falta de clareza do novo CPC em sua definição. Há dois entendimentos principais sobre o tema: (a) apenas os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais podem regulamentar em seus regimentos internos o incidente, com fundamento em dispositivos do NCPC que fazem menção a “Estado” e “Região” (art. 982, I, e 985, II)<sup>694</sup>; (b) e não há restrição a determinados tribunais, podendo o IRDR ser instituído por qualquer órgão de competente para a uniformização de jurisprudência (e não apenas com competência recursal), o que abrange tribunais e turmas de uniformização dos juizados especiais<sup>695</sup>.

No tribunal, a competência para o IRDR divide-se em três fases: (a) para receber e conhecer o incidente; (b) para conhecer e admitir o IRDR; (c) e para processá-lo e julgá-lo.

---

<sup>691</sup> Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “(art. 978, parágrafo único) A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

<sup>692</sup> “Art. 978. (...) Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

<sup>693</sup> “Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente”.

<sup>694</sup> A primeira norma trata da admissibilidade do incidente: “Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso”. De acordo com o segundo dispositivo mencionado: “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”. Esse entendimento é defendido, por exemplo, no Enunciado nº 343 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional”.

<sup>695</sup> Acerca do IRDR nos juizados especiais, dispõe o Enunciado nº 44 da ENFAM: “Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema”.

Independentemente da controvérsia sobre os tribunais que podem criar o incidente, o *destinatário* do ofício ou da petição que requer a instauração do IRDR é o Presidente do tribunal competente (art. 977, NCPC). É a ele, portanto, que deve ser destinado o pedido formulado pelo juiz do processo na primeira instância, pelo relator do recurso ou do processo de competência originária no próprio tribunal, por uma das partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública (em primeira ou segunda instância)

Recebido o pedido pelo Presidente da Corte, por ele já é possível exercer um *primeiro juízo de admissibilidade* do IRDR, podendo deixar de conhecer o incidente se verificar de plano algum vício insanável (como, por exemplo, a ilegitimidade ativa ou a falta de algum dos pressupostos).

Com o recebimento e conhecimento pelo Presidente, efetua-se a distribuição do incidente, por sorteio, para um relator, entre aqueles que integram o órgão competente no tribunal para a uniformização do tema (art. 978, NCPC)<sup>696</sup>. Distribuído o processo para o relator sorteado, segue-se outra questão controversa, derivada de lacuna do NCPC: a quem compete realizar o *segundo juízo de admissibilidade* do IRDR? A resposta se divide em duas opiniões diversas: (a) é o próprio relator, em decisão monocrática, que decide sobre o conhecimento – ou não – do IRDR, cabendo agravo interno contra essa decisão, no prazo de 15 dias úteis (art. 1.021, NCPC)<sup>697</sup>; (b) e incumbe ao órgão colegiado proferir essa decisão, sob o argumento de que a admissibilidade e o julgamento do incidente competem a ele, e não singularmente ao relator<sup>698</sup>.

A resposta está no art. 981 atribui essa competência ao colegiado<sup>699</sup>. A decisão de conhecimento do IRDR pelo órgão colegiado competente produz, como principal efeito, de forma automática, a determinação pelo relator da *suspensão* de todos os processos repetitivos (sobre o mesmo tema) em tramitação, dentro da competência territorial do tribunal (art. 982, I)<sup>700</sup>. Essa suspensão deve ser comunicada a todos os

<sup>696</sup> “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”.

<sup>697</sup> “Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal”.

<sup>698</sup> Esse é o entendimento constante do Enunciado nº 91 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “(art. 981) Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”.

<sup>699</sup> “Art. 981. Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976”.

<sup>700</sup> “Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso”.

juízos competentes (em tese) para julgar a questão, ainda que não haja processos em tramitação no juízo (art. 982, § 1º)<sup>701</sup>.

Outro reflexo que surge com o conhecimento do IRDR é a presunção absoluta da existência de repercussão geral em eventual recurso extraordinário a ser interposto contra a decisão de mérito do incidente (art. 987, § 1º).

Se não for admitido, o IRDR pode ser reapresentado, com a correção dos defeitos que impediram a sua admissibilidade (art. 976, § 3º)<sup>702</sup>.

Ainda, é possível a *suspensão* dos processos (individuais e coletivos) em *todo o território nacional*, desde que: (a) haja requerimento de alguma das partes (do processo-piloto ou de qualquer processo sobre o mesmo tema, suspenso ou não, do mesmo Estado ou Região ou não)<sup>703</sup>, do Ministério Público ou da Defensoria Pública (ou seja, não pode ser determinada de ofício); (b) o fundamento do pedido deve ser a garantia da segurança jurídica, ou seja, objetivar a existência de decisões conflitantes sobre o tema, na pendência de IRDR a ser julgado por um ou alguns tribunais; (c) o pedido deve ser dirigido ao Presidente do STF ou do STJ, de acordo com a natureza da questão (constitucional ou infraconstitucional), a quem compete decidir sobre a suspensão em todo o território nacional (art. 982, § 3º)<sup>704</sup>.

Pretende-se, com essa suspensão nacional, atuar de forma *preventiva* para impedir a existência de decisões divergentes sobre o mesmo tema, proferidas por juízes ou tribunais de diferentes Estados ou Regiões. Ainda, protege-se a autoridade e a força vinculante das decisões do STF e do STJ, evitando sentenças e acórdãos (e, eventualmente, o trânsito em julgado) contrários à decisão final no IRDR. A possibilidade da parte de qualquer processo sobre o mesmo tema requerer a suspensão nacional é uma hipótese de *legitimidade universal*, que pressupõe apenas que a pessoa

---

<sup>701</sup> “§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes”.

<sup>702</sup> “§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado”.

<sup>703</sup> Conforme esclarece o § 4º do art. 982, a parte em qualquer processo sobre o tema pode requerer a suspensão em todo o território nacional: “§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo”. Pode ocorrer, por exemplo, que seja instaurado o IRDR em apenas um ou alguns Tribunais de Justiça e os processos em tramitação em outros Estados sejam decididos de formas diferentes, contraditórias.

<sup>704</sup> “§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado”.

esteja na mesma situação jurídica e seja parte em processo em tramitação (suspensão ou não).

Concedida a suspensão nacional, seus efeitos perduram até: (a) o trânsito em julgado do acórdão no IRDR, pela ausência de recurso ou por seu não conhecimento (art. 982, § 5º)<sup>705</sup>; (b) se interposto (e conhecido) recurso especial ou extraordinário, até eventual revogação da suspensão ou o julgamento do recurso.

Com a admissão do incidente pelo órgão colegiado, observa-se o seguinte procedimento: (a) inicialmente, o relator deve intimar o Ministério Público para manifestação, no prazo de 15 dias úteis, e, caso entenda necessário, deve requisitar informações às unidades judiciárias com processos em tramitação sobre o tema, que também deve responder em 15 dias úteis (art. 982, II e III)<sup>706</sup>; (b) na sequência, são ouvidas as partes e quaisquer interessados (pessoas naturais e jurídicas com interesse no tema, inclusive os *amici curiae*), que, no prazo comum de 15 dias úteis, poderão se manifestar por escrito, apresentar documentos e requerer a realização de diligências, ouvindo-se novamente o Ministério Público (art. 983)<sup>707</sup>; (c) em seguida, o relator poderá designar data para a realização de audiência pública, a fim de ouvir pessoas com conhecimento e experiência na matéria (art. 983, § 1º)<sup>708</sup>; (d) por fim, ouvidas as partes, interessados, Ministério Público e, eventualmente, realizada a audiência pública, o relator deve solicitar data para o julgamento do IRDR (art. 983, § 2º)<sup>709</sup>.

Ainda, a desistência do processo ou do recurso não impede o prosseguimento do IRDR, que prosseguirá com o Ministério Público na sua titularidade (art. 976, § 2º).

O julgamento do IRDR deve iniciar no prazo de um ano e tem preferência sobre os demais processos, com exceção daqueles com réu preso e os pedidos de habeas corpus, caso o órgão colegiado também possua essa competência (art. 980)<sup>710</sup>. Esse

<sup>705</sup> “§ 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente”.

<sup>706</sup> “Art. 982. Admitido o incidente, o relator: (...) II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III - intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias”.

<sup>707</sup> “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo”.

<sup>708</sup> “§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

<sup>709</sup> “§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente”.

<sup>710</sup> “Art. 980. O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”.

prazo não está claro no NCPC, mas o termo inicial deve corresponder à data da publicação da decisão do colegiado que conhece o incidente e determina as primeiras providências<sup>711</sup>.

O procedimento da sessão de julgamento do IRDR é detalhado pelo NCPC e observa a seguinte ordem: (a) a exposição do relatório, com a delimitação do tema objeto do incidente; (b) a sustentação oral das partes no processo originário e do Ministério Público, por 30 minutos para cada um; (c) os demais interessados (amigos da Corte, outros terceiros etc.) também podem realizar sustentação oral, no prazo total de 30 minutos, divididos entre todos, e desde que realizem a sua inscrição com 2 dias úteis de antecedência<sup>712</sup>; (d) e, por fim, passa-se ao voto do relator e dos demais integrantes do colegiado (art. 984)<sup>713</sup>.

Aqui ocorre o *terceiro juízo de admissibilidade* do IRDR: após as apreciações iniciais do Presidente da Corte e do relator, no início do julgamento também podem ser suscitadas questões que possam afetar o conhecimento do incidente. Caso isso ocorra, os componentes devem primeiro resolver a questão de ordem para, em seguida, não conhecer (encerrando o processo) ou conhecer o IRDR, para, assim, passar para o exame do mérito.

A decisão de mérito no IRDR reflete o contraditório e a publicidade ampliados que norteiam a sua tramitação e a sessão de julgamento. Por isso, a fundamentação deve abranger todos os fundamentos trazidos pelos sujeitos que participaram do incidente, favoráveis ou contrários à tese adotada na decisão (art. 984, § 2º)<sup>714</sup>, e não apenas se limitar a refutar o que contrariar a fundamentação.

O julgamento do IRDR ocorre, em regra, de modo *fracionado*: (a) em primeiro lugar, o tribunal decide o tema *em abstrato* no incidente; (b) e, em seguida, aplica esse acórdão no incidente para resolver o caso concreto (art. 978, parágrafo

<sup>711</sup> Com esse entendimento: “O prazo começará a fluir a partir da publicação do acórdão de admissão do IRDR. Findo, cessa automaticamente a suspensão dos processos repetitivos, devendo o juiz de cada caso promover o impulso independentemente de nova ordem do tribunal, ressalvada a prorrogação pelo relator do IRDR mediante decisão fundamentada” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.187).

<sup>712</sup> Esse prazo pode ser ampliado, de acordo com o número de inscritos, conforme prevê o art. 984: “§ 1º Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado”.

<sup>713</sup> “Art. 984. No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: I - o relator fará a exposição do objeto do incidente; II - poderão sustentar suas razões, sucessivamente: a) o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos; b) os demais interessados, no prazo de 30 (trinta) minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com 2 (dois) dias de antecedência”.

<sup>714</sup> “§ 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.

único)<sup>715</sup>. Na prática, e apesar da disposição legal expressa sobre esse fracionamento, a decisão no incidente poderá se limitar à primeira etapa, quando tiver sido suscitado na primeira instância em momento anterior à existência de processo sobre o tema no tribunal.

Quanto aos recursos, em primeiro lugar o IRDR é impugnável por meio dos embargos de declaração, nas hipóteses previstas no art. 1.022 do novo CPC, quais sejam, obscuridade, contradição, omissão e erro material<sup>716</sup>. O recurso deve ser interposto no prazo de 5 dias úteis, independe de preparo (art. 1.023)<sup>717</sup> e possui efeito interruptivo (art. 1.026)<sup>718</sup> sobre o prazo de interposição dos demais recursos. Porém, não tem efeito suspensivo sobre a eficácia da decisão embargada.

Ainda, podem ser interpostos, em tese, recurso extraordinário para o STF e recurso especial para o STJ (art. 987)<sup>719</sup>, desde que observados os seus pressupostos constitucionais (arts. 102, III, e 105, III) e legais (art. 1.029 e seguintes, do novo CPC).

Há uma peculiaridade no REsp e no RE interposto contra acórdão em IRDR: *o efeito suspensivo do recurso é automático* (art. 987, § 1º, NCPC)<sup>720</sup>. É uma exceção à regra de ausência de efeito suspensivo legal a esses recursos, que só pode ser concedido judicialmente. Esse efeito decorre da segurança jurídica e faz com que a decisão adotada e o precedente criado no IRDR só sejam efetivamente aplicados a todos os processos suspensos (e aos demais casos futuros) após o seu trânsito em julgado.

Ademais, a parte final do art. 987, § 1º, do NCPC, preceitua que a repercussão geral no recurso extraordinário interposto contra o acórdão que decidir o IRDR é *presumida*. Trata-se de hipótese de *presunção legal absoluta (iuris et de iure)*, razão pela qual: (a) não há necessidade de demonstração formal da existência de repercussão geral no recurso extraordinário; (b) não admite prova em contrário, sobre

<sup>715</sup> “Art. 978. (...) Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

<sup>716</sup> “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material”.

<sup>717</sup> “Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo”.

<sup>718</sup> “Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso”.

<sup>719</sup> “Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso”.

<sup>720</sup> “§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida”.

eventual inexistência; (c) e o recurso não pode deixar de ser conhecido pelo STF com fundamento na ausência de repercussão geral, posto que não pode ser afastada.

Busca-se, com isso, conferir isonomia e assegurar a segurança jurídica no julgamento do IRDR, que inevitavelmente será definido em instância final pelo STJ ou pelo STF, o que evitará decisões divergentes entre tribunais distintos.

Há, desse modo, uma *vinculação* do STF à decisão do tribunal *a quo*, que, na sua decisão que conhecer do incidente, produzirá essa presunção de repercussão geral da matéria. O relator (ou o órgão colegiado) do recurso no STF pode deixar de conhecer o recurso com fundamento em qualquer pressuposto recursal (ex: intempestividade, matéria exclusivamente infraconstitucional etc.), *com exceção da repercussão geral*, que é presumida e não pode ser afastada pela Corte.

Essa previsão não é inédita no direito brasileiro. Recorda-se que também se presume a existência de repercussão geral quando a decisão recorrida contrariar enunciado de súmula ou a jurisprudência do STF (art. 543-A, § 3º, do CPC/73). O art. 1.035, § 3º, do novo CPC, amplia as hipóteses de repercussão geral presumida: (a) acórdão que não observar súmula ou a jurisprudência do STF; (b) decisão em julgamento de casos repetitivos; (c) e acórdão que declarou a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal por meio do incidente previsto no art. 97 da Constituição.

Encerrado o julgamento do IRDR e transitado em julgado o acórdão (após eventual julgamento de recurso especial e/ou extraordinário), os juízes deverão aplicar a tese em todos os processos sobre o mesmo tema, considerando a sua eficácia vinculante (art. 985)<sup>721</sup>.

De imediato, o tema estabelecido deve ser aplicado no julgamento de todos os processos suspensos, inclusive aqueles de competência dos juizados especiais (art. 985, § 1º). E, por se tratar de um precedente, o acórdão do IRDR deve ser observado no julgamento dos processos futuros (art. 985, § 2º).

---

<sup>721</sup> "Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986". A abrangência dos juizados especiais por IRDR julgado por tribunal é tema polêmico e que certamente causará divergências práticas, considerando que os órgãos de uniformização do sistema recursal dos juizados pretendem instituir o IRDR, por meio de regulamentação em seus regimentos internos. Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 44 da ENFAM: "Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema".

O tema decidido no IRDR gera uma eficácia vinculante: (a) vertical, porque deve ser observado pelos juízes vinculados ao tribunal que o julgou; (b) e horizontal, que se aplica ao próprio tribunal que decidiu o incidente. Essa dupla eficácia compreende os processos presentes (suspensos da instauração até o julgamento do IRDR) e futuros, sobre litígios individuais ou coletivos, sobre o mesmo tema de direito resolvido.

A inobservância do acórdão do tribunal em IRDR (ou da decisão transitada em julgado proferida pelo STJ ou pelo STF em recurso interposto no incidente) leva a dois caminhos processuais distintos: (a) em face da tese fixada, a parte prejudicada pode ajuizar reclamação no tribunal que julgou a IRDR, a fim de assegurar a autoridade de sua decisão (art. 985, § 1º)<sup>722</sup>; (b) e contra a aplicação da tese ao caso, a parte sucumbente pode interpor o recurso cabível (apelação, recurso especial etc.)

A eficácia da decisão proferida em IRDR perdura até que a tese seja revisada ou revogada, e substituída por outra (art. 986)<sup>723</sup>. Da mesma forma que o processo de formação do precedente no IRDR é concentrado, a sua superação (*overruling*) também se dá em um processo concentrado, no qual se decidirá sobre a sua alteração – parcial ou total – ou não, substituindo-o por outro precedente.

### 3.3.7. Superação de Precedentes no Brasil

A superação de um precedente no Brasil não tem normas legais definidas, tampouco uniformidade em sua utilização na prática judiciária. O novo CPC pretende preencher essa lacuna, para que a superação baseada em argumentos (e independentemente de instância) seja substituída pela superação apoiada na competência. Em outras palavras, *a competência para elaborar o precedente é acompanhada pela competência para sua superação* (por meio da elaboração de um novo precedente e a *substituição* do antigo). Por isso, pretende-se impedir a tradição de que juízes e tribunais afastem apenas por meio de argumentos as decisões dos tribunais superiores (seja refutando os argumentos da decisão do tribunal, seja se limitando a destacar a correção de seus próprios argumentos, seja até mesmo ignorando os argumentos do acórdão da Corte) – inclusive a ineficácia horizontal, quando os próprios

<sup>722</sup> "§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação". Nesse sentido, o Enunciado nº 349 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis prevê: "Cabe reclamação para o tribunal que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas caso afrontada a autoridade dessa decisão".

<sup>723</sup> "Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III".

tribunais não seguem suas decisões -, por uma lógica típica de precedentes do *Common Law*, com a tríade aplicação, distinção e superação.

Há, nos tribunais brasileiros, uma “tradição de insegurança”, ou seja, há uma previsibilidade de que as decisões não são previsíveis, e que as decisões (singulares e colegiadas) não necessariamente seguirão os julgados anteriores do tribunal sobre a mesma questão.

Em alguns acórdãos, os julgadores reconhecem a existência dessa insegurança, mas isso não leva necessariamente à uma uniformização. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, chegou-se a afirmar que seus acórdãos formam um “campo minado” para os jurisdicionados, por não dar segurança de que uma interpretação sobre determinada norma será mantida e até quando será seguida e aplicada<sup>724</sup>.

Contudo, essa falta de clareza e de destaque à superação de precedentes ou à modificação da jurisprudência não é vista apenas no Brasil<sup>725</sup>.

Portanto, a superação de um precedente (*overruling*) deve observar alguns seguintes requisitos: (a) a elaboração de uma fundamentação específica para as razões da superação do precedente<sup>726</sup>; (b) essa motivação só é válida se tiver como justificativa a ocorrência de algum dos motivos abstratos de superação<sup>727</sup>; (c) e, conforme a

<sup>724</sup> “(...) os julgadores devem ter a cautela de não transformar o processo em um campo minado. Durante décadas, a propósito de outros textos análogos, prescindiu-se da apresentação da peça em exame. A súbita guinada jurisprudencial colhe de surpresa as partes, que poderão sofrer graves prejuízos. A mudança legislativa não pode ter efeitos retroativos, mas a jurisprudência, na prática termina por tê-lo” (STJ, AgRg-AI 153.273/CE, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 05/11/1997).

<sup>725</sup> Criticando o tratamento conferido ao *overruling* em tribunais estrangeiros: “Portanto, se vemos que os tribunais pelo mundo não têm o cuidado de destacar a mudança de jurisprudência quando esta efetivamente ocorre, devemos ter uma preocupação maior ainda no caso dos julgamentos-alerta, e especialmente em ordenamentos da tradição romano-germânica, menos habituados a trabalhar com precedentes” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 41).

<sup>726</sup> Sobre a necessidade de que essa motivação seja clara e destacada a respeito da superação: “Nesse sentido, é absolutamente fundamental que se aponte qual o insituto ou regra que poderá ter sua interpretação ou aplicação revista. Ou seja, a *clareza* e *precisão* deste tipo de comunicação é essencial para que cumpra sua função garantística. De fato, são dois aspectos essenciais de uma técnica que procura estabelecer diretrizes para a programação da conduta humana, caso contrário não teria capacidade de conferir uma mínima certeza dos caminhos a seguir, e em nada acrescentaria em termos de calculabilidade e previsibilidade” (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013, p. 41).

<sup>727</sup> Em consequência, a mudança na composição da Corte e o “entendimento pessoal” do novo integrante não é um fundamento válido para a modificação do entendimento consolidado no precedente ou na jurisprudência. Como visto, a decisão de um órgão colegiado é única e não a soma dos votos de seus componentes.

regulamentação do NCPC, em regra o mesmo procedimento abstrato a ser seguido na criação do precedente também deve ser observado para a sua superação.

Diante da ausência de regras expressas sobre a superação no país (até a entrada em vigor do NCPC), não há, como dito, um comportamento uniforme dos tribunais. Existe um caráter peculiar em uma superação de precedente realizada no ano de 2013 pelo Supremo Tribunal Federal: um entendimento firmado em acórdão de controle concentrado foi modificado por meio de julgamento em controle difuso de constitucionalidade.

Na ADI 1232, julgada no ano de 1998, o STF declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social)<sup>728</sup>, que, ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição, estabeleceu um critério objetivo (renda *per capita* de até ¼ do salário mínimo) para a comprovação da falta de condições econômicas da família em manter pessoa idosa ou portadora de deficiência, como condição para a concessão do benefício de prestação continuada:

“CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE” (ADI 1232/DF, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, j. 27/08/1998, DJ 01/06/2001, p. 75).

Passados quase 15 anos, e após a prolação de diversas decisões monocráticas no próprio STF contrárias a esse entendimento<sup>729</sup>, o Plenário da Corte reapreciou a questão na Reclamação 4374 e nos Recursos Extraordinários 567985 e

<sup>728</sup> Em sua atual redação, modificada pela Lei nº 12.435/2011, o dispositivo dispõe que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. Por sua vez, o art. 203, V, da Constituição, prevê “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

<sup>729</sup> Por exemplo: Rcl 4374 MC/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007, DJ 06/02/2007, p. 111; Rcl 3805/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/10/2006, DJ 18/10/2006, p. 41; Rcl 4280/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20/06/2006, DJ 30/06/2006, p. 42; Rcl 4145/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/04/2006, DJ 10/05/2006, p. 36. De outro lado, seguindo a decisão da ADI 1232: Rcl 4858 MC/PB, rel. Min. Cezar Peluso, j. 18/05/2007, DJ 25/05/2007, p. 104; Rcl 4277 MC/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/05/2006, DJ 09/06/2006, p. 49; Rcl 4276 MC/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 29/05/2006, DJ 05/06/2006, p. 44; Rcl 4261/RS, rel. Min. Cezar Peluso, j. 17/04/2006, DJ 22/05/2006, p. 26. Já entre as decisões do Pleno, destacam-se as seguintes: Rcl-MC-AgR 4427/RS, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 06/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 23; Rcl 2323/PR, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 07/04/2005, DJ 20/05/2005, p. 8; Rcl-AgR 2303/RS, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 13/05/2004, DJ 01/04/2005, p. 5.

580963 (ambos com repercussão geral reconhecida), e adotou o entendimento oposto ao adotado na ADI 1232, permitindo a comprovação da miserabilidade por outros meios além do critério legal objetivo, sob a justificativa de que leis posteriores adotaram leis mais flexíveis. Por exemplo, conforme a ementa do RE 567985:

“Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 567985/MT, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe 02/10/2013).

O Ministro Gilmar Mendes fundamentou seu voto: (a) na existência de mudança na jurisprudência da Corte na análise das omissões inconstitucionais; (b) e na inconstitucionalização do dispositivo, a partir da criação de programas assistenciais

posteriores que utilizam o parâmetro de ½ salário mínimo (como o Bolsa Família).

Extraem-se do seu voto as seguintes razões:

“(…) Eu ressalto, então, todos esses aspectos e digo mesmo: o fato é que hoje o Supremo, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida em 1998 na ADI 1.232, a partir desses robustos indícios que estão aí. A jurisprudência atual supera, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados pelo Tribunal quanto ao tratamento da omissão inconstitucional, inclusive quanto à possibilidade, por exemplo, de, em caso de omissão parcial, nós valermos da modulação de efeitos, por exemplo, de aplicarmos o artigo 27, deixarmos a lei em vigor, mas não declararmos a sua nulidade, que é um ponto importante para o qual chama a atenção o Ministro Marco Aurélio, declarar a nulidade aqui é agravar o estado de inconstitucionalidade, distanciar-se ainda mais. Mas, hoje, já dispomos, então, dessa alternativa.

(…)

Por isso, Presidente, fazendo um rápido resumo, eu chego à conclusão também consistente do voto do Ministro Marco Aurélio, mas eu estou afirmando que houve um processo de inconstitucionalização que se deflagrou, um processo de inconstitucionalização do parágrafo 3º, e cito, então, todas essas bolsas com base num quarto do salário mínimo: A criação do Bolsa Família, outros programas de ações de transferência da renda do governo foram unificados, Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação, Bolsa Escola, Programa Nacional de Acesso a Alimentação, Programa Nacional de Renda Mínima, todos esses agora com o critério de meio salário mínimo. Porque também eu entendo, louvo a solução do Ministro Marco Aurélio, mas eu gostaria de opor um reparo: é que a solução de Sua Excelência devolve ao juiz a adoção de critérios, e, obviamente, retira aquilo que da tribuna se aponta, retira a possibilidade de que o legislador fixe um critério, quer dizer, estabelecendo um mínimo de segurança jurídica”.

Contudo, deixou de motivar o voto quanto à possibilidade de, na reclamação, modificar a jurisprudência iniciada a partir do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Por outro lado, em voto vencido, o Ministro Teori Zavascki ressalta que a reclamação não é o meio processual adequado para questionar o mérito de acórdão em ADI, que não pode sequer ser objeto de ação rescisória:

“(…) 5. Nesse ambiente é que se apresenta agora o exame da matéria, e o que se tem, *mutatis mutandis*, é a reprodução da mesma discussão estabelecida quando do julgamento da ADI 1.232/DF.

6. Ora, aqui não cabe aqui fazer juízo sobre o acerto ou não da decisão tomada na referida ADI. O que importa é que se trata de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, insuscetível de ataque por ação rescisória (Lei 9.868/1999, art. 26), menos ainda por via de recurso extraordinário ou de reclamação.

7. Para subtrair-se à autoridade da decisão do STF na ADI 1.232/DF, relativamente à constitucionalidade e ao sentido do art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 (LOAS Lei Orgânica da Assistência Social), cogita-se da sua possível inconstitucionalidade superveniente ou da sua revogação, em face de leis posteriores, nomeadamente do art. 5º, I, da Lei 9.533/1997 e do art.

2º, § 2º, da Lei 10.689/2003. Com todo o respeito, não se mostram convincentes essas linhas de raciocínio.

8. Se a norma foi declarada constitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em controle concentrado de constitucionalidade, insuscetível de rescisão, qualquer juízo em sentido contrário para afirmar a sua ilegitimidade dependeria da configuração de algum pressuposto de inconstitucionalidade superveniente: ou a mudança da realidade social em que atuam a norma constitucional e a norma infraconstitucional, ou a mudança do parâmetro normativo constitucional, que pudesse acarretar a não-recepção (e, portanto, a revogação) do art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993. Nada disso, todavia, ocorreu, no caso. Não há sustento algum, portanto, para um juízo de inconstitucionalidade superveniente.

9. Não há, do mesmo modo, razão para afirmar a revogação desse dispositivo por lei ordinária posterior com ele incompatível. O benefício decorrente do art. 203, V da Constituição, de natureza individual, disciplinado no art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993, tem configuração e pressupostos normativos próprios, insuscetíveis de equiparação com outros benefícios sociais, de natureza familiar, como o da Lei 10.689/2003, que cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, ou o da Lei 9.533/1997, que incentiva a criação de programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Por isso mesmo, não se pode supor que a mudança na legislação em relação aos requisitos ou pressupostos para a concessão de um desses benefícios, autorize a conclusão de que os mesmos pressupostos ou requisitos devam ser aplicados aos demais. Nesse sentido, não há como supor que o art. 5º, I, da Lei 9.533/1997 tenha comprometido a vigência ou do dispositivo aqui em causa. (...)”.

Outro caso mais recente que teve sua discussão reaberta diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos administrativos. Nos termos do art. 71 da Lei nº 8.666/93, não há responsabilidade da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais<sup>730</sup>. Contudo, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento, na sua Súmula nº 331, de que há responsabilidade subsidiária da contratante<sup>731</sup>.

Em primeiro lugar, no julgamento da ADC 16, a ementa do acórdão contém a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, sem qualquer ressalva:

<sup>730</sup> “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. § 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”.

<sup>731</sup> Na redação atual, conferida em maio de 2011, após o julgamento da ADC 16: “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...)V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

“RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995” (ADC 16/DF, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, j. 24/11/2010, DJe 08/09/2011).

Contudo, no voto escrito que apresentou na sessão de julgamento, o Ministro Cezar Peluso julgou o pedido extinto sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, diante da ausência da existência de controvérsia judicial relevante para embasar a propositura da ação declaratória de constitucionalidade:

“(…) 2. Diante do exposto, julgo o autor carecedor da ação , por falta de interesse objetivo de agir, indeferindo a petição inicial, nos termos do art. 15 da Lei nº 9.868/99, cc. art. 295, III, do CPC, e, em consequência, julgando prejudicado o agravo regimental”.

Ao iniciar a divergência, o Ministro Marco Aurélio limitou-se a admitir a ação declaratória de constitucionalidade para questionar enunciado do TST em face de lei ordinária federal:

“(…) Creio que não podemos ser tão ortodoxos nesse tema, sob pena de perpetuar o que até aqui prevalecente, porque não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra o verbete do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse enfoque, fiquei vencido, uma vez que, ante a eficácia dos verbetes, admito o controle concentrado de constitucionalidade. De qualquer forma, surge o conflito, pelo menos aparente, entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Licitações, colocando-se em segundo plano – repito - norma expressa, categórica, clara, precisa, a revelar que a tomadora dos serviços – serviços terceirizados – não tem responsabilidade, considerados os ônus trabalhistas. Por isso, peço vênua para divergir e admitir, no caso, a declaratória de constitucionalidade”.

A Ministra Cármen Lúcia apresentou voto sobre o mérito, no qual: (a) declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93; (b) e decidiu de forma expressa que a Administração Pública não é responsável pelas obrigações trabalhistas de contratado, ainda que subsidiariamente. Extrai-se de seu voto:

“(…) 25. Sabe-se ser requisito para se ter configurada a responsabilidade da entidade estatal que o dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público tenha como autor agente público. A responsabilidade do ente do Poder Público prevista na Constituição da República exige, como requisito necessário a sua configuração, que o dano tenha origem em ato comissivo ou omissivo de agente público que aja nessa qualidade.

Não é essa a situação disciplinada pelo art. 71, § 1º da Lei 8.666/93. Nesse dispositivo, o dano considerado seria o inadimplemento de obrigações trabalhistas por empresa que não integra a Administração Pública, logo, não se poderia jamais caracterizar como agente público.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello considera sujeitos que comprometem o Estado *os que tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio* (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 891).

Assim, a previsão legal de impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento de obrigações trabalhistas não adimplidas pelo contratado particular não contraria o princípio da responsabilidade do Estado, apenas disciplinando a relação entre a entidade da Administração Pública e seu contratado.

Entendimento diverso poderia levar à preocupação já externada pelo Ministro Gilmar Mendes, em artigo intitulado *Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União seguradora universal?*, ao afirmar que *por mais que se faça um pretense juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo "à brasileira", no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são socializados*.

Ao argumento de obediência ao princípio de responsabilidade de Estado de natureza extracontratual não se há de admitir que a responsabilidade decorrente de contrato de trabalho dos empregados de empresa contratada pela entidade administrativa pública a ela se comunique e por ela tenha de ser assumida.

(...)

Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa.

Não há, portanto, de ser acolhido o argumento do Procurador-Geral da República no sentido de que *a Requerente visa a impedir que se examine, em casos concretos, possível responsabilidade da Administração, no que tange a passivos trabalhistas gerados, ainda que indiretamente, em decorrência de contratos de prestação de serviços por ela celebrado*.

A aplicação do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 não exige a entidade da Administração Pública do dever de observar os princípios constitucionais a ela referentes, entre os quais os da legalidade e da moralidade administrativa. Isso não importa afirmar que a pessoa da Administração Pública possa ser diretamente chamada em juízo para responder por obrigações trabalhistas devidas por empresas por ela contratadas.

(...)

Logo, não se tem qualquer vício a contaminar e infirmar a validade constitucional do art. 71, § 1º da Lei 8.666/93 por contrariedade ao art. 37, § 6, da Constituição da República.

Pelo exposto, voto no sentido da declaração de constitucionalidade do § 1º, do art. 71 da Lei 8.666/93, ficando, por óbvio, prejudicado o agravo

regimental interposto contra a decisão de indeferimento da cautelar requerida”.

Todavia, nos apartes o Ministro relator acompanhou a maioria e conheceu a ação para julgar o mérito:

“(…) O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sob outro ponto de vista. Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO Mas se verá diante de uma decisão do Supremo declarando a harmonia do dispositivo com a Constituição Federal. Creio que haverá, pelo menos, uma inibição, afastando-se, até, o Verbete nº 331 da Súmula.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas, Ministro, quanto a isso eu não tenho dúvida. Eu julgo a ação procedente. Conheço do mérito e julgo a ação procedente, sem problema nenhum.

(…)

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) - Se todos estiverem de acordo, eu também supero a preliminar e julgo a ação procedente, porque não tenho dúvida sobre a constitucionalidade”.

Essa alteração no voto do relator de forma oral, nos debates, sem modificação no voto escrito, gerou dúvidas no próprio STF acerca da extensão dos efeitos da decisão, levando a decisões monocráticas contraditórias: (a) inicialmente, os Ministros seguiram o voto de mérito da Ministra Cármen Lúcia e afastaram completamente a responsabilidade da Administração Pública<sup>732</sup>; (b) contudo, em um segundo momento passaram a ressaltar a possibilidade de responsabilidade subsidiária da Administração, nas situações de culpa<sup>733</sup>.

O assunto voltou a ser debatido na sessão do Plenário do STF do dia 07 de novembro de 2013, quando teve início o julgamento das Reclamações 14.996, 15.106 e 15.342. Após o voto da relatora, afastando a responsabilidade da Administração Pública

<sup>732</sup> Por exemplo: Rcl 13392/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27/09/2012, DJe 03/10/2012; Rcl 12900 MC/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 29/06/2012, DJe 01/08/2012; Rcl 11862/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 05/08/2011, DJe 12/08/2011; Rcl 11935 MC/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30/06/2011, DJe 01/08/2011.

<sup>733</sup> Por exemplo: Rcl 14648/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 02/04/2013, DJe 10/04/2013; Rcl 13262/PR, rel. Min. Rosa Weber, j. 15/03/2013, DJe 04/04/2013; Rcl 11565/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 04/03/2013, DJe 06/03/2013; Rcl 14150 MC/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13/09/2012, DJe 17/08/2012.

por dívidas trabalhistas, o julgamento foi suspenso por pedido de vista da Ministra Rosa Weber.

Outro caso que merece ser destacado contém duas peculiaridades: (a) a modulação de efeitos da decisão em controle difuso; (b) e a posterior ocorrência da revogação da lei:

No julgamento do RE 197.917, sobre o alcance do art. 29, IV, da Constituição Federal, que prevê a fixação do número de integrantes do Legislativo municipal de modo proporcional à população, o STF determinou a diminuição de 11 para 9 vereadores no Município de Mira Estrela/SP, com fundamento em uma proporção realizada dentro dos limites da norma constitucional. Contudo, os efeitos foram declarados para o futuro, ou seja, a partir da eleição posterior, com base no voto do Ministro Gilmar Mendes. De acordo com a ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL.

1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c.

2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade.

3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia.

(...) 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido” (RE 197917/SP, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06/06/2002, DJ 07/05/2004, p. 8).

Posteriormente, no dia 23 de setembro de 2009 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 58/2009, que modificou o art. 29, IV, da Constituição e ampliou a escala de composição das Câmaras de Vereadores, de 3 para 23 alíneas, a fim de regular a questão decidida pelo STF.

Percebe-se que, apesar e como consequência da *criação legislativa* dos precedentes judiciais no país, os tribunais mantêm a *tradição judiciária* de enunciados, criados pelo STF em 1963. Dessa forma, e tal característica também não será modificada a partir do novo CPC, a criação e a aplicação dos precedentes judiciais no Brasil conferem pouco espaço para os fatos e atribuem um valor excessivo para as questões de direito<sup>734</sup>. A tradição de enunciados de súmula e da “jurisprudência de ementários” não será modificada “por decreto”, mas sim pela mudança cultural de todos os sujeitos do processo. Em consequência, a criação legal de precedentes no Brasil, isto é, de atribuição legal de eficácia vinculante a determinadas decisões judiciais (ou seja, a vinculação formal), é a primeira etapa na instituição da cultura jurídica de precedentes no país<sup>735</sup>. Os passos seguintes dependem da atuação de todos os sujeitos processuais: os tribunais, na elaboração, aplicação e supervisão da observância dos precedentes (além do emprego adequado da distinção e da superação); os juízes, no devido zelo pelos precedentes em seus pronunciamentos nos processos; os advogados, públicos e particulares, os defensores públicos e os integrantes do Ministério Público, na indicação clara e precisa dos precedentes aplicáveis ao caso, desenvolvendo a argumentação adequada acerca da aplicação, distinção ou superação (de boa-fé, sem subterfúgios ou tentativas de fazer encaixar um precedente que não se aplica ao caso – situação em que deve ser realizada a distinção); e os jurisdicionados, no cumprimento dos precedentes em suas relações jurídicas.

---

<sup>734</sup> Criticando essa tradição: “Enquanto no *common law* há uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e do caso concreto em discussão, no *civil law*, a tendência é que o jurista busque apenas as conclusões do julgado, a regra geral, ignorando as particularidades fáticas. Isso sem fazer menção à falta de cuidado na formação dos precedentes, em que a argumentação das Cortes e a sua posterior aplicação costumeiramente tende a ignorar os argumentos das partes” (PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, p. 334).

<sup>735</sup> “Assim, a vinculação *formal* dos precedentes é o primeiro passo. Apenas com a aculturação do operador do direito brasileiro com uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e não a mera conclusão do julgado é que haverá efetivamente o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Brasil. A adoção da obrigatoriedade da vinculação de precedentes sem o seu adequado tratamento apenas traz o pior dos cenários possíveis: uma vinculação de precedentes com a contínua ignorância das circunstâncias fáticas necessárias para a interpretação dos precedentes” (PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, p. 334).

### 3.4. Síntese Conclusiva sobre os Reflexos dos Precedentes Sobre a Fundamentação

O novo CPC brasileiro, ao consolidar o sistema de precedentes no país, fortalece a concepção de que o direito surge com a decisão judicial sobre o caso, em detrimento da noção tradicional de que o caso é julgado de acordo com o direito.

Neste “*game of matching cases*”, os juízes e tribunais fundamentam suas decisões não apenas no texto elaborado pelo Legislativo e sancionado pelo Executivo (raciocínio de interpretação das leis), mas principalmente em um *raciocínio de comparação e diferenciação de casos*.

O precedente é uma decisão paradigmática que não se limita a resolver o caso julgado, mas também incide sobre todos os demais casos similares a ele, julgados posteriormente. Assim, por meio do precedente, transforma-se o julgamento de um caso específico em uma norma jurídica geral, a força da razão prevalece sobre a razão da força.

Não se mais pode afirmar como regra geral que, no *Common Law* os precedentes são vinculantes, e no sistema do *Civil Law* são apenas persuasivos<sup>736</sup>. Tanto naquele há precedentes persuasivos como neste existem decisões com força vinculadora, como no controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, no julgamento de recursos especiais repetitivos pelo STJ e no acórdão em incidente de resolução de demandas repetitivas por TJ e TRF.

Na fundamentação e aplicação de um precedente, suas técnicas também foram incorporadas pelo direito brasileiro. Em primeiro lugar, é importante identificar a *ratio decidendi*, ou seja, os *fundamentos determinantes* do precedente.

O que não está na *ratio decidendi* do precedente é *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou seja, uma afirmação incidental, que não trata e não resolve a questão controversa de modo direto, “dito para morrer”. Enquanto *a ratio decidendi*

---

<sup>736</sup> “(...) embora alguns autores, como Sergio Chiarloni defendam a tese de que, atualmente, não há grande distância entre essas *tradições jurídicas*, ressaltando que: (i) no sistema do *civil law*, tanto o poder de violência simbólica do precedente, como a possibilidade de os Tribunais Superiores reformarem as decisões dos juízes são características que dão forte caráter vinculador à jurisprudência; (ii) no sistema do *common law*, a importância que tem sido atribuída ao *statute law* (direito dos estatutos) recentemente, somada ao fato de inexistir sanção em face do órgão jurisprudencial que deixa de aplicar o precedente relativiza o caráter vinculador da jurisprudência” (FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. Súmula vinculante: limitações e possibilidades. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 70, p. 86-101, jan. 2009, p. 99). Ainda, sobre os precedentes persuasivos e vinculantes: DONOSO, Denis. Um novo princípio contraditório. Análise da constitucionalidade das técnicas de massificação de soluções e da escalada da importância do precedente judicial. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 73, pp. 22-35, abr. 2009, p. 26.

*integra o precedente e, portanto, tem força vinculante, o obter dictum é apenas persuasivo.*

No Brasil, os precedentes foram criados por uma via transversa: ao contrário dos países do *Common Law*, nos quais os precedentes surgiram por iniciativa do próprio Judiciário, a ampliação da força das decisões judiciais brasileiras teve como seu principal protagonista o Legislativo. A insegurança causada por um tratamento desigual e inconstante das Cortes nacionais levou a demandas sociais por leis que conferissem segurança jurídica e isonomia ao tratamento judiciário dos conflitos. Em face dessa peculiaridade, os precedentes judiciais precisam, para se integrar ao sistema judiciário pátrio, passar inicialmente por uma fase de *consolidação*, para que o Judiciário efetivamente os crie e os observe (e, eventualmente, substitua-os por outros). A partir disso ocorrerá a *institucionalização* dos precedentes judiciais no Brasil, com a sua utilização habitual pelos juízes e tribunais (na formação, aplicação, distinção e superação), o ensino nos cursos jurídicos, a argumentação dos principais atos processuais (petição inicial, contestação, sentença, recursos e acórdãos) e, principalmente, a efetiva observância nas relações jurídicas em toda a sociedade<sup>737</sup>.

Ademais, as Cortes nacionais (especialmente, mas não somente, o STF e o STJ) devem alterar substancialmente a forma pela qual desenvolvem o conteúdo da fundamentação de suas decisões (monocráticas e colegiadas), substituindo uma técnica que privilegia a *refutação e correção* dos fundamentos das decisões recorridas (típica da jurisprudência), pela *construção* dos fundamentos que incidem sobre o caso e todos os outros casos semelhantes<sup>738</sup>.

Não há no país uma cultura de precedentes ou “precedentes judiciais brasileiros”, tampouco a “*commonlização*” do Judiciário no processo cível. Há, desde a década de 1960, uma cultura jurídica brasileira de precedentes, que não exclui a tradição da jurisprudência dos tribunais e consiste basicamente em enunciados e nas ementas das

---

<sup>737</sup> Nesse sentido: “É inegável que o Brasil ainda caminha na construção de um sistema de precedentes. As alterações normativas são apenas o primeiro passo. O operador do direito nacional deverá passar por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com os precedentes. Será um caminhar paulatino, com a estabilização dos posicionamentos dos tribunais superiores, o respeito a eles pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e também pelos criadores dos próprios precedentes, a própria forma de argumentação, que passa a ter os precedentes como um ponto mais relevante etc. Enfim, a alteração normativa é apenas o primeiro passo” (PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015, pp. 333-334).

<sup>738</sup> Sobre o assunto: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 141-143.

decisões de determinados tribunais, às quais se atribui uma força persuasiva maior ou, até mesmo, vinculante<sup>739</sup>. O novo Código de Processo Civil amplia significativamente as decisões com essa eficácia, estende-a aos fundamentos (e não apenas ao dispositivo) do pronunciamento judicial, aumenta o número de tribunais que pode criá-las (mantendo o protagonismo do STF e do STJ, mas também conferindo maior poder aos tribunais regionais federais e aos tribunais estaduais e distrital) e cria mecanismos processuais de verificação adequada dos precedentes e eventual correção das decisões contrárias (com sua cassação ou revisão, o que não é algo claro e uniforme no ordenamento jurídico brasileiro), mas, por si só, não instalará um sistema de precedentes no país.

A partir disso, altera-se inclusive a atribuição do STF e do STJ, porque ambos deixam de apenas realizar o controle da correção ou do equívoco das decisões judiciais no caso concreto, e passam a desempenhar um papel de *estabilização*, por meio da definição (prévia, preferencialmente, mas posterior em algumas hipóteses) da interpretação que deve prevalecer no ordenamento jurídico. Como visto neste capítulo, essa alteração foi progressiva e se consolida em definitivo com o novo CPC.

Com o respeito aos precedentes, a norma jurídica (seja criada pelo Legislativo, seja criada pelo Judiciário) confere efetivamente um tratamento isonômico para as partes (subjetivo) e os casos semelhantes (objetivo), além de prestar para toda a sociedade os valores da previsibilidade e da segurança jurídica. Os reflexos dos precedentes não se restringem aos processos judiciais, mas também norteiam a conduta de todas as pessoas (naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, entre outras classificações) nas suas relações jurídicas, para, principalmente, *evitar novos conflitos e novos processos*. As pessoas podem até mesmo não concordar com a solução adotada no precedente, mas têm o direito de saber previamente a resposta que terão do Judiciário para os conflitos semelhantes. Em consequência, é insuficiente afirmar que todos são iguais perante a lei, mas sim que *todos são iguais perante o Direito*.

Ademais, essa mudança cultural também depende de alteração na percepção da norma jurídica, não se restringindo ao texto legal, mas sim como *a atividade de interpretação e aplicação do texto legal pelo Judiciário*.

---

<sup>739</sup> Com esse mesmo entendimento: PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, n° 248, pp. 331-355, out. 2015, p. 335.

Outra prática comum nas decisões das Cortes brasileiras (e na sua análise doutrinária) diz respeito aos acórdãos em que houve a divergência foi resolvida por uma diferença mínima ou pequena de votos. É habitual ver e ouvir o uso de expressões como “apertada maioria”, o que se trata de um equívoco, por confundir a decisão colegiada com os votos individuais que a compõem. Melhor dizendo, o acórdão de um órgão colegiado (Turma, Câmara, Órgão Especial, Plenário etc.) é a decisão judicial do órgão, que deve ser vista como um só pronunciamento, e não como a mera soma dos votos que a compõem. Apesar de integrarem o acórdão, esses votos, isoladamente, não possuem a força (vinculante ou persuasiva) da decisão judicial.

O sistema de precedentes criado pelo novo CPC produz reflexos em todo o processo, como a ordem cronológica de julgamento (art. 12, § 2º, II e III), a concessão da tutela da evidência (art. 311, II), o julgamento liminar de improcedência (art. 332, I a IV), a nulidade da decisão por inobservância do precedente (art. 489, § 1º, VI), a desnecessidade de remessa necessária (art. 496, § 4º), a dispensa de caução no cumprimento provisório da decisão (art. 521, IV), o julgamento monocrático nos tribunais (art. 932, IV e V), a reclamação (art. 988, IV), a omissão da decisão que não se manifesta sobre o precedente (art. 1.022, parágrafo único), a possibilidade de desistência com isenção de custas (art. 1.040, §§ 1º e 2º), entre outros.

Por exemplo, criado um precedente pelo STJ, o juiz de primeira instância pode julgar liminarmente improcedente a petição inicial, anteriormente à citação da parte adversa. A apelação contra essa decisão tem uma tramitação diferenciada, com a citação do réu para apresentar contrarrazões em 15 dias úteis. Ainda, a argumentação do recurso será limitada, porque deverá se restringir à distinção e, eventualmente, pedir a superação do precedente. O julgamento do recurso tende a ser célere e monocrático, com o conhecimento e não provimento, por meio da aplicação do precedente e a consequente manutenção da sentença. Eventuais recursos interpostos contra esse julgamento singular também terão tramitação rápida e tenderão a ser julgados monocraticamente, além de ser sancionados com multas que condicionarão a apresentação de novos recursos.

Pretende-se, com o sistema de precedentes, a maior participação possível da sociedade (e não apenas das partes) na construção da decisão judicial, tendo em vista que um precedente não vincula apenas as decisões judiciais, mas *diversos atos de todo o processo*. Em especial, os precedentes são utilizados como uma *técnica de aceleração*

*de julgamento*, ao reduzir a tramitação dos processos sobre questão já decidida e impedir dilações processuais desnecessárias e protelatórias (como no julgamento liminar de improcedência pelo juiz de primeira instância e no julgamento monocrático pelo relator do processo no tribunal).

#### 4. A TRÍPLICE VINCULAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL: RAZÃO DA FORÇA OU FORÇA DA RAZÃO?

Examinados os três elementos vinculantes da fundamentação das decisões judiciais nos capítulos anteriores (os pedidos, as provas e os precedentes), destina-se este capítulo a reconstituir a concepção tradicional para, em seguida, reconstruí-la, a partir da tríplice vinculação.

Para esse fim, este capítulo é dedicado não apenas a aplicar os referidos elementos à fundamentação, mas também à teoria da decisão judicial e ao papel desempenhado pelos fundamentos nas decisões.

##### 4.1. Os Caminhos da Fundamentação: Escritas Retas por Linhas Tortas ou Escritas Tortas por Linhas Retas?

Um fato é demonstrado quando o meio de prova apresentado contiver um grau de probabilidade lógica suficiente para ser admitido como descrição verossímil dos fatos descritos<sup>740</sup>. Contudo, essa conclusão no processo é um ato discricionário do julgador e que pode variar de acordo com o juiz que atua no processo. Por exemplo, um juiz pode entender que uma declaração particular assinada pelo réu e a oitiva de uma testemunha são suficientes para comprovar uma dívida, mas outro juiz pode concluir de modo inverso.

Ademais, o julgamento é apoiado nas provas produzidas nos autos do processo<sup>741</sup>, na busca pela “verdade” ocorrida no mundo fático, material ou formal<sup>742</sup>. A utilização da expressão “verdade” diz respeito à alegação comprovada dos fatos, mas não aos fatos. Em outras palavras, as provas destinam-se a demonstrar a *veracidade das*

<sup>740</sup> DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto*; il ruolo della narrazione nel ‘processo’. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 192.

<sup>741</sup> Sobre as provas como parâmetros dos limites da sentença: DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto*; il ruolo della narrazione nel ‘processo’. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 190.

<sup>742</sup> Acerca da busca da verdade no processo como um meio para se efetivar a justiça no caso sob julgamento: “É quase escusado dizer que a descoberta da verdade tem valor enorme no processo, seja ele civil ou penal. Podemos dizer que a própria consecução do ideal de Justiça através do processo está intimamente ligada à busca da verdade. Verdade e justiça andam de mãos dadas” (ASSIS, Carlos Augusto de. O dever de falar a verdade e o processo civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, nº 32, pp. 62-77, set./out. 2009, p. 62). Sobre as relações (teleológicas) entre provas e verdade: RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*: do ônus ao dever de provar. São Paulo: RT, 2015, pp. 32-40.

*alegações*. Os fatos, por sua vez, são comprovados ou não comprovados (e não verdadeiros ou não verdadeiros)<sup>743</sup>.

Doutrinariamente, costuma-se distinguir a decisão baseada na verdade material daquela proferida com fundamento na verdade formal, considerando a incidência de presunções legais nesta<sup>744</sup>. Associando a prova à verdade, Eduardo Cambi afirma que o direito à prova “(...) visa assegurar a possibilidade de as partes se valerem de *todos* os meios de prova que se revelem idôneos e úteis para demonstrar a verdade ou falsidade dos fatos alegados e que sirvam como suporte para as suas respectivas pretensões e defesas”<sup>745</sup>. Todavia, a expressão “verdade” constitui uma utopia, nem sempre alcançável, e não deve ser utilizada indistintamente, pois não se pode assegurar, sem qualquer margem de dúvida, que foi atingida em um determinado processo. Nesse sentido: “A prova, portanto, dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. (...) o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível, que está além da justiça (...)”<sup>746</sup>.

Portanto, ao concluir que determinado fato alegado no processo está *provado*, o juiz não compreende que se trata de um fato *verdadeiro*, mas apenas que a instrução processual lhe permite supor que o evento ocorreu da forma alegada pela parte que produziu as melhores provas<sup>747</sup>.

Ainda, sob uma perspectiva exclusivamente processual (e admitindo isso como compatível), a verdade real diz respeito às provas e à sua valoração: afirmar que uma legislação processual adota a verdade real significa dizer que, para atingi-la, o juiz tem ampla liberdade para conferir a cada prova o valor que entender mais adequado. Pode, assim, por exemplo, atribuir maior força às testemunhas do que à perícia ou a um

<sup>743</sup> Sobre o assunto: “Não existem fatos verdadeiros em contraposição a fatos não verdadeiros. Ou ocorreu e assim, é fato, ou não ocorreu, e, portanto, não é fato. O que pode ou não ser verdadeira é a alegação de fato feita pelas partes no processo” (ASSIS, Carlos Augusto de. O dever de falar a verdade e o processo civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, nº 32, pp. 62-77, set./out. 2009, p. 63).

<sup>744</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

<sup>745</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, pp. 45-46. Sobre as relações entre verdade e prova: RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013, pp. 44-46.

<sup>746</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 46.

<sup>747</sup> Nesse sentido: “Não obstante, o fato de o conceito de prova e de verdade estarem intimamente ligados não quer dizer que são sinônimos. ‘Está provado’ não significa, com efeito, ‘é verdade’, mas simplesmente que existem elementos de juízo suficientes a favor ou contra algo. Prova e verdade estão ligados ideologicamente: isto é, o fim da prova é a busca da verdade, e o sistema deve ser *truth oriented*” (RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013, p. 46).

documento, ou até mesmo desconsiderar a sua inspeção judicial<sup>748</sup>. Sob essa perspectiva, o processo civil brasileiro não privilegia a verdade real (o que não significa que ela não possa ser cobiçada pelo juiz, o que ocorre frequentemente na prática).

No processo penal, a insuficiência de provas leva à absolvição do réu, mas no processo civil a escassez de provas pode levar a um juízo favorável ao autor, desde que as (poucas) provas apresentadas não tenham sido desconstituídas pelo réu.

A teoria da verdade não é processual, mas filosófica. Para se fazer um juízo de valor sobre determinado fato, é necessário previamente adotar uma teoria sobre a verdade. Alguns ordenamentos processuais expressamente fazem menção à verdade como um fim a ser alcançado por meio do processo. Por exemplo, o art. 428 do *Código de Procedimiento Civil* chileno preceitua que “entre duas ou mais provas contraditórias, e a falta de lei que resolva o conflito, os tribunais preferirão aquela que creem estar em maior conformidade com a verdade”.

Nos termos do já referido art. 131 do CPC de 1973, “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Existem outros dispositivos no CPC/73 que reiteram essa regra: o art. 353 dispõe que o juiz pode apreciar livremente o valor da confissão<sup>749</sup>, o art. 386 autoriza o julgador a avaliar de forma livre o valor de documento rasurado<sup>750</sup>, e o parágrafo único do art. 439 ressalta que, havendo mais de uma perícia, o magistrado pode apreciar livremente o valor de cada uma<sup>751</sup>. O NCPC, como visto no Capítulo 3, reproduz parcialmente essas regras na valoração das provas, supostamente (em uma fala ilusão legislativa) retirando a “liberdade” do julgador. Ademais, há diversos dispositivos do novo Código que usam a expressão “verdade” como um fim a ser atingido pelas provas. Nesse sentido, o art. 369 dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não

---

<sup>748</sup> Com esse entendimento, na vigência do CPC de 1973: “O juiz, ao sentenciar, deve sempre procurar fazê-lo com base na verdade real. Não há espécie de prova que suplante outra. O próprio exame pericial, que é prova técnica por excelência, não vincula o juiz que pode formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 436)” (SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42).

<sup>749</sup> “Art. 353. A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz”.

<sup>750</sup> “Art. 386. O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento”.

<sup>751</sup> “Art. 439. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra”.

especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Entre os requisitos da petição inicial estão “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados” (art. 319, VI). Nos termos do art. 378, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. O art. 400 preceitua que “ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar (...)”. Entre os deveres das partes, procuradores e outros sujeitos processuais está o de “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (art. 77, I). Sobre a prova testemunhal, exige-se que, “ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado” (art. 458). Por fim, litiga de má-fé quem “alterar a verdade dos fatos” (art. 80, II).

Na busca dessa “verdade” dos fatos, é imprescindível que se garanta às partes a produção de provas, ou seja, a participação ativa no andamento e no desfecho processual. Nesse sentido, “o concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, de estas poderem servir-se de provas”<sup>752</sup>. Cita-se ainda que “se é verdade que nem todos os fatos dependem de prova, (...) é igualmente correto afirmar que se afigura fundamental das partes em juízo pretender resistir ou melhor aclarar tais elementos probatórios, situação que expõe essas provas ao devido processo legal e suas declinações procedimentais”<sup>753</sup>.

Assim, a parte tem não somente o direito público subjetivo de provocar o exercício da jurisdição pelo Estado, mas também o direito de usar os meios legais para

<sup>752</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 122. Igualmente: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 170. Ainda: “Iniciando-se no estudo do regramento das provas, pela Constituição Federal, vê-se que o direito à prova, no Brasil, é decorrência lógica das garantias constitucionais que compõem o denominado modelo constitucional de processo, notadamente a ampla defesa e o contraditório, intrínsecos ao devido processo legal, haja vista que de nada valeriam tais postulados fundamentais se a parte não gozasse de oportunidades processuais para provar e fundamentar suas alegações”. (ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 69, pp. 17-34, dez. 2008, p. 20).

<sup>753</sup> LEAL, Rogério Gesta. Afinal, a quem se destina a prova no sistema jurídico brasileiro? Inquietações procedimentais a partir dos direitos fundamentais. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 138-139. Ainda: “O direito de ação compreende a oportunidade de o autor influir no convencimento do julgador, participando efetivamente do processo, existindo um verdadeiro direito à prova, considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo” (GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 188).

demonstrar no processo a veracidade de suas alegações.

Mesmo que o art. 131 do CPC/73 e o art. 371 do NCPC tenham optado pelo sistema do livre convencimento motivado na consideração da prova, o julgador precisa basear sua decisão nas provas existentes dos autos, ou seja, deve *justificar sua escolha por determinadas provas*<sup>754</sup>. Consequentemente, é preciso que se garanta às partes a participação ativa no andamento e no desfecho processual, especialmente a produção de provas, que contribuirão para formar o convencimento do(s) julgador(es). E a principal norma garantidora dessa participação é o contraditório, como visto no Capítulo I.

Além de ser um instrumento para a tutela de direitos, o processo também deve respeitar os direitos das partes, especialmente aqueles reputados fundamentais. Independentemente de ser considerado como autônomo ou de estar inserido na garantia do devido processo legal, no direito de ação, nos princípios do contraditório ou da ampla defesa (ou em todos), o direito à prova inegavelmente tem fundamento constitucional, e abrange (direta ou indiretamente) o direito de requerer a produção de prova (direito de petição), de produzi-la, de participar da produção de provas e se manifestar sobre elas, de ter a prova valorada pelo julgador na decisão (fundamentação), e a vedação às provas ilícitas.

A principal característica comum da decisão jurídica (*stricto sensu*) com a decisão (*lato sensu*) é a de consistir em uma atividade humana marcada pelo predomínio do intelecto<sup>755</sup>. De forma genérica, “(...) *decisão* é o processo pelo qual um ou mais indivíduos seleccionam uma acção de entre um conjunto de alternativas para, de acordo com certos critérios, atingir objectivos preestabelecidos”<sup>756</sup>.

Nas palavras de Carnelutti, “o julgamento é o ato fundamental do direito como o ato fundamental do pensamento”<sup>757</sup>. É nesse ato que o juiz deve “comparar, distinguir, escolher, definir”<sup>758</sup>. Julgamento é uma expressão plurissignificativa, que

<sup>754</sup> Sobre a motivação como uma argumentação justificativa: TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

<sup>755</sup> Nesse sentido: SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 21.

<sup>756</sup> SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 26.

<sup>757</sup> “Il giudizio è l'atto fondamentale del diritto come l'atto fondamentale del pensiero” (CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Parte generale: Il concetto giuridico della prova. Milano: Giuffrè, 1992, p. 9).

<sup>758</sup> “Il giudizio, in quanto facoltà della mente umana di confrontare, distinguere, scegliere, definire, (...)” (PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 3).

designa o poder de decisão<sup>759</sup>, o processo mental de análise de provas e o resultado dessa atividade<sup>760</sup>. Ainda, a decisão judicial é produto de interrelações jurídicas, sociais, econômicas, culturais e políticas<sup>761</sup>.

Antonio Scarpa afirma que “a sentença representa a resposta com a qual o juiz aceita ou rejeita as alegações das partes. Nesse sentido, com a sentença o juiz ‘decide’; mas a decisão do juiz, de acordo com regra irrenunciável de nosso ordenamento, é ‘decisão’, e não arbítrio”<sup>762</sup>.

Para Davide Turrone, “a sentença é a medida com a qual normalmente a questão é decidida. Inteiramente contingente é, ao inverso, o fato de que a decisão sobre a controvérsia é acompanhada pela definição do julgamento”<sup>763</sup>.

Manuel Simas Santos afirma que “a *decisão judiciária* consiste na aplicação da lei a uma determinada situação de facto, para resolução de um litígio ou para a afirmação ou promoção de um direito ou de um interesse legítimo à luz de procedimentos que definem os passos da sua construção e visam garantir a sua lealdade e eficácia, e a igualdade e participação dos interessados”. Acrescenta que a decisão é construída durante o processo, motivo pelo qual a linguagem, a argumentação e o discurso judiciário têm destaque nos atos comunicativos do processo<sup>764</sup>.

Flora Di Donato divide a decisão judicial em duas estruturas: (a) normativa, formada pelo cabeçalho, a identificação do juiz e das partes, o conteúdo (exposição do desenvolvimento do processo, fundamentação e dispositivo), a data e a assinatura; (b) e narrativa, dividida em enredo (*l'abbozzo della trama – the plot*), personagens (*i*

<sup>759</sup> “A base para o uso do poder e da sua autoridade por parte do juiz reside mais na aceitação das suas decisões do que na forma de poder que possa ter” (LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 56).

<sup>760</sup> Sobre o assunto: “‘Giudizio’ è, infatti, un termine che, qualificato da’ campi specifici in cui si agisce, viene utilizzato per designare la facoltà di determinazione, di discernimento, di scelta, di decisione ed, insime, il risultato, il prodotto dell’attività giudicatrice, che si esplica nella connessione linguística, affermativa o negativa, di un soggetto con un predicato” (PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica*: un approccio ermeneutico. Milano: Giuffrè, 1996, p. 1).

<sup>761</sup> Nesse sentido: DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto*; il ruolo della narrazione nel ‘processo’. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 183.

<sup>762</sup> No original: “La sentenza rappresenta la risposta con cui il giudice accoglie o respinge le domande delle parti. In tal senso, con la sentenza il giudice ‘decide’; ma la decisione del giudice, secondo regola irrinunciabile del nostro ordinamento, è ‘giudizio’, e non arbitrio” (SCARPA, Antonio. *La decisione della causa*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 128).

<sup>763</sup> No original: “La sentenza è il provvedimento con cui viene tipicamente decisa la domanda. Del tutto contingente è, invece, il fatto che alla decisione sulla domanda si accompagni la definizione del giudizio” (TURRONI, Davide. *La sentenza civile sul processo*: profili sistematici. Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 12).

<sup>764</sup> SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 22.

*personaggi*), intervalo de tempo (*la cornice temporale*) e destinos (*i destini*). Afirma que, como qualquer texto, a decisão do juiz atribui uma estrutura e cria uma realidade, a partir das narrativas opostas das partes. O enredo, constante do início da sentença, traz um resumo da história e orienta o leitor; os personagens são os sujeitos do processo, normalmente autor e réu; o intervalo de tempo corresponde à organização da história em uma estrutura temporal (começo, meio e fim); e os destinos, com a conclusão da história de forma integrativa (manutenção do *status quo* ou restauração da ordem anterior) ou desintegrativa (determinação de uma nova ordem)<sup>765</sup>.

Giovanni Damele afirma que reduzir o discurso jurídico a um gênero amplo e único de discurso é incorreto, mas que os discursos jurídicos são variados (a petição inicial de um processo, uma sentença judicial, etc.) e não possuem os mesmos objetivos de comunicação<sup>766</sup>.

Uma teoria da decisão judicial deve levar em consideração que: (a) em todos os despachos e decisões praticados no desenvolvimento do processo, o juiz é, ao mesmo tempo, protagonista e destinatário dos atos; (b) a sentença e o acórdão se destinam aos demais sujeitos processuais, ou seja, o juiz atua apenas como protagonista do ato processual<sup>767</sup>.

A decisão judicial também é analisada sob a perspectiva de uma criação narrativa, uma expressão de atividade comunicativa, por contar a história do processo e reconstruir eventos passados. Em outras palavras, a sentença é uma “história”, uma *construção contingente e parcial* dos fatos, e não um reflexo fiel da realidade. Reconhece-se, todavia, que a narração dos fatos não constitui o objetivo principal do processo ou de sua decisão final, mas sim a delimitação de fatos que produzem

---

<sup>765</sup> DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto*; il ruolo della narrazione nel ‘processo’. Milano: FrancoAngeli, 2008, pp. 185-189. Ressalta, contudo, que tratar a sentença como história não significa que ela está desvinculada das normas processuais e de organização institucional.

<sup>766</sup> DAMELE, Giovanni. Verdade e comunicação – notas sobre argumentação e decisão judiciária. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 101-102.

<sup>767</sup> “Em primeiro lugar, na atividade processual o juiz aplica as normas em relação às quais ele é destinatário imediato e que têm o objetivo de disciplinar a sua atividade em uma relação na qual ele próprio é parte, isto é, na relação processual; por outro lado, na decisão do litígio, o juiz aplica as normas que têm como destinatários outros sujeitos”. No original: “Prima di tutto, nell’attività processuale il giudice attua delle norme di cui egli è destinatario immediato e che hanno per scopo di disciplinare l’attività di lui in un rapporto di cui egli stesso è parte, cioè nel rapporto processuale; invece, nella decisione della lite, il giudice attua delle norme che hanno per destinatarii altri soggetti” (BASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 223-224).

consequências jurídicas<sup>768</sup>. Afirmar que a decisão judicial é um discurso importa dizer que os fatos não estão no processo, mas são narrados neles pelos sujeitos processuais, ou seja, levados ao conhecimento do juiz por meio das pessoas que participam da relação processual<sup>769</sup>.

Outro ponto a ser destacado na decisão judicial diz respeito à existência de elementos irracionais, conscientes ou não, na sua formação<sup>770</sup>.

Não há uma definição abstrata e universal de decisão judicial, tampouco de seus requisitos mínimos. Há, na doutrina, uma grande quantidade de concepções diversas sobre a decisão judicial como gênero e a sentença como espécie. Nesse sentido, afirma-se que é ato do Estado, ou que é ato do juiz, ou que é ato do Estado-Juiz, ou que é expressão da “vontade da lei”, ou que se limita a complementar a eficácia das normas jurídicas, ou que a sentença é sempre constitutiva (por criar o direito, e não apenas declarar sua existência)<sup>771</sup>.

Para Alfredo Buzaid, a sentença (de mérito) é a resposta do julgador à pretensão da parte autora<sup>772</sup>.

Em resumo, a decisão judicial tem o fim imediato de fazer incidir a norma jurídica aos fatos e o fim mediato de encontrar a “verdade” (no sentido de reconstrução processual dos fatos narrados, por meio da admissibilidade e da valoração das provas) e uma resposta juridicamente adequada ao litígio, por meio de um procedimento que a define e a legitima<sup>773</sup>.

Sob o aspecto formal, a fundamentação possui dois elementos principais: (a) é a exposição das razões, com a justificativa do órgão julgador pela escolha de

---

<sup>768</sup> SILVA, Joana Aguiar e. As narrativas do direito e a verdade judicial. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 112-115. Nas palavras da autora: “O julgador de facto ouve, lê, pondera, analisa, e assimila a sua própria versão, baseado na informação que recebeu, nas interpretações que fez e na sua própria experiência” (*op. cit.*, p. 114).

<sup>769</sup> Sobre isso: CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. *Revista Julgar*, Lisboa, nº 6, pp. 69-76, 2008, p. 72.

<sup>770</sup> Sobre a influência inconsciente de aspectos externos: “Todos sabemos como, por exemplo, é possível influenciar comportamentos e escolhas manipulando os estímulos. Não é por acaso que os filmes têm banda sonora, que as modelos somem nos catálogos de venda de roupa, que os actores adoptam frequentemente nomes artísticos substancialmente distintos dos verdadeiros. Mais, muitas vezes as decisões são tomadas por órgãos colegiais, onde está fora de questão a existência de um processo mental unívoco” (CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. *Revista Julgar*, Lisboa, nº 6, pp. 69-76, 2008, p. 73).

<sup>771</sup> Sobre o assunto: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 24-34.

<sup>772</sup> BUZOID, Alfredo. *Do agravo de petição*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 107.

<sup>773</sup> Apontando essas características na decisão judicial: SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 28.

determinados motivos – e suas conclusões – em detrimento de outros possíveis<sup>774</sup>; (b) e a reconstituição do caminho (*iter*) lógico percorrido pelo juiz para elaborar suas razões<sup>775</sup>.

Assim, sob o aspecto formal-processual, a fundamentação da decisão judicial é composta por *motivação* e *procedimento*.

Contudo, não basta indicar o texto legal aplicável ao caso. O juiz deve justificar as razões de sua incidência na relação jurídica entre as partes, e em que medida ela ocorre<sup>776</sup>.

#### 4.2. Ela, a Sentença, Vista Pelo Sentenciante

Entre os seus diversos aspectos, a decisão judicial é vista como (a) um discurso, porque reconstrói fatos narrados no processo, ou seja, que não estão nele e são conhecidos ao juiz por meio de alegações dos demais sujeitos processuais; (b) um fenômeno psicológico, por constituir em uma construção mental do julgador<sup>777</sup>.

<sup>774</sup> Sobre as três características formais da motivação: COEN, Leopoldo. *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa*: principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza. Torino: G. Giappichelli, 1998, pp. 10-11.

<sup>775</sup> Nesse sentido, “(...) a expressão do *iter* lógico seguido pelo juiz na elaboração da decisão”. No original: “(...) l’espressione dell’*iter* logico seguito dal giudice nella formulazione della decisione” (DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto*; il ruolo della narrazione nel ‘processo’. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 200). Da mesma forma: “(...) può definirsi come la rappresentazione e documentazione dell’*iter* logico-intellettivo seguito dal giudice per arrivare alla decisione” (CARPI, Federico; TARUFFO, Michele (coord.). *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. 7. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 518). Ainda: CONSOLO, Claudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007, p. 1172. Descrevendo esse caminho seguido pelo julgador: “(...) a teoria da pré-compreensão, com a qual nos habituamos, postula que, ao deparar-se com um determinado caso, o aplicador partiria de sua cultura jurídica, de sua formação legal, de suas experiências teórico-práticas, elaborando nesse momento uma conjectura de sentido. Dali, evoluiria até chegar à solução d o problema, num sucessivo projetar de perguntas e respostas” (KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária*: estudos sobre o direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 16). Do mesmo modo, sobre a fundamentação como o *iter* lógico da decisão: LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, pp. 189-190. Ainda sobre a composição formal da fundamentação: “A decisão judicial está devidamente motivada quando apresenta a demonstração do raciocínio, bem como exterioriza as razões de decidir. É imprescindível ao juiz, portanto, mostrar quais são as razões de fato e de direito que permitiram a ele chegar a uma conclusão” (CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n° 90, pp. 131-144, jun. 2003, p. 143).

<sup>776</sup> Nesse sentido, afirmando que a motivação só é válida quando expressar o critério lógico que levou o juiz ao seu convencimento (“*il criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento*”): COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano (coord.). *Commentario del Codice di Procedura Civile*. v. II. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 632. Ainda, sobre a fundamentação como uma justificação da decisão: CONSOLO, Claudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007, p. 1173.

<sup>777</sup> Acerca das perspectivas doutrinárias sobre a decisão judicial: CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. *Revista Julgar*, Lisboa, n° 6, pp. 69-76, 2008, p. 72.

A função do juiz e seus limites no momento de proferir a sentença é questão discutida há séculos e está longe de chegar a um consenso ou de, no mínimo, ser pacificada<sup>778</sup>.

Não se pode ignorar que o ato de julgar não é uma atividade mecânica e que o juiz não é isento de valores subjetivos prévios, que podem influenciar a sua valoração das provas e o julgamento do caso<sup>779</sup>.

Luigi Ferrajoli propõe quatro fontes de legitimação da jurisdição: (a) a sujeição exclusiva à lei, ou seja, a aplicação da vontade política dos representantes da sociedade; (b) a verdade processual das decisões judiciais; (c) a garantia dos direitos individuais, especialmente daqueles assegurados pela Constituição; (d) e o controle e legalidade dos poderes<sup>780</sup>. De forma mais resumida, José António Mouraz Lopes sustenta que, por ser independente, imparcial e não politizada, a jurisdição tem como fonte básica de legitimação a própria decisão judicial, que a define e a manifesta<sup>781</sup>.

Busca-se, ainda, reduzir a influência dos valores subjetivos do julgador para a resolução do caso<sup>782</sup>. *A contrario sensu*, a exigência de fundamentação significa que a autoridade do juiz (ou do Judiciário) não é suficiente para que sua decisão seja cumprida<sup>783</sup>.

A despeito disso, a fundamentação não é neutra e, em regra, tende a confirmar as convicções pessoais do julgador, sem apresentar argumentos contrários e

<sup>778</sup> Sobre a divisão em juiz executor do direito, descobridor do direito e legislador: ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996. Sobre o juiz como um descobridor de normas legais preexistentes: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princeton: Princeton University Press, 1950, pp. 263-265. Acerca do dilema do juiz na descoberta ou criação do direito ("*scoperta o creazione del diritto*") e da extensão variável dos poderes judiciais conferidas pelos ordenamentos jurídicos no espaço e no tempo: PICARDI, Nicola. Poteri, doveri e responsabilità del giudice. In: MARTINO, Roberto (org.). *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 234-237.

<sup>779</sup> Sobre o assunto: SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 32-33.

<sup>780</sup> FERRAJOLI, Luigi. La giurisdizione, le sue fonte di legittimazione e il suo futuro. In: CHIODI, Giovanni; PULITANÒ, Domenico (org.). *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*. Milano: Giuffrè, 2013, pp. 21-29. Da mesma forma, sobre o papel do juiz constitucional no controle das leis e na garantia dos direitos individuais: ROMBOLI, Roberto. Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative. In: CHIODI, Giovanni; PULITANÒ, Domenico (org.). *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 46.

<sup>781</sup> LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 59-60.

<sup>782</sup> Sobre o assunto: SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 28.

<sup>783</sup> "O reconhecimento da obrigação de fundamentar as decisões, nomeadamente as decisões judiciais, é particularmente significativo nas sociedades pluralistas que não consideram como fonte de legitimidade ou de consenso a tradição e a autoridade, nomeadamente para efeitos de legitimação de quem as profere" (LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55).

outras conclusões possíveis, de forma a se tornar a única verdade possível<sup>784</sup>. Para evitar esse comportamento, em que a razão da força prevalece sobre a força da razão, incumbe ao legislador limitar a discricionariedade do julgador. A legislação brasileira, desde o CPC de 1939, confere um amplo grau de liberdade para o juiz *decidir antes de fundamentar*. Contudo, o novo CPC pretende corrigir esse problema, não só pelo regramento da fundamentação (no conteúdo mínimo estabelecido pelo art. 489, § 1º), mas também pelo contraditório e suas consequências (especialmente nos arts. 7º, 9 e 10, no parágrafo único do art. 493 e no art. 933).

O juiz atua dentro dos limites das normas constitucionais e legais. Essa afirmação, entretanto, mascara o fato de que as balizas são amplíssimas e não objetivamente definidas<sup>785</sup>. Além disso, ainda que se considere que o juiz não reconstrói a norma, mas apenas aplica a norma criada pelo legislador, isso não afasta a possibilidade de uma atividade criativa do julgador<sup>786</sup>. Em outras palavras, o juiz possui

<sup>784</sup> Nesse sentido: SILVA, Joana Aguiar e. As narrativas do direito e a verdade judicial. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 117. Em suas palavras: “A aura de autoridade e de inevitabilidade de que o discurso jurídico tantas vezes se reveste é conseguida largamente pela própria recusa, consciente ou inconsciente, em reconhecer a possibilidade de perspectivas alternativas, igualmente válidas e legítimas” (*op. cit.*, p. 118). Ainda: “On reflection, the existence of judicial outcome preferences should come as no surprise. Judges are not automatons. They have policy preferences and form outcome preferences in particular cases. These preferences are sometimes so compelling that a judge may want to impose them as the law in a particular case despite statutory language to the contrary or evidence of statutory meaning to the contrary” (MIKVA, Abner J.; LANE, Eric. *An introduction to statutory interpretation and the legislative process*. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 5).

<sup>785</sup> “(...) pelo fato de que a atividade do juiz se desenvolve dentro dos limites legais, embora amplíssimos”. No original: “(...) per il fatto che l’attività del giudice si svolge entro limiti legali, sia pure latissimi” (BIGIARI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989, p. 54).

<sup>786</sup> Com esse entendimento: “Ma non per questo scompare il momento creativo della giurisprudenza” (AIELLO, Michele. Le discrezionalità del giudice civile nell’applicazione della legge. In: BESSONE, Mario. *L’attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 86). Sobre a expansão do papel do juiz e os limites de sua atividade criativa: ROMBOLI, Roberto. Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative. In: CHIODI, Giovanni; PULITANÒ, Domenico (org.). *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*. Milano: Giuffrè, 2013, pp. 65-77. Indo além, Flora Di Donato afirma que “Supõe-se que o juiz seja dotado de um ‘poder de criação’ não apenas no que diz respeito à individualização dos significados atribuídos às normas, mas a todas as múltiplas etapas da formação da decisão, em primeiro lugar, aquelas referentes ao fato que ajuda a construir, também e sobretudo por meio da linguagem”. No original: “Si ipotizza cioè che il giudice sia dotato di un ‘potere di creazione’ non solo rispetto all’individuazione dei significati da attribuire alle norme, ma relativamente a tutti i molteplici passaggi relativi alla formazione della decisione, in primo luogo, quelli concernenti il fatto che contribuisce a costruire, anche e soprattutto attraverso il linguaggio” (DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto; il ruolo della narrazione nel ‘processo’*. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 183). Em uma posição intermediária, Teresa Wambier afirma que as atividades do juiz em “descobrir” e “criar” a norma jurídica não são antagônicas, mas complementares, tendo em vista que desempenha ambas, que variam de acordo com o caso (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Há só uma decisão correta? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 60, pp. 44-48, maio/jun. 2014, p. 47).

um poder criativo limitado pelo ordenamento jurídico<sup>787</sup>. Por isso, cabe ao juiz ter ciência de que não possui uma racionalidade “pura”, sem qualquer sentimento ou juízo de valor, e assumir expressamente sua posição, sem apenas opinar ou considerar provados (e, conseqüentemente, verdadeiros) determinados fatos em detrimento de outros<sup>788</sup>.

A tomada de decisões é inerente à complexidade do mundo em que se vive atualmente, a fim de reduzir as contingências, e importa em uma escolha entre as opções existentes; as decisões judiciais “(...) partindo de um momento epistemológico de dúvida, resultante de um conflito, são entendidas como escolhas entre alternativas que terminam numa acção”<sup>789</sup>.

Para Comoglio, a discricionariedade judicial significa que o juiz é, ao mesmo tempo, livre para desempenhar a função jurisdicional e, por meio dela, “dizer” o direito; mas, por outro lado, sua atividade é limitada pela lei, mas somente por ela (“*soggetto soltanto alla legge*”)<sup>790</sup>.

O grau de discricionariedade das decisões judiciais diferencia-se: (a) na *determinação* do conteúdo da norma, quando esta especifica o ato e seus efeitos, e deve ser analisada em comparação com eventuais outras normas aplicáveis ao caso concreto; (b) e na *fixação* do conteúdo da norma, quando esta é genérica e não delimita o ato e/ou seus efeitos<sup>791</sup>.

### 4.3. A Legitimidade Pela Fundamentação

Por se tratar de um ato judicial direcionado às partes e à sociedade, e que deve ser cumprido, a decisão precisa ser esclarecida, justificada, o que é feito por meio

<sup>787</sup> Nesse sentido: “O limite é constituído pelo que é expresso de forma inequívoca peça norma, e pelo senso lógico da norma valorada no seu alcance e em conjunto com o sistema”. No original: “Il limite è costituito da quanto di inequivocabile viene espresso dalla norma, e dal senso logico della norma stessa valutata nella sua portata e nell’insieme del sistema” (AIELLO, Michele. *Le discrezionalità del giudice civile nell’applicazione della legge*. In: BESSONE, Mario. *L’attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 87).

<sup>788</sup> SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 33.

<sup>789</sup> Sobre o assunto: LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 23.

<sup>790</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino: G. Giappichelli, 2004, p. 330. Igualmente definido a discricionariedade judicial como uma atividade que possui limites: MAZZAROLLI, Ludovico A. *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*. Padova: Cedam, 2000, pp. 189-203.

<sup>791</sup> Com essa classificação: MARENCO, Roberto. *La discrezionalità del giudice civile*. Torino: G. Giappichelli, 1996, pp. 74-75.

da *fundamentação*<sup>792</sup>. Em resumo, trata-se do “(...) discurso voltado para expor as razões da decisão, justificando, assim, *oficialmente*, as escolhas feitas”<sup>793</sup>, ou, ainda, o “(...) momento em que ele deve tornar sua tese aceitável”<sup>794</sup>. Ela deve explicitar como o juiz foi convencido pelas partes e demais sujeitos processuais e, em retorno, tentar convencê-las de que se trata da solução mais adequada para o caso.

A fundamentação de uma decisão pelo julgador é a sua principal fonte de validade e de legitimidade<sup>795</sup>, constitui “(...) a premissa do discurso justificativo”<sup>796</sup>. É fonte de validade, por ser um dos elementos da própria decisão, sem o qual ela não é juridicamente válida (ou melhor, é nula, no ordenamento jurídico brasileiro), e de legitimidade, por esclarecer as escolhas e as razões do julgador.

---

<sup>792</sup> Sobre o assunto: “Agindo como atividade que é orientada no mundo, o julgamento visa a tornar inteligíveis fenômenos e eventos, bem como tomar posição diante eles. A faculdade do julgamento, sob esse ponto de vista, pressupõe a presença dos outros. De fato, o resultado do julgamento tem um valor na medida em que pode ser comunicado. Julgar é uma atividade que participa da comunicação intersubjetiva de sentido”. No original: “Ponendosi come attività che è orientata nel mondo, il giudizio è volto a rendere intelligibili fenomeni ed eventi, nonché a prendere posizione davanti ad essi. La facoltà del giudizio, da questo punto di vista, presuppone la presenza degli altri. Infatti l’esito del giudizio riveste un valore nella misura in cui può essere comunicato. Giudicare è attività che partecipa della comunicazione intersoggettiva di senso” (PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 4).

<sup>793</sup> “(...) discurso volto ad enunciare le ragioni della decisione, giustificando,così, *ufficialmente*, le scelte compiute” (PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 21). Da mesma forma, sobre a motivação como a explicação das escolhas feitas pela Corte: MAZZAROLLI, Ludovico A. *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*. Padova: Cedam, 2000, pp. 203-205.

<sup>794</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 140.

<sup>795</sup> Nesse sentido: “O reconhecimento da obrigação de fundamentar as decisões, nomeadamente as decisões judiciais, é particularmente significativo nas sociedades pluralistas que não consideram como fonte de legitimidade ou de consenso a tradição e a autoridade, nomeadamente para efeitos de legitimação de quem a profere” (LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 55). Ainda, acerca da fundamentação das decisões como fonte de legitimidade do exercício da função jurisdicional pelos magistrados: “Esta exigência democrática de fundamentação decorre da necessidade de legitimação do exercício do poder. Ocorre que, enquanto os demais agentes do Estado (legisladores e administradores) são legitimados *a priori* para exercer suas funções, o que se dá pelo voto, o juiz é um legitimado *a posteriori*, eis que sua legitimidade para exercer o poder que lhe é conferido só pode ser verificada após o efetivo exercício. Assim é que a motivação da decisão é a resposta política que o juiz dá para explicitar sua legitimação” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 437). Do mesmo modo, realizando um panorama doutrinário acerca da fundamentação como fator de legitimação democrática das decisões judiciais: JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 139-142.

<sup>796</sup> “La motivazione della sentenza invece è la premissa del discorso giustificativo” (DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto; il ruolo della narrazione nel ‘processo’*. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 200).

Em consequência, a fundamentação constitui, ao lado do dispositivo, a “força imperativa” da decisão judicial<sup>797</sup>.

Enquanto o dispositivo da sentença admite apenas uma lógica binária, de procedência ou improcedência (parcial ou total) do pedido inicial, a fundamentação permite uma análise aprofundada e (pretensamente) completa da decisão judicial, sua extensão e seu alcance. Em suma, é apenas por meio da fundamentação que se conhecem o *conteúdo e os limites do dispositivo* de uma decisão judicial<sup>798</sup>.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais é inerente tanto ao Estado Democrático quanto ao Estado Constitucional de Direito, pois confere racionalidade ao uso da força pelo Estado-Juiz, ou seja, explicita a *razão* antes da *imposição* da vontade estatal aos jurisdicionados<sup>799</sup>.

A relação entre decisão e fundamentação divide-se em: (a) conexão, pois a principal função desta é a de expor razões idôneas que justifiquem aquela; (b) e distinção, porque decidir e explicar porque essa decisão é adequada e deve ser cumprida constituem atividades diferentes<sup>800</sup>.

Recorda-se que, como visto acima, a fundamentação só é obrigatória em um sistema de apreciação das provas (livre convencimento motivado), ou seja, historicamente *a decisão judicial e sua fundamentação nem sempre andaram juntas* na

<sup>797</sup> “Elementos essenciais da sentença são o dispositivo e a motivação, que contribuem para formar a força imperativa da decisão”. No original: “Elementi essenziali della sentenza sono il dispositivo e la motivazione, che concorrono a formare la forza imperativa della decisione” (COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano (coord.). *Commentario del Codice di Procedura Civile*. v. II. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 631).

<sup>798</sup> Nesse sentido: “(...) a atenção sobre a função fundamental realizada pela motivação para determinar o alcance e o conteúdo do dispositivo, e também fizeram perceber de forma nítida que, no âmbito de um dispositivo limitado a apenas duas alternativas (rejeição ou aceitação), é possível exteriorizar uma pluralidade de indicações com precisão na motivação, que dá o significado e o alcance do dispositivo”. No original: “(...) l’attenzione sulla funzione fondamentale assolta dalla motivazione per determinare l’ampiezza ed il contenuto del dispositivo, ed hanno altresì fatto percepire in maniera netta che, nell’ambito di un dispositivo limitato a due sole alternative (rigetto o accoglimento), è possibile esternare pluralità di indicazioni proprio in base alla motivazione, che dà il senso e la portata del dispositivo” (COEN, Leopoldo. *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa: principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*. Torino: G. Giappichelli, 1998, p. 9).

<sup>799</sup> Destacando o aspecto democrático da motivação: “A motivação das decisões judiciais é, por séculos, considerada como um sinal da natureza democrática de um sistema jurídico: como se afirmou com autoridade, a fundamentação serve ao juiz para explicar a racionalidade de seu comando”. No original: “La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali è da secoli ritenuta sintomo della democraticità di un sistema giuridico: come autorevolmente affermato, la motivazione serve al giudice per spiegare la ragionevolezza del suo comando” (SCARPA, Antonio. *La decisione della causa*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 128). No mesmo sentido: CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. *Revista Julgar*, Lisboa, n° 6, pp. 69-76, 2008, p. 69.

<sup>800</sup> Com essa divisão: TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario. *L’attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, pp. 150-151.

história do processo civil. Nas ordálias o julgador não fundamenta (pois o julgamento é feito por uma divindade), na tarifação legal o juiz se limita a aplicar as normas sobre a hierarquia das provas (podendo, no máximo, justificar qual a regra incide no caso), enquanto no livre convencimento o magistrado é dispensado de justificar suas escolhas.

De forma ampla, afirma-se que uma decisão judicial adequadamente fundamentada é aquela que contém “boas razões”, para o julgador e para aqueles que deverão observá-la e cumpri-la<sup>801</sup>. Essa assertiva não supre a lacuna, mas apenas transfere para outro conceito genérico – a procura pelo conteúdo mínimo da motivação passa para a busca pela definição das boas razões.

Sustenta-se que uma fundamentação adequada é a existente, suficiente e logicamente coerente, e, por outro lado, é nula a que for ausente, insuficiente ou contraditória<sup>802</sup>.

Também se afirma que a decisão judicial está adequadamente fundamentada quando resolve todos os pedidos, aplica (ou diferencia ou afasta) o precedente cabível e quando seus argumentos se apoiam diretamente nas provas e são estruturados de forma lógica a uma conclusão final sobre os fatos<sup>803</sup>. Esse conceito, todavia, igualmente não afasta um grau mínimo de discricionariedade judicial.

Ademais, a lógica não é, por si só, garantia de uma fundamentação adequada às provas produzidas no processo. Como adverte Manuel Atienza, “(...) por um lado, como vimos, a partir de premissas falsas pode se argumentar *corretamente* do ponto de vista lógico; e, por outro lado, é possível que um argumento seja *incorreto* do

---

<sup>801</sup> Nesse sentido: “Assim, a sentença deve ser motivada e a motivação deve ser adequada e eficaz. Essa deve, portanto, conter argumentos justificativos suficientes para fazer crer que a decisão, de fato e de direito, está apoiada em boas razões”. No original: “Quindi la sentenza deve essere motivata e la motivazione deve essere adeguata ed effettiva. Essa deve dunque contenere argomentazioni giustificative sufficienti a far ritenere che la decisione in fatto e in diritto sia fondata su buone ragioni” (TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retórica e dialética. In: BESSONE, Mario. *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 149). Igualmente: DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto; il ruolo della narrazione nel 'processo'*. Milano: FrancoAngeli, 2008, pp. 200-201.

<sup>802</sup> Com esse entendimento: CONSOLO, Claudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007, p. 1173. Ainda: “A exigência constitucional de motivação requer justificação coerente e completa do juízo de fato e de direito, sob pena de nulidade da decisão judicial (...). São impositivas, portanto, a justificação interna e a justificação externa” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 231-232).

<sup>803</sup> “La sentenza sarebbe giustificata, secondo Taruffo, quando gli argomenti partono da premesse rappresentate dalle prove e si strutturano in inferenze tratte da queste rispetto al giudizio finale sul fatto” (DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto; il ruolo della narrazione nel 'processo'*. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 199).

ponto de vista lógico, embora a conclusão e as premissas sejam verdadeiras, ou pelo menos altamente plausíveis”<sup>804</sup>.

Verificar a correção dos argumentos não significa resumi-los a uma simples dicotomia (válido/inválido). O que pode ser realizado por meio da análise da argumentação é a identificação de *falácias* (argumentos inválidos aparentemente válidos) e dos argumentos manifestamente inválidos<sup>805</sup>.

Contudo, a decisão judicial não decorre necessariamente da análise e da reflexão de todos os atos processuais. Desde que atendidos os requisitos formais, o juiz pode se limitar a escolher uma versão dos fatos entre todas as apresentadas no processo, e fundamentar sua opção em determinadas provas. Em outras palavras, a ausência de critérios prévios suficientes para definir qual narração dos fatos (e as respectivas provas) é a mais coerente e completa no processo, o juiz “(...) *resolve o conflito entre narrações diferentes escolhendo uma e descartando as demais como falsas e implausíveis*”<sup>806</sup>. Isso não significa que a decisão judicial seja arbitrária, ou seja, não tem validade apenas com fundamento no aspecto formal da competência jurisdicional de seu prolator. Por outro lado, essa afirmação ainda é insuficiente para explicar de que forma a racionalidade judicial pode ser objeto de verificação e controle, a fim de que a autoridade judicial não se sustente apenas pela coerção, ou, ainda, quando apresenta-se “(...) não como esmagadora razão da força, mas como sedutora força da razão”<sup>807</sup>.

<sup>804</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002, p. 28.

<sup>805</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002, pp. 28-29.

<sup>806</sup> TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, nº 69, pp. 99-124, 2002, p. 109. Ainda: LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 23-24. Da mesma forma: “(...) o juiz de mérito não é obrigado a avaliar individualmente todos os resultados processuais e a refutar todos os argumentos apresentados pelas partes, sendo suficiente que ele, após ter examinado a um e a outro como um todo, indicar os elementos sobre os quais pretende apoiar seu próprio convencimento, devendo-se considerar rejeitados, implicitamente, todas as outras circunstâncias que, embora não especificamente mencionadas, sejam logicamente incompatíveis com a decisão proferida”. No original: “(...) il giudice di mérito non è tenuto a valutare singolarmente tutte le risultanze processuali ed a confutare tutte le argomentazioni prospettate dalle parti, essendo invece sufficiente che egli, dopo aver vagliato le une e le altre nel loro complesso, indichi gli elementi sui quali intende fondare il proprio convincimento, dovendosi ritenere disattesi, per implícito, tutti gli altri rilievi e circostanze che, sebbene non menzionati specificamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata” (CONSOLO, Cláudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007, p. 1173).

<sup>807</sup> LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 24.

Da mesma forma que a decisão judicial sem fundamentação é apenas força (ou seja, o exercício arbitrário do poder)<sup>808</sup>, a decisão insuficientemente fundamentada também é somente força, porque lhe falta o elemento que lhe confere *legitimidade*.

A escolha ocupa uma posição central no processo de decisão<sup>809</sup>. Todavia, não se pode descobrir ou pressupor as razões íntimas do julgador na sua escolha, tampouco se a fundamentação constituiu em um ato anterior<sup>810</sup> ou posterior (como mero legitimador formal) à valoração das provas<sup>811</sup>.

Para quem afirma que a escolha é um ato anterior à análise das provas, sua valoração e a conseqüente fundamentação, esta se restringe a um processo lógico de racionalização do convencimento do juiz<sup>812</sup>. Em outras palavras, busca-se, por meio da

<sup>808</sup> Com igual entendimento: “Entrando no terreno jurídico, uma decisão precisa apresentar a origem do convencimento do magistrado para assumir a condição de Juízo. O seu eventual esquecimento transformaria a decisão em força” (CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, p. 132). Ainda acerca da fundamentação como legitimadora da decisão judicial e excludente da arbitrariedade do ato: DUARTE NETO, Bruno Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Princípios do processo civil: noções fundamentais*. São Paulo: Método, 2012, pp. 71-73.

<sup>809</sup> Sobre o assunto: “O processo de construção e elaboração da decisão judicial é sempre um processo de escolha, de opção, de valoração. O juiz faz escolhas no processo de selecção dos factos que considera provados e não provados e, nos momentos posteriores, quando formula a motivação da opção ou escolha anteriormente efectuada justificando, ‘fundamentando’, os motivos dessa escolha, expondo os critérios e os passos lógicos que dão validade e portanto aceitabilidade à sua decisão. Idêntica estrutura é evidenciada na valoração que o juiz faz na fundamentação jurídica e ocorre no momento de escolha do argumento A em detrimento do argumento B” (LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 28).

<sup>810</sup> Acerca da decisão como um ato anterior à motivação, Baldassare Pastore afirma que “o julgamento é, portanto, precedido por uma relação de pertença que não se pode mais refletir integralmente, mas que requer um desprendimento, uma mancha à distância”. No original: “Il giudizio è, dunque, preceduto da una relazione di appartenenza che non si può mai interamente riflettere, ma che richiede un distacco, una messa a distanza” (PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 8). Ainda: “Essa é a razão pela qual o acto de bem julgar reclama, primeiro que tudo, não tanto uma progressão no sentido da decisão, mas antes uma regressão a esse juízo já existente, a esse pré-juízo, ou mesmo esse preconceito. A primeira exigência do acto de bem julgar consiste em formular esse juízo implícito que concorre com a operação consciente, para o substituir por uma deliberação. Tomada de consciência essa tanto mais difícil quanto remete o juiz para a sua própria finitude, senão mesmo para a sua impotência” (GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 315). Na doutrina brasileira: “Depois de tantos anos, os juízes aprenderam como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la. A obrigatoriedade da investigação valorativa talvez mudasse pouco a situação atual” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 229).

<sup>811</sup> Maria Thereza Gonçalves Pero destaca que o conceito de fundamentação não é unívoco, razão pela qual é designada tanto como a exteriorização do processo mental lógico que levou o juiz à sua decisão (momento anterior), quanto como um discurso de justificativa desenvolvido pelo juiz após chegar a uma conclusão, para expor as razões da sua decisão, a fim de convencer sobre o acerto dela (momento posterior) (PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 1-2).

<sup>812</sup> Nesse sentido, ao comentar o pensamento de doutrinadores do realismo jurídico: “A fundamentação da decisão, sob essa perspectiva, resumir-se-ia a um fenômeno de *racionalização*; ao fundamentar seu convencimento, a decisão judicial teria de submeter a um *processo lógico* aquilo que, intuitivamente,

fundamentação posterior ao convencimento, tornar objetivas (ou “objetivar”) as escolhas subjetivas do julgador. Há até quem defenda que o juiz deve buscar em primeiro lugar uma solução “justa” para o caso e, em seguida, procurar os fundamentos (no direito ou até mesmo fora dele) necessários para justificar sua decisão<sup>813</sup>.

Como dito acima, o que importa para o controle da decisão são os fundamentos externados pelo juiz na sua decisão, o caminho argumentativo que percorreu para efetuar suas escolhas, *ainda que intimamente existam outras razões que levaram o julgador à conclusão adotada na decisão*, mas que não foram exteriorizadas.

O fato de as escolhas terem sido feitas *antes ou depois* de o juiz analisar os autos do processo, valorar as provas, estudar as normas e os precedentes alegadamente aplicáveis ao caso, *não invalida, por si só, a fundamentação da decisão*<sup>814</sup>.

Para Paul Ricoeur, o *significado forte* do ato de julgar está na *realização das escolhas*, como ato de tomada de posição<sup>815</sup>.

forjou a conclusão do julgador, porque, bem ou mal, a exclusão do subjetivismo na formação das decisões judiciais – assim entendido como as influências pessoais do julgador (sua história, seus valores, sua experiência, suas pré-compreensões) – seria, ainda na perspectiva de Hutcheson, ‘geralmente ilusória’” (KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 14).

<sup>813</sup> Cita-se, como exemplo prático dessa lógica, um acórdão do Supremo Tribunal Federal que contém esse raciocínio: “(...) 2. OFÍCIO JUDICANTE - POSTURA DO MAGISTRADO. AO EXAMINAR A LIDE, O MAGISTRADO DEVE IDEALIZAR A SOLUÇÃO MAIS JUSTA, CONSIDERADA A RESPECTIVA FORMAÇÃO HUMANÍSTICA. SOMENTE APÓS, CABE RECORRER A DOGMÁTICA PARA, ENCONTRADO O INDISPENSÁVEL APOIO, FORMALIZA-LA. (...)” (RE 140265/SP, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/10/92, DJ 28/05/93, p. 10387). Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio fundamenta da seguinte forma o caminho que o juiz deve (em seu entendimento) seguir na justificativa posterior: “Senhor Presidente, desde os meus primeiros dias no ofício judicante compreendi que o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que possua. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese. Concluindo pela harmonia entre o resultado mais equânime e a ordem jurídica estabelecida, consagra-a, e, com isto, concretiza a justiça na concepção mais ampla do termo. Não encontrando apoio na dogmática, despreza a solução que lhe pareceu mais justa e atua segundo a vontade da lei”. Acerca da relação entre decisão justa e processo justo, Vitor de Paula Ramos afirma que a avaliação da justiça da decisão deve levar em conta três critérios: “(a) correta escolha e interpretação da regra jurídica; (b) apuração adequada dos fatos relevantes do caso; (c) emprego de um procedimento válido e justo para chegar à decisão. Para o escopo do presente trabalho será importante avaliar os itens (b) e (c), ficando o item (a) fora do escopo da pesquisa” (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 40).

<sup>814</sup> Nesse sentido: “Naturalmente, o simples fato de que a razão dada para um ato ou uma decisão ser *ex post facto* não invalida essa razão”. No original: “Of course, the mere fact that the reason given for an act or a judgment is *ex post facto* does not invalidate that reason” (FRANK, Jerome. Say it with music. *Harvard Law Review*, Harvard, nº 6, pp. 921-957, jun. 1948, p. 950).

<sup>815</sup> RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 164. Na mesma linha, Manuel Atienza afirma que “é possível que, de fato, as decisões judiciais sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugere, isto é, que o processo mental do juiz vá de conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos, mas isso não anula a necessidade de

Michele Taruffo destaca que uma decisão racional é *possível e necessária* em um sistema jurídico<sup>816</sup>. Por isso, a racionalidade de uma decisão não pode ser presumida, mas expressa de forma clara por meio da fundamentação, para que seja passível de controle. Logo, *a fundamentação da decisão judicial constitui a expressão da racionalidade do julgador, singular ou coletivo*<sup>817</sup>.

A partir da relação entre fundamentação e prova (ou seja, sob a perspectiva do livre convencimento motivado) afirma-se que uma decisão judicial possui uma fundamentação racional quando for completa, coerente, congruente e logicamente correta<sup>818</sup>.

Essas características decorrem diretamente da *compreensão* da decisão judicial, especialmente pelos sujeitos do processo e por todos os atingidos por seus efeitos. A fundamentação é o meio pelo qual o julgador deve *explicar* por que chegou a determinadas conclusões (causa), como e por quem a decisão deverá ser cumprida (efeito).

Essa necessidade que a decisão judicial tem de ser compreendida justifica a existência do recurso de embargos de declaração, julgados pelo próprio prolator da decisão recorrida (e não por uma instância superior), com o objetivo principal de torná-la inteligível, observável e aplicável por seus destinatários.

Em outras palavras, deve ser efetuada a devida diferenciação entre decisão e fundamentação: a decisão não é necessariamente racional (pode ser irracional inclusive

justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível” (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002, p. 23).

<sup>816</sup> “Le considerazioni che precedono si fondano sulla premessa che una decisione razionale sia possibile, e che anzi essa sia necessaria in un sistema giuridico non arbitrario” (TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario. *L’attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 149).

<sup>817</sup> Da mesma forma, relacionando a fundamentação à racionalidade da decisão: “As decisões judiciais devem ser motivadas, isso é, *racionalmente fundamentadas*. Esse assunto assume importância de relevo, não apenas em razão do modo como é estruturado o sistema normativo (refiro-me a questões atinentes ao modo como se deve decidir com base em princípios jurídicos, ou textos com conteúdo vago ou indeterminado, por exemplo), mas, também, em razão da complexidade como se apresentam os problemas sociais” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015, p. 620).

<sup>818</sup> “Nesse aspecto, a valoração será racional se presentes os seguintes critérios: completude (se todas as provas disponíveis forem levadas em consideração), coerência (se a valoração do conjunto das provas não contiver contradições internas, apresentando conclusões convergentes), congruência (se as provas levadas em consideração efetivamente disserem respeito aos fatos em apuração) e correção lógica (se as inferências do raciocínio forem logicamente válidas e justificáveis)” (RAMOS, Vitor de Paula. *Direito fundamental à prova*. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013, p. 52).

de forma que o próprio julgador não perceba, de modo inconsciente), mas a fundamentação é a justificação racional da decisão pelo juiz<sup>819</sup>.

Em suma, *o convencimento do juiz é livre e irracional, mas a fundamentação de sua decisão é racional.*

Em regra, a escolha de uma entre as opções possíveis surge como consequência de um processo de *hierarquização*, de classificação das alternativas, a atribuição de um valor maior a uma delas e sua consequente escolha. Porém, é possível a ocorrência de situações em que nenhuma das alternativas será prioritária; nesses casos, há uma *relação de indiferença*, o que demanda um maior esforço argumentativo e uma motivação caracterizada pela racionalidade individual. Essa escolha racional, para José António Mouraz Lopes, baseia-se em um sistema de valores<sup>820</sup>.

Para tornar mais complexa a questão, esse processo de escolhas de algumas alternativas em detrimento de outras não é uniforme, mas varia em cada caso, de acordo com a complexidade dos fatos e das provas, o grau de incerteza e a generalidade ou especificidade da norma aplicável<sup>821</sup>.

Por outro lado, apesar de sua complexidade, *a decisão judicial deve se restringir aos limites impostos pelas próprias partes*<sup>822</sup>, por meio dos pedidos, da causa de pedir e das provas.

A definição da decisão judicial e de sua fundamentação, sob a perspectiva formal do direito processual (codificado, ou seja, do direito positivo), é aparentemente simples e não demanda muito esforço argumentativo. A complexidade surge na análise material (isto é, do conteúdo da decisão e da relação entre motivação e provas) e na

---

<sup>819</sup> Sobre essa distinção: CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. *Revista Julgar*, Lisboa, nº 6, pp. 69-76, 2008, p. 73. Afirma-se, por isso, que “*fundar la sentencia es, pues, justificarla*” (FRONDIZI, Román Julio. *La sentencia civil: tema y variaciones*. La Plata: Platense, 1994, p. 27).

<sup>820</sup> Com essa afirmação: LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 26. Sobre a sentença como ato de expressão da racionalidade do julgador: SCARPA, Antonio. *La decisione della causa*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 128.

<sup>821</sup> Nesse sentido: LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 28-29.

<sup>822</sup> Nesse sentido: “Se, portanto, a sentença é essencialmente a resposta às demandas das partes, a complexidade da pronúncia do juiz não deve cruzar os limites dentro dos quais a motivação é necessária para expor os fundamentos da decisão adotada”. No original: “Se dunque la sentenza è essenzialmente risposta alle domande delle parti, la complessità della pronuncia del giudice non dovrebbe mai valicare i limite entro i quali la motivazione risulta necessaria ad esporre le premesse della decisione assunta” (SCARPA, Antonio. *La decisione della causa*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 128).

*delimitação do controle* da fundamentação das decisões judiciais<sup>823</sup>. Como se verifica, a partir de critérios previamente definidos em norma (constitucional ou infraconstitucional), se uma decisão é – ou não – suficientemente fundamentada? Os critérios devem ser iguais ou diferentes para uma análise de questões fáticas e jurídicas e para um exame limitado às questões de direito?

De modo geral, Hans Reichenbach subdivide a formação de uma decisão em duas etapas: (a) o contexto de descoberta (*context of discovery*), que diz respeito à enunciação da teoria adotada; (b) e o contexto de justificação (*context of justification*), etapa de validação da teoria descoberta, ou seja, de sua relação com os fatos e as provas e a conseqüente afirmação de sua validade. Para ele, o controle se limita à segunda fase, por permitir uma verificação lógica dos argumentos que demonstram externamente as escolhas<sup>824</sup>. O controle tem extrema relevância sobre a valoração judicial de provas e a fundamentação, ao pretender assegurar sua validade com fundamento em critérios (pretensamente) objetivos<sup>825</sup>. Evidentemente, isso leva ao problema do “controle do

<sup>823</sup> Acerca dos dilemas do controle da fundamentação das decisões judiciais: “Que conclusões podem ser daí extraídas, especificamente para o direito probatório, que se ocupa do juízo de fato no processo? Ora, em primeiro lugar, alguma dimensão emocional e subjetiva, não puramente perceptiva, na formação do convencimento judicial, acaba por se impor como *realidade, como contingência*. E assim concebida, chega-se à seguinte escolha: ou se renuncia aos controles lógicos do juízo fático – valendo-se da caricatura dos ‘dados’ de que falava Hutcheson ou do sistema probatório do antigo direito germânico – ou se fundamenta o juízo de fato *num rigoroso processo de racionalização, cujas fontes, longe de situarem-se na discricção ou arbútrio judicial, estarão num direito probatório bem desenvolvido*” (KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17). Ainda sobre a formação do convencimento judicial e suas variações, em um processo escrito e oral, por um juiz ou um órgão colegiado, um juiz profissional ou não: CAVALLONE, Bruno. *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant’anni dopo Chiovenda)*. In: QUADERNI DELL’ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO CIVILE. *Le prove nel processo civile: atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 46-49.

<sup>824</sup> REICHENBACH, Hans. *La filosofia científica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1953, p. 210. Com a mesma classificação, Román Frondizi sintetiza o contexto da descoberta (“*contexto del descubrimiento*”) na seguinte pergunta: como o juiz chegou ao dispositivo da sentença? Por sua vez, o contexto da justificação (“*contexto de la justificación*”) é utilizado pelo julgador para demonstrar, na fundamentação, que o dispositivo está de acordo com o direito (FRONDIZI, Román Julio. *La sentencia civil: tema y variaciones*. La Plata: Platense, 1994, pp. 28-29). Analisando os dois contextos sob a perspectiva das teorias científicas, para aplicá-los às teorias da argumentação jurídica: (a) o contexto de descoberta, consiste na enunciação e no desenvolvimento do conhecimento científico; (b) e o contexto de justificação corresponde à validação da teoria, na sua confrontação com os fatos e a conseqüente demonstração de sua correção e validade (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002, pp. 20-23).

<sup>825</sup> Sobre os problemas e dilemas do controle: “Dito isto, considerada tal perspectiva como verdadeira contingência, convém perguntas: o que fazer? Voltar à prova por ordálios? Ora, a nosso ver, a única conclusão possível a esse respeito passa, inicialmente, pela tomada de consciência para tal contingência, para, então, aperfeiçoar os controles racionais disponíveis à formação do juízo de fato” (KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 18).

controle”: ainda que existam normas que definam o conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais e que delimitem como é feito o controle delas, sempre haverá uma lacuna para o controle da regularidade desse controle e assim sucessivamente, de forma infinita.

Uma das principais formas de controle das decisões judiciais é a *previsibilidade*. A adoção de um sistema de precedentes judiciais, pelo novo CPC, auxilia na busca desse fim.

Como visto acima, a previsibilidade e a calculabilidade das decisões judiciais ampliam a credibilidade do Judiciário. A previsibilidade acrescenta a ideia de controle das decisões judiciais: o controle interno pela via recursal não se faz pela reconstrução do raciocínio do julgador (o chamado “silogismo tardio” ou retroativo), mas sim pela verificação de sua inserção – ou não – nos limites impostos pelo ordenamento jurídico, especialmente as leis e os precedentes<sup>826</sup>.

De forma similar, Michele Taruffo diferencia na decisão judicial: (a) o contexto da descoberta, referente à atividade de raciocínio decisório do juiz, o caminho lógico que segue para chegar a uma ou mais soluções para determinado problema; (b) e o contexto da justificação, atividade realizada pelo juiz após tomada a decisão para torná-la válida, consistente na sua justificação por meio da fundamentação<sup>827</sup>. Aos dois conceitos de Hans Reichenbach, José António Mouraz Lopes acrescenta o contexto da decisão, o qual pressupõe que qualquer decisão significa uma escolha entre duas ou mais alternativas excludentes entre si, que levam a resultados que não podem ocorrer ao mesmo tempo; partindo de uma diferenciação entre decisões normativas e institucionais,

---

<sup>826</sup> Sobre o assunto, na perspectiva do realismo jurídico: “Assim, caso o juiz, malgrado sua intuição, não logre formalizar solução legal *nos marcos do sistema jurídico, e, especialmente quanto ao fato, à lus das provas produzidas nos autos*, é porque a solução inicialmente conjecturada não é adequada” (KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 20).

<sup>827</sup> No original: “benché discussa da taluno, la distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione esprime in modo abbastanza efficace la differenza tra ciò che il giudice fa quando si impegna nel ragionamento decisorio (...) e ciò que egli fa quando, essendo ormai formulata la decisione, si tratta di giustificarla redigendo la motivazione” (TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra lógica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario. *L’attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 150). Da mesma forma: COEN, Leopoldo. *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa: principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*. Torino: G. Giappichelli, 1998, pp. 10-11.

concluiu que as decisões institucionais individuais são aquelas que levam a uma “(...) escolha entre alternativas de acções que são mutuamente excludentes”<sup>828</sup>.

É no contexto de justificação que se analisa quais os requisitos mínimos que uma decisão deve ter para se considerar que está justificada, sob os aspectos formal e material da argumentação jurídica<sup>829</sup>.

As principais teorias da argumentação jurídica se concentram na formulação de discursos descritivos e prescritivos no contexto de justificação, ou seja, como as decisões jurídicas são de fato motivadas<sup>830</sup>.

#### **4.4. A Fundamentação das Decisões Judiciais no Processo Civil Brasileiro**

A Constituição brasileira de 1988 exige a fundamentação das decisões judiciais, e comina a pena de nulidade para a sua ausência: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)” (art. 93, IX).

Na legislação infraconstitucional, o art. 458, II, do Código de Processo Civil de 1973 arrola, como um dos requisitos da sentença, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. O novo CPC, de forma similar, insere entre os elementos da sentença “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” (art. 489, II).

Já o art. 459 do CPC/73 (sem similar no CPC/2015), na parte final de seu *caput*, permite que “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa”. De forma similar, o art. 165 do CPC/73 dispõe que “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

O Código de Processo Penal também tem regra sobre o assunto, prevista em seu art. 381, III: “a sentença conterá: (...) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

Portanto, vige no processo civil brasileiro o livre convencimento judicial motivado (ou o “convencimento judicial motivado”, a partir do novo CPC), que

<sup>828</sup> LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 25.

<sup>829</sup> Sobre o assunto: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002, pp. 22-23

<sup>830</sup> Nesse sentido: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002, p. 22.

demanda a justificativa expressa por parte do juiz acerca das escolhas que fizer por determinadas provas em detrimento de outras.

O conceito de sentença é modificado pelo novo Código de Processo Civil.

A definição original do § 1º do art. 162 do CPC/73 adotava um critério *topológico* ou *topográfico*, ao descrever a sentença como o ato que encerra a prestação jurisdicional: “Art. 162. (...) § 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. A razão principal desse conteúdo estava na distinção entre as atividades de cognição e execução em *processos autônomos*. Transitada em julgado a sentença (ou eventual acórdão em grau recursal), o cumprimento da prestação jurisdicional se dava em um novo processo, de execução. Por isso, a sentença encerrava a atividade do juiz no processo de conhecimento.

Há uma explicação que esclarece a adoção desse critério por Alfredo Buzaid e está expressa na Exposição de Motivos do Código de 1973: o sistema recursal do CPC de 1939 era extremamente confuso, o que levou à inserção no CPC/73 do princípio da correspondência, segundo o qual existe um recurso correspondente para cada espécie de decisão (o que é mantido no novo CPC), e não repetiu as regras derivadas dos princípios da fungibilidade e da singularidade que existiam no CPC/39. Assim, a definição topológica não deixa dúvidas de que o pronunciamento judicial que põe fim ao processo é a sentença e contra ela cabe o recurso de apelação. Por outro lado, a decisão que não se encaixasse nessa definição legal seria uma decisão interlocutória (conceito residual), impugnável pelo recurso de agravo (retido ou de instrumento, na vigência do CPC/73)<sup>831</sup>.

---

<sup>831</sup> Destacam-se, da Exposição de Motivos do CPC de 1973, os seguintes trechos: “(...) 26. Não poderíamos encerrar esta Exposição de Motivos sem uma análise aprofundada do sistema de recursos, a fim de justificar a inovação preconizada pelo projeto. O direito brasileiro se ressentia, entre outros, de dois defeitos fundamentais: a) sob o aspecto terminológico, o emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes; b) sob o aspecto sistemático, uma quantidade excessiva de meios de impugnar as decisões. O rigor da ciência jurídica depende substancialmente da pureza da linguagem não devendo designar com um nome comum institutos diversos, nem institutos iguais com nomes diferentes. O direito brasileiro, ao nomear os recursos, não observou essa exigência da técnica jurídica. Sob o nome comum de agravo de petição, reúne cinco recursos, cujas condições de admissibilidade são essencialmente diversas. (...) 28. Sob o aspecto sistemático, o legislador mantém uma variedade considerável de recursos. Os autores nacionais não escondem a sua perplexidade diante de tamanha confusão legislativa e chegaram ao ponto de propor reformas substanciais, consideradas inadiáveis. E. D. Moniz de Aragão, animado do propósito de colaborar na tarefa de revisão legislativa, apresenta, num substancioso estudo, as linhas fundamentais de uma nova sistemática de recursos. Era indispensável apontar essa ausência de unidade, especialmente porque várias leis extravagantes serão atingidas pela reforma do Código, devendo submeter-se às normas que regem o novo sistema de recursos. Não se justificava que, tratando-se de ações, gozassem de um tratamento especial, com recursos próprios, diferentes daqueles aplicados às ações em geral. Na tarefa de uniformizar a teoria geral dos recursos, foi preciso não só refundi-los, atendendo a razões práticas, mas até suprimir alguns, cuja manutenção não mais se explica à luz da ciência. O projeto

Entretanto, esse texto inicial do art. 162, § 1º, do CPC/73, era criticado por algumas inconsistências, especialmente porque a sentença não é necessariamente o ato que põe termo ao processo. Com a interposição do recurso de apelação, o processo será resolvido por uma decisão monocrática ou acórdão do tribunal *ad quem*, ou, ainda, pela Corte que decidir algum dos recursos extraordinários *lato sensu* do sistema processual brasileiro. Ademais, pode-se afirmar também que a sentença nem sempre encerrava o processo, porque, independentemente de recurso, mesmo anteriormente às reformas processuais de 2005, algumas sentenças eram executadas nos próprios autos (tais como as mandamentais).

Por outro lado, a adoção desse critério topológico auxiliou a diferenciar com clareza a sentença de determinadas decisões interlocutórias proferidas no curso do processo. Por exemplo, a decisão que exclui um litisconsorte passivo com fundamento na sua ilegitimidade processual, com o prosseguimento do pedido em relação aos demais litisconsortes, é uma decisão interlocutória, porque não põe fim ao processo.

A partir da alteração realizada pela Lei nº 11.232/2005 sobre esse dispositivo<sup>832</sup>, o conceito normativo de sentença do Código de 1973 passou a observar o *conteúdo*. Assim, concepção de sentença foi modificada para a decisão que se enquadra no art. 267 ou no art. 269 (não resolvendo ou resolvendo o mérito), independentemente de encerrar – ou não – a prestação jurisdicional: “Art. 162. (...) § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Houve, assim, uma substituição do critério topológico pelo conteúdo, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005. A partir dessa mudança, o contido no pronunciamento judicial passou a ter mais relevância do que a sua aptidão para encerrar o processo, a fim de identificá-lo como sentença.

---

aboliu os agravos de petição e no auto do processo. (...) 33. Diversamente do Código vigente, o projeto simplifica o sistema de recursos. Concede apelação só de sentença; de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Esta solução atende plenamente aos princípios fundamentais do Código, sem sacrificar o andamento da causa e sem retardar injustificavelmente a resolução de questões incidentes, muitas das quais são de importância decisiva para a apreciação do mérito. O critério que distingue os dois recursos é simples. Se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação. Não importa indagar se decidiu ou não o mérito. A condição do recurso é que tenha havido julgamento final no processo. Cabe agravo de instrumento de toda a decisão, proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente”.

<sup>832</sup> Com a reforma processual promovida pela Lei nº 11.232/2005, consolidou-se o denominado processo sincrético, abrangendo as fases de cognição e execução na mesma relação jurídica processual, deixando a segunda etapa de ser realizada em um processo autônomo. O cumprimento da sentença continua com o mesmo objetivo do processo de execução, de satisfazer o direito do credor, por meio do cumprimento da obrigação pelo devedor, ou independentemente da vontade deste, utilizando-se de técnicas de sub-rogação ou de meios de coerção (que não são, em si, executórios). O novo Código de Processo Civil consolida essa tendência de sincretismo processual, ao extinguir o processo cautelar e inserir as tutelas de urgência no mesmo processo, seja na fase de cognição, seja na fase de execução.

Entretanto, essa nova definição substituiu os problemas da acepção anterior por outros e também foi alvo de (merecidas) críticas<sup>833</sup>. No exemplo acima citado, a decisão de excluir um dos litisconsortes passivos no saneamento do processo seria considerada uma “sentença parcial”, por ter o conteúdo do art. 267, VI, do CPC/73.

No novo CPC, a definição de sentença é feita com base em dois elementos, que são o *conteúdo* e a *função*, conforme prevê o art. 203, em seu § 1º: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”<sup>834</sup>.

A primeira parte fala em conteúdo, até “487”, enquanto de “põe fim... execução” trata da função da sentença. Portanto, sentença é o pronunciamento do juiz com o conteúdo do art. 485 ou 487, que encerra a fase de conhecimento ou extingue o processo de execução (de título executivo extrajudicial). Só há sentença quando os dois elementos (conteúdo e função) estiverem presentes. Por estar localizada como o ato final de uma fase, também se pode dizer que se trata de um critério topológico para conceituar a sentença, ainda que não encerre a prestação jurisdicional. Contudo, ao contrário do CPC/73, que fazia menção à extinção do processo nos arts. 267 e 269, o novo CPC observa o sincretismo adotado na íntegra com a realização das tutelas cautelar (inserida como espécie de tutela provisória), de cognição e de execução em um mesmo processo, razão pela qual os arts. 485 e 487 *não preveem que a sentença extingue o processo*.

Há, portanto, uma conjugação dos dois critérios, conteúdo e função (visto também como topológico). Em outras palavras, o novo CPC utiliza uma definição “mista”, de sentença, por identificá-la *pelo conteúdo e pelo momento do processo em que é proferida (no final de uma etapa)*.

Essa compreensão completa, com a combinação dos dois elementos, é fundamental para compreender a sentença e diferenciá-la das decisões interlocutórias no novo CPC, considerando que o conceito destas é residual, compreendendo toda a decisão judicial que não se enquadre no conceito de sentença (art. 203, § 2º). Além

---

<sup>833</sup> Sobre as definições (original e reformada) de sentença no CPC de 1973: TESHEINER, José Maria. Sentença e coisa julgada – conceito e controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 208, pp. 23-58, jun. 2012.

<sup>834</sup> José Rogério Cruz e Tucci critica a definição do novo CPC, por ainda ter uma preocupação maior com a forma do que com o conteúdo (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 190, pp. 257-269, dez. 2010).

disso, o novo conceito de decisão interlocutória não descreve (logo, não limita) o seu objeto (diferentemente do CPC/73, que no art. 162, § 2º, mencionava a resolução de questão incidente). Portanto, o novo CPC não estabelece um critério objetivo para definir a decisão interlocutória, que se identifica apenas por exclusão em relação ao conceito de sentença. Por isso, por exemplo, o pronunciamento do art. 356 do novo CPC trata de uma decisão interlocutória – e não uma sentença – que julga antecipadamente uma parcela do mérito, porque não se enquadra no conceito do § 1º do art. 203 (possui o conteúdo, mas não a localização).

Por exemplo, uma decisão que acolhe um pedido do autor, resolvendo o mérito, é decisão interlocutória ou sentença? Será sentença apenas se encerrar a fase cognitiva do procedimento comum, ou extinguir a execução, caso contrário será decisão interlocutória (por exemplo, a decisão de julgamento antecipado parcial de mérito, prevista no art. 356 do NCPC)<sup>835</sup>.

O conceito de sentença no novo CPC é relevante para definir o recurso cabível (apelação), mas a coisa julgada não é um atributo exclusivo da sentença, porque também pode surgir com as decisões interlocutórias. Por isso, ao definir a coisa julgada, o art. 502 faz menção à *decisão de mérito* não mais sujeita a recurso, e não à sentença<sup>836</sup>. O mesmo ocorre no art. 515, I, que lista as *decisões* como títulos executivos judiciais (e não apenas as sentenças)<sup>837</sup>, e no art. 966, que traz como objeto de ação rescisória a “*decisão de mérito, transitada em julgado*”<sup>838</sup>. Em suma, as decisões interlocutórias não são mais aquelas que resolvem questões incidentes, porque também podem decidir o mérito e ter a autoridade da coisa julgada.

Ademais, o novo CPC confere expressamente uma maior relevância à decisão de saneamento e organização do processo<sup>839</sup>, que passa a ser um “*roteiro da sentença*”, porque *descreve e delimita o conteúdo que terá a futura sentença do*

---

<sup>835</sup> “Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355”.

<sup>836</sup> “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

<sup>837</sup> “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”.

<sup>838</sup> “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...)”.

<sup>839</sup> A decisão de saneamento e organização do processo possui três modalidades distintas: (a) pode ser proferida exclusivamente pelo juiz; (b) ou consistir na homologação pelo juiz do saneamento consensual das partes; (c) ou ser elaborada em audiência, em cooperação entre o juiz e as partes (art. 357, *caput* e §§ 2º e 3º, respectivamente).

*processo*, com exceção da valoração das provas e das conclusões do julgador. Em especial, nessa decisão o juiz deverá especificar as questões de fato controvertidas e quais meios de prova poderão ser produzidos para demonstrá-las, estabelecer as regras de ônus da prova (com a eventual distribuição dinâmica ou diversa) e especificar quais são as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (art. 357, II, III e IV, respectivamente).

#### 4.5. Os Quatro Aspectos da Fundamentação

Como visto, a Constituição brasileira de 1988 exige a fundamentação das decisões judiciais e comina a pena de nulidade para a sua ausência: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)” (art. 93, IX).

Considerando apenas o caráter jurídico (mas sem ignorar a existência de características metajurídicas)<sup>840</sup>, além de ser um *elemento* da sentença, a fundamentação é, ao mesmo tempo, um princípio processual, um dever do julgador, um direito individual e uma garantia para a Administração Pública<sup>841</sup>.

Fundamentar (ou motivar) uma decisão judicial consiste, em primeiro lugar, em um duplo discurso interno, que compreende: (a) a explicitação das razões que levaram o juiz a chegar à conclusão adotada na decisão; (b) e a justificação da escolha de determinadas razões e, conseqüentemente, a exclusão de outras que poderiam ter sido utilizadas para se chegar a uma conclusão diversa. A partir desse discurso interno, surge o externo, de exposição dessas mesmas razões para toda a sociedade.

---

<sup>840</sup> Maria Pero ressalta os problemas e as dificuldades existentes na conceituação da fundamentação, levando-se em conta que: (a) as normas jurídicas não a definem claramente e não traçam seus elementos essenciais de modo uniforme; (b) e, em regra, destaca-se apenas o caráter jurídico (técnico) da fundamentação, ignorando suas características metajurídicas, que, apesar de secundárias, integram o seu conteúdo (PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3).

<sup>841</sup> Sobre os quatro aspectos da fundamentação: CARDOSO, Oscar Valente. O aspecto quádruplo da motivação das decisões judiciais: princípio, dever, direito e garantia. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 111, pp. 96-102, jun. 2012. Em classificação distinta, José António Mouraz Lopes afirma que a motivação, na ordem constitucional portuguesa, possui uma tripla dimensão: é um direito fundamental do cidadão (inserido no direito ao processo equitativo), é um dever para os órgãos judiciais (inserido no princípio da tutela jurisdicional) e, como mais importante dimensão, é o núcleo do princípio da jurisdição (princípio estruturante do Judiciário), o que gera conseqüências em todo o ordenamento jurídico, para o legislador e para o julgador (LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 89-90).

Motivar significa expor as razões, enquanto fundamentar compreende os atos de expor e justificar as razões, de forma coerente<sup>842</sup>. Sob uma perspectiva mais subjetiva, os dois conceitos são associados ao *convencimento* do órgão julgador, singular ou colegiado.

Como princípio constitucional do processo, expressamente previsto no art. 93, IX, da Constituição de 1988<sup>843</sup>, constitui uma norma de caráter geral e abstrato em grau superior ao das regras, um *standard* ou mandado de otimização, incidente sobre os processos judiciais<sup>844</sup>. O princípio da fundamentação das decisões judiciais, contido no referido inciso IX do art. 93, é uma *norma autoaplicável*, razão pela qual independe de regulamentação por norma infraconstitucional para a produção de seus efeitos<sup>845</sup>.

A clara e simples ausência de fundamentação, verificável de plano, não produz divergências relevantes em sua constatação na prática. As dificuldades surgem no amplo conceito que pode compreender a falta de fundamentação em virtude de sua carência, de sua insuficiência, de seu cumprimento insatisfatório pelo órgão julgador. Por isso, o enquadramento normativo da fundamentação como um princípio ganha relevância nas consequências que produz, especialmente sobre o legislador (na sua regulamentação) e o julgador (na sua aplicação), razão pela qual, para este, “(...) deve ser encarada segundo uma obrigação de otimização, já que o fundamento deve aparecer na maior medida do possível”<sup>846</sup>. Em outras palavras, no Brasil não incumbe ao juiz somente observar o art. 93, IX, da Constituição de 1988, mas *aplicá-lo de forma que*

<sup>842</sup> Acerca da diferença entre motivar e fundamentar: “Motivar significa expor ou explicar o motivo ou a razão de algo, fundamentar. Esta definição simples apresenta o verbo fundamentar como sinônimo de motivar. Por sua vez, a fundamentação significa o ato ou efeito de fundamentar(-se), ou seja, documentar, estabelecer, firmar. Em outras palavras, aquele que fundamenta alicerça e firma o seu raciocínio, dando razões ao seu argumento. O pronome reflexivo é colocado entre parênteses para mostrar a possibilidade de firmar o próprio raciocínio – a si mesmo e aos demais interlocutores” (CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, p. 131).

<sup>843</sup> “Art. 93. (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)”. Michele Taruffo ressalta que, em países que não possuem o princípio da fundamentação das decisões judiciais positivado expressamente em sua Constituição (como, por exemplo, na Alemanha), entende-se que se trata de uma garantia fundamental, derivada diretamente do princípio geral do Estado de Direito (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [org.]. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 40).

<sup>844</sup> Acerca da fundamentação como um princípio: CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, pp. 133-137.

<sup>845</sup> Cândido Dinamarco afirma que não se trata de um princípio, mas de uma garantia constitucional (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 263).

<sup>846</sup> CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, p. 136.

não reste qualquer dúvida acerca da existência da fundamentação adequada em todas as suas decisões, inclusive pecando pelo excesso, mas não pela insuficiência.

Portanto, a fundamentação é a base argumentativa justificadora da decisão judicial sob dois aspectos: (a) interno, por demonstrar a lógica racional do julgador e explicar as razões às partes e aos tribunais superiores, funcionando como meio de controle; (b) e externo, por possibilitar a compreensão da decisão por toda a sociedade e, em consequência, legitimar a prestação jurisdicional<sup>847</sup>.

Isso leva ao duplo controle da decisão, também dividido em interno e externo, quando realizado no próprio processo (pelas partes, tribunais superiores e órgãos administrativos e disciplinares) e fora dele (controle democrático pela sociedade)<sup>848</sup>.

A fundamentação legitima o exercício do poder (pelo Judiciário) no Estado democrático: ao contrário do Executivo e do Legislativo, que são legitimados *a priori*, por meio do voto direto e universal, o Judiciário exerce o poder *a posteriori*, ou seja, por meio de sua própria execução e efetivação. Nas palavras de Alexandre Câmara, “assim é que a motivação da decisão é a resposta política que o juiz dá para explicitar sua legitimação”<sup>849</sup>.

A fundamentação é um dever do julgador porque, como uma consequência direta de ser um requisito formal de suas decisões (inclusive as administrativas)<sup>850</sup>, destina-se a ser cumprido pelo magistrado que as profere, cuja inobservância importa na nulidade do pronunciamento. O julgador é o *primeiro destinatário da fundamentação*. É quem profere a decisão o primeiro a verificar se a sua fundamentação é a adequada, se cumpre o mandamento constitucional e se pode ser compreendida pelos demais destinatários, internos e externos. Contudo, afirmar que a falta de fundamentação causa

<sup>847</sup> Nesse sentido: BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: G. Giappichelli, 1996, pp. 265-267; CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. *Revista Julgar*, Lisboa, nº 6, pp. 69-76, 2008, pp. 69 e 74-76. Ainda: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 436-437.

<sup>848</sup> Nesse sentido: CONSOLO, Claudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007, pp. 1172-1173.

<sup>849</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 437. Sob esse aspecto, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que “(...) a falta de fundamentação da sentença afronta o art. 458, II, do CPC e o art. 93, IX, da CF/88, porque não preenche um de seus requisitos essenciais e não observa o princípio da motivação das decisões judiciais, respectivamente” (APELREEX 2007.71.12.001944-8/RS, 1ª Turma, rel. Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, j. 09/11/2011, D.E. 17/11/2011).

<sup>850</sup> O art. 93, X, da Constituição preceitua que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

a nulidade da decisão significa dizer que se trata de uma *sanção exclusiva para o ato*, e não de uma sanção para o juiz que deixou de fundamentá-la.

Existem três posições principais sobre as consequências produzidas pela ausência de fundamentação na decisão judicial: (a) é inexistente, por impossibilitar a identificação de seu conteúdo e dos limites objetivos da decisão, e por impedir o seu controle externo<sup>851</sup>; (b) é causa de nulidade absoluta, que não pode ser convalidada; (c) e trata-se de nulidade relativa (anulabilidade) da decisão judicial, porque sua ausência ou deficiência não impede que a decisão se convalide, caso não seja recorrida<sup>852</sup>.

Diante da literalidade do texto constitucional (art. 93, IX), é possível afastar a tese de inexistência, para se restringir à nulidade da decisão não fundamentada. Ademais, partindo-se do pressuposto de que a decisão só pode ser anulada *antes de decorrido o prazo de impugnação ou de seu trânsito em julgado* (tendo em vista que, após, pode ser, no máximo, uma decisão rescindível, questionável por meio da ação rescisória), essa nulidade é *relativa*, que se convalida e pode levar à coisa julgada.

Incumbe ao juiz observar os deveres pessoais de imparcialidade<sup>853</sup> e abstenção, mas também outros deveres (ou poderes-deveres) inerentes ao exercício da

<sup>851</sup> Com esse entendimento, independentemente de não existir motivação ou de ela ser insuficiente ou contraditória: “É, portanto, inexistente, seja na sentença em que há uma ausência total – formal ou material – da motivação, seja naquela em que é incoerente ou contraditória a estrutura fundamental da decisão ou faltarem a declaração e a justificação de um de seus elementos”. No original: “È quindi inesistente sia la sentenza nella quale vi è assenza totale – formale o sostanziale – della motivazione, sia quella in cui è incoerente o contraddittoria la struttura fondamentale della decisione ovvero manca l’enunciazione e la giustificazione di un suo elemento” (BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: G. Giappichelli, 1996, p. 267).

<sup>852</sup> Com esse entendimento: “Sentença sem motivação é nula, mas, como simples ato processual, convaldesce com o trânsito em julgado” (SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224).

<sup>853</sup> A pretensa imparcialidade do juiz é questionada doutrinariamente, o que levou à criação da denominada “parcialidade positiva” (ou “neutralidade positiva”), consistente no reconhecimento da inabilidade de se considerar o juiz como alguém totalmente neutro e imparcial e, a partir disso, tratar a função jurisdicional sob uma perspectiva humanista e priorizar a justiça na sua perspectiva distributiva, no sentido de tratar desigualmente os desiguais. Artur César de Souza sintetiza o assunto com base na divisão da perspectiva do juiz e de suas funções em duas: (a) o juiz asséptico, da tradição iluminista, que vê o julgador como uma pessoa imparcial e sem qualquer pré-compreensão, imune a ideologias, e a influências culturais, políticas, sociais, psicológicas, etc.; (b) e o juiz positivo, da tradição humanista, que assume ser resultado da história e da sociedade em que vive (ou seja, sofre as influências do passado, presente e futuro) e não é neutro, tampouco imparcial (SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz – fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 15-39, out. 2013). De modo mais aprofundado, do mesmo autor: SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008. Para Edward Levi, mais importante do que a pretensa imparcialidade do juiz é a possibilidade de participação das partes na elaboração da norma jurídica criada no processo, por meio de alegações, provas e outros meios (LEVI, Edward Hirsch. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 2013, p. 5). Como visto no Capítulo 1, esse direito das partes de influenciar a decisão judicial é assegurado pelo contraditório. Ainda, sobre a fundamentação como uma forma de controle da imparcialidade do julgador: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29.

função jurisdicional. Cândido Dinamarco sintetiza esses poderes no binômio “dirigir e tutelar”<sup>854</sup>, segundo o qual compete ao juiz conduzir o andamento processual de acordo com as normas legais e constitucionais (art. 125 do CPC de 1973 e art. 139 do CPC de 2015)<sup>855</sup> e efetivar a tutela jurisdicional, por meio da sentença, a ser prestada mesmo que não haja norma jurídica expressa incidente sobre o caso concreto (art. 126 do CPC de 1973 e art. 140 do CPC de 2015)<sup>856</sup>, e de seu cumprimento.

A fundamentação é um desses deveres, pois condiciona o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional à exteriorização das razões de decidir<sup>857</sup>.

<sup>854</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 228-229. Quanto às relações entre fundamentação e imparcialidade: “Qualquer que seja a concepção sobre a natureza jurídica da motivação, como exposição histórica, como instrumento de comunicação e fonte de indícios, como discurso judicial ou como atividade crítico-cultural, o certo é que o provimento deve ser motivado, inclusive para se aferir, concretamente, a imparcialidade do julgador” (DUARTE NETO, Bruno Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Princípios do processo civil*: noções fundamentais. São Paulo: Método, 2012, p. 72).

<sup>855</sup> Conforme o texto do art. 125 do CPC de 1973: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. A redação do art. 139 do novo CPC, por sua vez, repete esses quatro incisos e insere seis novas hipóteses: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular”.

<sup>856</sup> Nos termos do art. 126 do CPC de 1973: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Já o art. 140 do novo CPC sintetiza o texto revogado e substitui a expressão “lei” por “ordenamento jurídico”, uma constante em toda a redação da nova norma jurídica: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. O parágrafo único do dispositivo do novo CPC reproduz o art. 127 do Código revogado: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Como exemplo, o art. 723, parágrafo único, do novo CPC, confere ao juiz o poder de decidir por equidade em todos os procedimentos especiais de jurisdição voluntária: “Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

<sup>857</sup> Acerca da fundamentação como a exposição das razões de decidir: “Na fundamentação o juiz deve explicar por que as normas de direito aplicáveis ao caso o levaram a prestar a tutela a um ou a outro dos litigantes, e quais elementos probatórios apóiam a solução adotada”. No original: “Nella motivazione il

Para Luiz Guilherme Marinoni, a norma criada pelo juiz para o caso concreto depende de justificação, tendo em vista que ele é um agente do poder não legitimado pelo voto popular<sup>858</sup>.

Portanto, trata-se de uma imposição constitucional e legal, que constitui e condiciona a validade das decisões judiciais<sup>859</sup>. Contudo, trata-se de um requisito que permite o controle *posterior* da decisão, diante da inviabilidade de, antecipadamente, pleitear a restrição do julgamento a determinadas possibilidades, delimitadas em lei ou pelos tribunais superiores<sup>860</sup>. Em outras palavras, a fundamentação das decisões judiciais é submetida a um controle repressivo, tendo em conta não ser possível a interposição de um recurso (ou outro meio processual) preventivo, para determinar ao juiz que decida de determinada forma.

Na doutrina constitucional, Uadi Lammêgo Bulos sustenta que “para que uma decisão seja motivada não basta a menção pura e simples aos documentos da causa, às testemunhas ou à transcrição dos argumentos dos advogados. O requisito constitucional só será satisfeito se existir análise concreta de todos os elementos e demais provas dos autos, (...)”<sup>861</sup>.

A fundamentação também é um direito individual garantido pelo Estado Constitucional (e também o era pelo Estado de Direito), por evitar abusos e arbítrios do Judiciário na condução e julgamento dos processos, diante da exigência de que o juiz exponha as razões de sua decisão<sup>862</sup>. Vendo o processo como um ambiente democrático,

---

giudice deve spiegare perché le norme di diritto applicabili alla fattispecie lo abbiano indotto a dare tutela all'uno o all'altro dei contendenti, e quali elementi probatori supportino la soluzione adottata” (SCARPA, Antonio. *La decisione della causa*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 129). Ainda: “La valutazione delle prove (...) é, anzitutto, un vero e proprio ‘dovere’ del giudice, (...)”. No original: “A valoração das provas (...) é, em primeiro lugar, um ‘dever’ real e certo do juiz, (...)” (COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano (coord.). *Commentario del Codice di Procedura Civile*. v. II. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 410).

<sup>858</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 108.

<sup>859</sup> No Supremo Tribunal Federal: “(...) A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. - A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes” (HC 80892/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/10/2001, DJ 23/11/2007, p. 115). Ainda: HC 74073/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 20/05/1997, DJ 27/06/1997, p. 30227.

<sup>860</sup> Sobre a imprevisibilidade da decisão judicial e de sua fundamentação: BONA, Carlo. *Sentenze imperfette: gli errori cognitivi nei giudizi civili*. Bologna: Il Mulino, 2010, pp. 159-171.

<sup>861</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 860.

<sup>862</sup> Nesse sentido: “É por essas razões que, embora não colocada no rol de direitos e garantias fundamentais, a motivação das decisões judiciais configura-se, no direito brasileiro, como um direito fundamental. É inerente à ideia de Estado Constitucional e aparece como uma manifestação do princípio

as partes e os terceiros interessados, como destinatários da decisão judicial<sup>863</sup>, têm o *direito de influenciar* o julgador e sua decisão, o que, como visto no Capítulo I, é assegurado pelo contraditório.

*O jurisdicionado tem o direito fundamental de participar da formação da convicção do julgador durante o processo e de influenciar diretamente a decisão judicial, o que é assegurado pelo contraditório e controlado por meio da fundamentação.*

A decisão judicial é um ato de poder do Estado, legitimado pela motivação e pela participação dos particulares, previamente na sua formação e posteriormente em sua fiscalização. Ainda nesse sentido, o contraditório pode ser verificado por meio da fundamentação, limitando o juiz a utilizar em sua decisão apenas os elementos que foram objeto do contraditório entre as partes.

Defende-se que, sob essa perspectiva, a motivação deriva da garantia do devido processo legal e é uma manifestação do Estado de Direito<sup>864</sup>.

Reitera-se que o contraditório assegura o direito das partes de ser informadas, participar, reagir, cooperar e influenciar na decisão judicial. E o cumprimento desse direito é verificado na fundamentação.

A decisão sem fundamentação descumpre o contraditório, no sentido de a parte ter a sua manifestação levada em conta. Por isso, *o que for debatido entre as partes no contraditório processual deve ser considerado* – e expressamente refutado, quando for o caso – *na decisão judicial* (art. 489, § 1º, IV, do novo CPC).

democrático e da soberania popular, inseridos no quadro constitucional brasileiro no art. 1.º, *caput*, e parágrafo único, da CF. Segue, com isso, uma tendência mais ampla no sentido de compreender a motivação como direito fundamental ligado à não arbitrariedade e aos direitos de liberdade: (...)” (MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial*: a elaboração da decisão e a formação de precedente. São Paulo: RT, 2015, p. 130).

<sup>863</sup> Sobre a questão: “No entanto, são sempre as partes os destinatários primários da motivação, porque formularam as demandas às quais o juiz deve responder com clareza e persuasão nas decisões, colocando-se, como está bem escrito, ‘no nível do jurisdicionados’”. No original: “Tuttavia, sono pur sempre le parti le destinatarie primarie della motivazione, perché esse hanno formulato le domande cui il giudice rispondere con chiarezza e persuasività in sede di decisioni, ponendosi, come si è ben scritto, ‘al livello dei giudicabile’” (SCARPA, Antonio. *La decisione della causa*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 129).

<sup>864</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 313-314. Do mesmo modo, para Sérgio Mattos a motivação das decisões judiciais, é uma “(...) garantia inerente ao Estado de direito e ao devido processo legal” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 230). Daniel Mitidiero acrescenta que “o dever de motivação das decisões judiciais é *inerente* ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro *banco de prova do direito ao contraditório* das partes. Não por acaso a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo. Sem motivação a decisão judicial perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional” (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 206, pp. 61-78, abr. 2012, p. 62).

É sob esse aspecto, de direito do jurisdicionado, que a fundamentação das decisões judiciais pode ser vista mais claramente como um elemento não apenas formal-processual da decisão, mas também sob a perspectiva do direito material, como a resolução da controvérsia de acordo com o debatido pelas partes no processo (conforme visto no Capítulo 1 acerca do contraditório, em especial o art. 10 do NCPC, com o dever de consulta do juiz e a proibição das decisões-surpresa).

O Judiciário confere destaque a essa característica da fundamentação, sob a perspectiva de um direito da parte, que a protege da discricionariedade e assegura a observância das normas constitucionais e infraconstitucionais<sup>865</sup>.

Acrescenta-se que o objeto do litígio é delimitado pelas partes, e não pelo juiz, que deve observar esses limites materiais no julgamento e o princípio da congruência positivado nos arts. 128 e 460 do CPC de 1973 e nos arts. 141 e 492 do CPC de 2015 (correspondência entre pedido, causa de pedir e sentença)<sup>866</sup>, sob pena de a sentença ser: *infra* (ou *citra*) *petita*, quando não resolve todo o pedido, *ultra petita* a que decidir mais do que foi postulado, e *extra petita* aquela que julgar de forma diferente do pleito inicial<sup>867</sup>. Humberto Theodoro Júnior destaca que “(...) o pedido é a condição e o limite da prestação jurisdicional, de maneira que a sentença, como resposta

<sup>865</sup> Cita-se, por exemplo, acórdão do Supremo Tribunal Federal: “(...) É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciados, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais” (HC 68202/DF, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 06/11/1990, DJ 15/03/1991, p. 2647). Essa perspectiva também já foi realçada pelo Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL. NÃO-ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES POSTAS. ART. 458-II, CPC. DUE PROCESS OF LAW. RECURSO PROVIDO. I - A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, ELEVADA A CANOME CONSTITUCIONAL, APRESENTA-SE COMO UMA DAS CARACTERÍSTICAS INCISIVAS DO PROCESSO CONTEMPORANEO, CALCADO NO DUE PROCESS OF LAW, REPRESENTANDO UMA ‘GARANTIA INERENTE AO ESTADO DE DIREITO’. II - A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS RECLAMA DO ORGÃO JULGADOR, PENA DE NULIDADE, EXPLICITAÇÃO FUNDAMENTADA QUANTO AOS TEMAS SUSCITADOS, MESMO QUE O SEJA EM EMBARGOS DECLARATORIOS, SENDO INSUFICIENTE A SIMPLES AFIRMAÇÃO DE INEXISTIR OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NA DECISÃO EMBARGADA. (...)” (REsp 67514/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 24/05/2011, DJe 01/06/2011).

<sup>866</sup> Nos termos do art. 128 do CPC de 1973, “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Ainda: “Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. No novo CPC, dispõe o art. 141 que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Por sua vez, prevê o art. 492: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

<sup>867</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2007, p. 298.

ao pedido, não pode ficar aquém das questões por ele suscitadas (decisão *citra petita*) nem se situar fora delas (decisão *extra petita*), nem tampouco ir além delas (decisão *ultra petita*)<sup>868</sup>.

Excepcionalmente, o julgador pode conceder um “resultado prático equivalente ao adimplemento”, ou seja, providência diversa da pleiteada, prevista no art. 461 do CPC de 1973<sup>869</sup> e no art. 497 do CPC de 2015<sup>870</sup>. Em consequência, se não observado o direito individual a uma sentença fundamentada, as partes (e eventuais terceiros) do processo podem impugnar sua validade e demandar uma nova e motivada decisão.

Uadi Lammêgo Bulos afirma que a fundamentação das decisões judiciais é uma consequência lógica do devido processo legal, tendo como escopo principal o de assegurar que as decisões judiciais observem as garantias processuais constitucionais<sup>871</sup>.

Finalmente, a fundamentação das decisões judiciais é uma garantia para a Administração Pública, pois assegura que a Constituição e as demais normas jurídicas emanadas do Poder Público sejam devidamente aplicadas<sup>872</sup>. Ela permite, no dizer de Alexandre Câmara, o “controle vertical da atuação do juiz”<sup>873</sup>. Além disso, também é uma garantia *instrumental*, que permite o controle da efetividade de outras garantias e princípios processuais (especialmente aquelas relacionadas ao exercício do poder jurisdicional, como a imparcialidade)<sup>874</sup>.

---

<sup>868</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 566.

<sup>869</sup> “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Semelhante teor tem o art. 84 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

<sup>870</sup> “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

<sup>871</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 860.

<sup>872</sup> HUTTER, Rudolf. *Os princípios processuais no juizado especial cível*. São Paulo: Iglu, 2004, pp. 52-53.

<sup>873</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 436-437.

<sup>874</sup> Com esse entendimento: PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 6.

Portanto, além de ser uma garantia endoprocessual (em benefício das partes), é uma garantia política, de existência e manutenção da jurisdição, que permite o controle das decisões judiciais<sup>875</sup>.

Maria Thereza Gonçalves Pero lista três aspectos diferenciados da fundamentação: (a) como exposição histórica, ao reconstruir fatos passados para realizar a prestação jurisdicional no presente e para o futuro<sup>876</sup>; (b) como discurso, por constituir um conjunto ordenado de proposições; (c) e como instrumento de controle da legitimidade da decisão, ao obrigar o julgador a descrever e desenvolver seu raciocínio explicitamente<sup>877</sup>.

José Rogério Cruz e Tucci apresenta quatro características da fundamentação: (a) como exposição histórica, por ser “(...) uma verdadeira reconstrução histórica dos fatos pertinentes a determinada situação concreta”; (b) como instrumento de comunicação e fonte de indícios, pois é o meio pelo qual o juiz comunica suas razões às partes, aos julgadores das instâncias superiores e a outros eventuais interessados; (c) como discurso judicial, ao constituir uma justificação regulamentada pelas normas jurídicas; (d) e como atividade crítico-intelectual, por derivar das reflexões e do raciocínio do juiz<sup>878</sup>.

Michele Taruffo divide a motivação em dois aspectos principais: (a) a estrutura lógica que um determinado conjunto de afirmações feitas pelo juiz deve ter; (b) e a inserção funcional interna dessa estrutura, ou seja, a função desempenhada pelos juízos de valor do juiz no desenvolvimento da decisão, que devem ser expressos e justificados<sup>879</sup>.

---

<sup>875</sup> Nesse sentido: BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 861; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 408. Para Alexandre de Moraes, “a legitimidade democrática do Poder Judiciário baseia-se na aceitação e respeito de suas decisões pelos demais poderes por ele fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, motivo pelo qual todos os seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1378).

<sup>876</sup> Sobre o direito como uma atividade comunicativa e a sentença como uma narrativa da reconstituição de eventos do passado: SILVA, Joana Aguiar e. As narrativas do direito e a verdade judicial. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 111-124. A autora ressalva, porém, que a estrutura narrativa auxilia a compreender, mas não esgota o direito, ou seja, não se trata de uma teoria geral.

<sup>877</sup> PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 146-178.

<sup>878</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 11-14.

<sup>879</sup> TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 27.

A fundamentação das decisões judiciais possui duas funções principais: (a) endoprocessual, que garante o controle da decisão pelos sujeitos do processo, ao permitir que as partes e os julgadores de instâncias superiores tenham ciência, de forma clara, das razões que levaram o juiz ou o órgão colegiado a decidir daquela forma, e não de outro modo<sup>880</sup>; (b) e extraprocessual (ou exoprocessual), garantia conferida a todas as pessoas que não participaram do processo, para exercer democraticamente o seu controle<sup>881</sup>.

Sérgio Mattos realiza a distinção em: (a) justificação interna (silogismo jurídico), consistente na relação lógica efetuada entre as premissas de fato e de direito

<sup>880</sup> A função endoprocessual era a única existente na origem da fundamentação, como um elemento de limitação na valoração judicial das provas. Buscava-se apenas esclarecer às partes as razões da decisão judicial e propiciar sua impugnação pela via recursal. Sobre o assunto: TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, pp. 38-39. Ainda: CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003, pp. 139-140.

<sup>881</sup> Sobre o assunto: TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 416. Ainda: SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 155-159. Seguindo essa divisão: LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 92-93; DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 315. Também dando ênfase ao convencimento externo: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 436-437; FRONDIZI, Román Julio. *La sentencia civil: tema y variaciones*. La Plata: Platense, 1994, pp. 39-46; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004, p. 615; OLIANI, José Alexandre Manzano. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 47. Abordando o controle pelas partes e por todas as pessoas: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 108. Destacando o aspecto extraprocessual como uma função política da motivação, por assegurar a imparcialidade do julgador e a legalidade da justiça das decisões: “A fundamentação das decisões, na medida em que consubstancia uma justificação racional susceptível de ser compreendida e valorada criticamente pelos cidadãos, sejam ou não destinatários directos das decisões, demonstra que o juiz exerce o exercício do poder do povo em nome de quem julga e decide, legitimando o poder de decisão do juiz à face da ideia de justiça para os cidadãos” (LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 64). Marinoni e Mitidiero citam duas funções essenciais da motivação: (a) “(...) possibilitam a construção de um discurso jurídico a respeito da necessidade de justificação das decisões judiciais”, ou seja, relaciona a fundamentação ao direito a um processo justo (ligação entre discurso e caso concreto); (b) e “(...) viabilizam a organização de um discurso jurídico a respeito da *teoria dos precedentes judiciais obrigatórios*”, levando-se em conta a missão do Direito “(...) em orientar condutas sociais e promover a igualdade, a segurança jurídica e a coerência do sistema” (ligação entre discurso à unidade prospectiva e retrospectiva do Direito no Estado Constitucional, logo, não se limita às partes do caso concreto) (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 666). Ainda na função extraprocessual, destaca-se a distinção entre o controle da decisão e o controle da decisão proferida: “Controle da decisão é aquele exercido dentro do próprio Poder Judiciário, mediante os meios legais assegurados às partes ou a terceiros juridicamente interessados no mesmo processo (remessa oficial necessária, recursos) ou em outro processo (ações autônomas de impugnação). Controle da decisão proferida é aquele exercido pela opinião pública por meio do direito de crítica, que pode influenciar em casos futuros o mesmo juiz ou outros juízes a decidirem de maneira diferente” (SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 198).

utilizadas na decisão judicial; (b) e justificação externa (metajustificação), que se trata da correção de tais premissas, ou seja, “essas premissas devem ser justificadas como boas razões”<sup>882</sup>.

Com fundamento na função de controle das decisões judiciais por meio da fundamentação, e sua positivação na Constituição, alguns autores afirmam que isso leva ao reconhecimento do status constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição<sup>883</sup>.

Contudo, a *função* controladora da motivação não cria uma *vinculação* de sua exigência ao cabimento de recurso contra a decisão. Isso é válido em parte, mas de forma aleatória, como nas decisões de mero expediente. Em outras palavras, a função endoprocessual não leva à dispensa da motivação de uma decisão judicial se não existir previsão legal de recurso cabível contra ela<sup>884</sup>.

A partir dessas distinções, Daniel Mitidiero defende que a decisão judicial deve se preocupar não apenas com a resolução do caso concreto, mas também com as repercussões sociais por ela causadas (discurso voltado para o caso concreto e discurso voltado para a ordem jurídica, respectivamente)<sup>885</sup>.

O art. 458 do CPC/73 lista como requisitos formais da sentença: (a) o relatório, consistente na parte da sentença que contém a *descrição dos principais fatos processuais*, ou seja, o histórico e o resumo da controvérsia, com “os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo” (inciso I); (b) a fundamentação deve conter as razões de decidir, os fundamentos da decisão, ou seja, as razões fáticas e jurídicas que levam o magistrado a sentenciar daquela forma, (inciso II); (c) e o dispositivo, no qual o juiz efetivamente resolve as questões controversas, concluindo a sentença (inciso III).

O art. 498 do novo CPC segue essa mesma estrutura, com texto similar:

"Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

<sup>882</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 232. Da mesma forma: COEN, Leopoldo. *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa: principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*. Torino: G. Giappichelli, 1998, p. 11.

<sup>883</sup> Com esse entendimento: LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 90.

<sup>884</sup> Nesse sentido: “Ou seja, quer as decisões que pela sua natureza não admitam recurso quer as decisões proferidas pelos tribunais de última instância das quais não há recurso exigem sempre uma fundamentação. O que está em causa é a garantia do cumprimento das finalidades extraprocessuais da fundamentação das decisões assentes na vertente legitimatória” (LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 93-94).

<sup>885</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 206, pp. 61-78, abr. 2012.

- I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem".

As diferenças estão na substituição da expressão “requisitos” por “elementos” (no *caput*)<sup>886</sup> e na inserção da “identificação do caso” no relatório (inciso I), com o objetivo de identificar eventual precedente aplicável à solução do caso sob julgamento. Portanto, não se tratam apenas de pressupostos, de características antecedentes ao pronunciamento judicial, mas sim de elementos que, em conjunto, formam o próprio ato<sup>887</sup>. Ainda, há uma diferença entre a expressão “questões” utilizada no dispositivo legal: (a) no inciso II diz respeito aos pontos controvertidos derivados das causas de pedir; (b) e no inciso III refere-se aos pedidos formulados pelos sujeitos do processo.

Luiz Guilherme Marinoni acrescenta que “(...) a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e o dispositivo”<sup>888</sup>.

Porém, qual fundamentação é exigida? Existe apenas uma fundamentação adequada para cada situação concreta, ou mais de uma possibilidade? O art. 93, IX, da Constituição é um requisito meramente formal<sup>889</sup>, ou também traça limites materiais às decisões judiciais?

Diante disso, há doutrinadores que defendem a existência de um conceito meramente *formal* de motivação, razão pela qual a existência de justificativa na decisão judicial supre a exigência constitucional, independentemente de seu conteúdo.

<sup>886</sup> Sobre a fundamentação como um pressuposto de validade das decisões judiciais: TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 190, pp. 257-269, dez. 2010.

<sup>887</sup> Nesse sentido, Barbosa Moreira afirma que é mais adequada a descrição de relatório, fundamentação e dispositivo como “elementos” da sentença, no sentido de serem partes de um todo, do que “requisitos”, que descreve algo a ser observado para que o ato produza seus efeitos (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estrutura da sentença arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 107, pp. 9-17, jul./set. 2002).

<sup>888</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 108.

<sup>889</sup> Na doutrina, é comum encontrar a menção à afirmação de que a fundamentação não é meramente formal, porém, não se identificam devidamente quais são as características não formais. Nesse sentido, por exemplo, fazendo menção à necessidade de a fundamentação se referir ao caso sob julgamento: "Por ser um dos pilares da decisão judicial, as partes não podem contentar-se apenas com a fundamentação formal, sendo indispensável a exposição de fundamentos reais e aplicáveis àquele caso concreto que está sendo julgado" (FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 362).

Por outro lado, afirma-se que a fundamentação deve ser analisada sob as perspectivas formal e material, ou seja, o conteúdo da decisão judicial também é objeto de controle na análise da existência – ou não – de motivação<sup>890</sup>.

Ou seja, a apreciação da prova e a fundamentação não se confundem, mas se inter-relacionam.

Com base nessa concepção literal, lembra-se de uma afirmativa feita no Capítulo 2: ao escolher o sistema do livre convencimento motivado na consideração da prova, o Código de Processo Civil brasileiro (e também o CPP) faz com que o julgador fundamente sua decisão nas provas existentes dos autos, ou seja, necessita *justificar sua escolha por determinadas provas*.

Em outras palavras, *o dever de fundamentação das decisões corresponde ao dever de justificar a opção do julgador por alguma(s) dentre as provas produzidas no processo*.

Michele Taruffo ressalta que a motivação não é a explicação do procedimento lógico ou psicológico que levou o juiz a tomar aquela decisão, mas sim a explanação das razões justificadoras do julgador, que visa demonstrar que a decisão se apoia em bases racionais idôneas que a tornam aceitável. Partindo dessas premissas, define-a como “(...) uma justificativa racional desenvolvida *ex post* sobre a decisão, com o objetivo de, em qualquer caso, permitir o controle sobre a racionalidade da própria decisão”<sup>891</sup>.

Na concepção tradicional, afirma-se haver um *conteúdo mínimo* da fundamentação das decisões judiciais, que abrange dois aspectos principais: (a) a exteriorização das escolhas do julgador pelas normas cabíveis, os fatos reputados como comprovados e seu respectivo enquadramento legal; (b) e a indicação da relação causal

---

<sup>890</sup> Nesse sentido: “A motivação deve, entretanto, também deve ser considerada omissa quando, ainda que exista formalmente, mas tenha uma falha de substância: o juiz elaborou um discurso que não expressa as razões idôneas a constituir a justificação da decisão (...)”. No original: “La motivazione deve però ritenersi omissa anche quando c’è formalmente, ma manca nella sostanza: il giudice ha elaborato un discorso che non esprime le ragioni idonee a costituire la giustificazione della decisione (...)” (BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: G. Giappichelli, 1996, p. 264). Ainda: COEN, Leopoldo. *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa: principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*. Torino: G. Giappichelli, 1998, p. 9.

<sup>891</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 435. Acerca da fundamentação como um meio para se demonstrar a aceitação racional da decisão na comunidade jurídica: FRONDIZI, Román Julio. *La sentencia civil: tema y variaciones*. La Plata: Platense, 1994, p. 37. Sobre a fundamentação como forma de controle das decisões judiciais: PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 5.

entre o fato e a norma selecionada como aplicável,<sup>892</sup>. No Supremo Tribunal Federal, há precedentes associando o conteúdo mínimo à exigência da fundamentação<sup>893</sup>.

O novo Código de Processo Civil brasileiro promove uma regulamentação ampla da fundamentação das decisões judiciais, com o estabelecimento de um *conteúdo mínimo* (ou uma fundamentação *exaustiva, específica* ou *adequada*), previsto nos seis incisos do § 1º do art. 489, que devem ser observados pelo juiz, *sob pena de nulidade por falta de fundamentação*:

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento"<sup>894</sup>.

<sup>892</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 862. De forma mais detalhada: "Relacionando-se o critério de decisão justa pode-se afirmar que a estrutura mínima do discurso justificativo – ou o conteúdo mínimo do dever de motivação – requer: (a) a identificação da norma aplicável; (b) a verificação das alegações de fato; (c) a qualificação jurídica do suporte fático; (d) avaliação das consequências jurídicas da qualificação do suporte fático; (e) avaliação do contexto de nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; (f) a justificação dos enunciados com base em critérios que demonstrem que as escolhas do juiz foram racionalmente corretas – critérios que correspondem às exigências de justificação externa. O discurso, ademais, deve ser racional e coerente, respondendo à exigência de justificação interna. Além de tudo isso, a motivação só será capaz de possibilitar a formação de uma decisão justa se der conta também da justa estruturação do processo" (MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da decisão e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015, p. 144).

<sup>893</sup> "(...) De tal calibração se percebe, na concretude da causa, que os fundamentos lançados pelo magistrado são imprestáveis para fins de eleição do grau de redução da pena aplicada à paciente, o que afronta o conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais de que trata o inciso XI do art. 93 da CF/88" (HC 100005/MG, 1ª Turma, rel. Min. Ayres Britto, j. 03/08/2010, *DJe* 09/09/2010). Ainda: HC 98006/SP, 1ª Turma, rel. Min. Ayres Britto, j. 24/11/2009, *DJe* 04/02/2010.

<sup>894</sup> Comentando o dispositivo legal, Cassio Scarpinella Bueno afirma: "O § 1º do art. 489 indica as hipóteses em que a *decisão* – qualquer decisão, como ele próprio faz questão de evidenciar – não é considerada fundamentada, exigindo do julgador que peculiarize o caso julgado e a respectiva fundamentação diante das especificidades que lhe são apresentadas. Fundamentações padronizadas e sem que sejam enfrentados os argumentos e as teses trazidos pelas partes não serão mais aceitas" (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325). Sobre a aplicação temporal da norma, dispõe o Enunciado nº 308 do FPPC: "Aplica-se o art. 489, § 1º, a todos os processos pendentes de decisão ao tempo da entrada em vigor do CPC". De modo mais limitado, o art. 298 do NCPC exige a fundamentação específica das decisões judiciais que concedem, nega, modificam ou revogam a tutela provisória, de urgência (cautelar a antecipada) ou da evidência: "Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso".

Também denominados de “parâmetros de qualidade” da decisão judicial<sup>895</sup> (ou até mesmo de um “manual da fundamentação”, por explicitar detalhadamente como a decisão deve ser fundamentada), as hipóteses previstas nos seis incisos buscam definir *o que é fundamentar uma decisão* e: (a) devem ser observadas não apenas nas sentenças, mas em todos os pronunciamentos judiciais com *conteúdo decisório* (decisões interlocutórias - aqui incluídas as decisões monocráticas do relator no tribunal -, sentenças e acórdãos); (b) e não se aplicam necessariamente todos os incisos a todos os pronunciamentos judiciais, mas apenas quando cabível a sua utilização em cada decisão.

Em suma, o § 1º do art. 489 do novo CPC veda a fundamentação genérica e abstrata, determinando que ela seja *vinculada e concreta*.

Com isso, o texto legal admite que o juiz faça escolhas, mas esclarece que *ele não pode transformar todas essas escolhas em fundamentação*. Ademais, é irrelevante que a escolhas sejam anteriores ou posteriores, desde que não sejam aquelas proibidas pelos incisos citados.

Trata-se de um *rol exemplificativo*: da mesma forma que os incisos não incidem sobre qualquer decisão judicial, mas apenas na medida em que for adequada a sua observância, não exaurem os requisitos de uma decisão fundamentada<sup>896</sup>. Ou seja, a decisão que observar os seis incisos do art. 489, § 1º, não terá uma presunção absoluta de fundamentação, tendo em vista que poderá descumprir esse dever de outras formas. Em suma, a fundamentação das decisões judiciais deve observar os requisitos do § 1º do

---

<sup>895</sup> Utilizando essa denominação: "(...) a garantia da fundamentação das decisões judiciais, de índole constitucional, não se tem por satisfeita, se a fundamentação não atender a certos parâmetros de qualidade. Ou seja, não é qualquer fundamentação que satisfaz" (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 793). Ainda: OLIANI, José Alexandre Manzano. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, pp. 47-48.

<sup>896</sup> Esse é o entendimento, por exemplo, de Leonardo Carneiro da Cunha: “Os casos estabelecidos no § 1º do art. 489 não são exaustivos, mas sim exemplificativos. Se, concretamente, a sentença não responder, por completo, aos argumentos utilizados pelas partes e pelos intervenientes, prestando jurisdição de forma defasada, por qualquer que seja o motivo, ainda que não elencado no dispositivo, a sentença não estará fundamentada, sendo, portanto, nula. O § 1º do art. 489 estabelece, na verdade, parâmetros e orientações, dando exemplos de como deve ser fundamentada a sentença e, de resto, qualquer decisão judicial” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno [coord.]. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1232). Da mesma forma: REICHELDT, Luis Alberto. O direito ao processo justo e suas manifestações no projeto de novo Código de Processo Civil: primeiras considerações. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, Porto Alegre, nº 16, pp. 75-88, jan./dez. 2015, pp. 84-85. Ainda, com esse entendimento: FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 363. Conforme o Enunciado nº 303 do FPPC: “As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas”.

art. 489 do NCPC, mas não apenas eles. Por exemplo, uma decisão interlocutória que se limita a “deferir conforme o requerido pela parte” não é fundamentada, apesar de não se enquadrar em nenhum dos incisos do art. 489, § 1º, do novo Código<sup>897</sup>.

Ademais, o § 1º do art. 489 do NCPC deixa claro que *fundamentação insuficiente significa fundamentação ausente*, o que leva à nulidade da decisão<sup>898</sup>. Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “*se o contraditório significa dever de diálogo e tem por objetivo influir no convencimento judicial, então é evidente que a sua última expressão está na apreciação séria e detida, na motivação da decisão, dos fundamentos arguidos pelas partes em suas razões processuais*”<sup>899</sup>. Porém, a decisão que descumpra algum dos parâmetros do art. 489, § 1º, não é nula de plano. Por ser omissa (no todo ou em parte), é passível de correção de ofício, pelo julgador, ou mediante provocação de um dos sujeitos processuais, por meio do recurso de embargos de declaração. Assim, caso o juiz não observe algum dos incisos (aplicáveis à decisão) do citado § 1º do art. 489 do nCPC, *são cabíveis embargos declaratórios para a correção da omissão da decisão pelo próprio juiz que a proferiu*. Nesse sentido é o disposto no art. 1.022, parágrafo único, II: “Considera-se omissa a decisão que: (...) incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º”. O dispositivo observa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o cabimento de embargos

<sup>897</sup> Trata-se de decisão usualmente proferida na prática judicial brasileira. Por exemplo, o juízo da 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP proferiu a decisão “J. Intime-se, como requerido à CEF, oficie-se à Embratel”, o que importou na expedição de ofício para a Caixa Econômica Federal restituir, à empresa objeto do pedido de recuperação judicial, um valor que sequer lhe pertencia, no montante de R\$ 737.314,88. Essa decisão foi anulada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso em mandado de segurança: Com esse fundamento, por exemplo: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. MANIFESTA ILEGALIDADE. TERCEIRO PREJUDICADO (SÚMULA N. 202/STJ). RECURSO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 (...) 2. Na espécie, o ato judicial apontado como coator mostra-se teratológico, pois, ausente de fundamentação jurídica, deferiu, contra terceiro estranho à lide, sem o mínimo de contraditório, pedido de restituição de valores sem sequer cogitar de ouvir a instituição financeira impetrante acerca da origem e titularidade dos ativos financeiros reclamados, contrariando os princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, colorários do Devido Processo Legal. 3. Incidência da Súmula n. 202/STJ: ‘A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso’. 4. Recurso provido para conceder a segurança, cassando-se o ato apontado como coator” (RMS 49020/SP, 4ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, j. 10/11/2015, DJE 26/11/2015).

<sup>898</sup> Com esse mesmo entendimento: “Destaque-se, no entanto, que o CPC adotou de forma expressa a tese defendida, dentre outros, por Teresa Arruda Alvim Ambier, segundo a qual a *fundamentação deficiente* equipara-se à *ausência de fundamentação* e, assim, a esta pode ser reduzida” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 590).

<sup>899</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 128. Grifos no original.

declaratórios para suprir omissão caracterizada pela falta de análise de argumento da parte relevante para a resolução da controvérsia<sup>900</sup>.

Apesar das diversas críticas que lhes são dirigidas, o § 1º do art. 489 não é totalmente novo no ordenamento jurídico brasileiro, mas deriva de um esforço argumentativo que, em grande parte, já é desenvolvido na prática do Judiciário e tem o fim principal de padronizar o conteúdo mínimo da fundamentação dos pronunciamentos judiciais. Com isso, também confere maior previsibilidade às decisões e, conseqüentemente, isonomia e segurança jurídica. Portanto, a principal novidade trazida pelo citado dispositivo é a previsão em lei de um conteúdo mínimo da fundamentação e das conseqüências de sua inobservância.

Trata-se, ainda, do estabelecimento de *critérios legais para o controle da atividade do juiz*.

Referido dispositivo legal pressupõe que a norma não se confunde com o texto legal, mas sim que o texto é o ponto de partida para a elaboração da norma. Ainda, as fontes do direito constituem a base sobre a qual o juiz edificará a norma e, por isso, os seis incisos do § 1º do art. 489 são semelhantes na exigência da fundamentação adequada para a aplicação de regras, princípios e precedentes.

Por essa razão, não basta ao órgão julgador (singular ou colegiado) transcrever o dispositivo legal, o princípio ou o precedente, sem explicar as razões específicas de sua aplicação ao caso.

De acordo com o inciso I, a decisão judicial que utilizar qualquer norma em sua fundamentação (dispositivo da Constituição, lei ordinária, lei complementar, medida provisória, decreto, portaria, resolução etc.) deve justificar expressamente o uso dessa norma e de que forma ela se enquadra no caso julgado<sup>901</sup>. O dispositivo pressupõe

---

<sup>900</sup> Nesse sentido, por exemplo, fazendo menção a norma do CPC/73: “(...) 1. A omissão relevante para o julgamento da demanda autoriza o manejo de embargos de declaração e a negativa de abordagem da matéria autoriza a decretação da nulidade com fundamento no art. 535, II, do CPC. O essencial é que a matéria jurídica relevante seja objeto de manifestação explícita. 2. A parte tem o direito fundamental à entrega de prestação judiciária plena, ampla e minudente. É elemento do próprio conceito de jurisdição democrática, que se caracteriza pelo amplo acesso e pelo devido processo legal, a ciência dos fundamentos pelos quais os direitos foram conferidos, cerceados ou modificados pelas Cortes de Justiça. Agravo regimental improvido” (AgRg no REsp 1510915/RS, 2ª Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 12/05/2015, DJe 19/05/2015). Ainda: “(...) 1.- Há omissão, com ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, no julgado que deixa de examinar as questões versadas no recurso que lhe foi submetido, cuja apreciação era relevante para o deslinde da controvérsia” (REsp 1366955/RS, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11/06/2013, DJe 01/08/2013). Com o mesmo entendimento: AgRg no Ag 1420244/RJ, 4ª Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12/05/2015, DJe 19/05/2015.

<sup>901</sup> Criticando as decisões que utilizam genericamente a citação de norma ou de ementa de acórdão como fundamento suficiente: “Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz

que *as normas jurídicas não possuem um sentido unívoco*, motivo pelo qual o juiz tem o dever de (a) em primeiro lugar, explicitar o significado da norma; (b) e, em seguida, justificar as razões pelas quais ela incide e resolve o caso sob julgamento<sup>902</sup>. Assim, não é fundamentada a decisão que se resume a exprimir que julga procedente o pedido inicial com fundamento no art. 5º da Lei “X”. Deve o juiz justificar de que forma o dispositivo legal se aplica ao caso e suas consequências, que levam à tutela do direito material da parte autora.

De modo similar, o inciso II veda a utilização de conceitos jurídicos indeterminados desacompanhada das razões concretas de sua incidência no caso. Isso significa que não basta invocá-los genericamente, mas sim analiticamente. Recordar-se que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser divididos em: (a) cláusulas gerais, que são normas com termo indeterminado nos fatos e sem disposição das consequências jurídicas (dupla indeterminação), e que exigem a prévia determinação do termo pelo juiz, que também define quais serão os seus efeitos; (b) e os princípios jurídicos indeterminados, que são normas com termo indeterminado nos fatos e com determinação das consequências jurídicas, e que exigem a apenas a prévia determinação do termo pelo juiz<sup>903</sup>. Trata-se de tendência crescente no Legislativo brasileiro, que, ao reconhecer a inviabilidade de acompanhar as mudanças sociais satisfatoriamente e atingir a completude do ordenamento jurídico, faz uso de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legislativos, porque serão sempre atualizáveis pela atividade jurisdicional. Por isso, deve também haver uma fundamentação diferenciada nas decisões judiciais, para *explicitar a definição atual do conceito jurídico determinado e,*

---

repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 262). Da mesma forma: “Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido no caso ‘tal ou qual norma legal’. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicasse de forma alguma o motivo da decisão” (RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41).

<sup>902</sup> O dispositivo legal envolve outra discussão jusfilosófica, a respeito do papel do juiz na interpretação da norma jurídica, ou melhor, do texto da norma e sua aplicação: o julgador se limita a exercer um papel passivo de buscar (ou “descobrir”) o significado da norma jurídica elaborada pelo legislador, ou ele é também um elaborador de normas jurídicas, construindo o seu significado a partir do texto normativo? Sobre o assunto: BEZERRA NETO, Biano Arruda. Limites da interpretação jurídica e o direito que queremos ter. *Revista Direito Federal*, São Paulo, nº 95, pp. 381-401, jan./dez. 2015.

<sup>903</sup> Sobre o assunto: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012, pp. 668-671. Os autores defendem a exigência da “(...) fundamentação analítica para aplicação de princípios e regras mediante postulados normativos e para concretização de termos indeterminados, com eventual construção de consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas” (*op. cit.*, p. 670).

em seguida, *demonstrar as razões de sua utilização na resolução do caso*<sup>904</sup>. Em consequência, não pode o juiz, por exemplo, decidir de forma genérica com fundamento no princípio da isonomia, ou no postulado da proporcionalidade. A aplicação de tais normas exige do julgador um *duplo esforço argumentativo*: definir o conteúdo da norma e, em seguida, justificar a sua incidência sobre o caso. Ainda, a fundamentação deve observar o *grau de indeterminação* do conceito: quanto mais indeterminado for, maior a necessidade de especificação e justificação de sua incidência ao caso julgado<sup>905</sup>.

Já o inciso III proíbe o julgador de “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”. Trata-se da vedação à *fundamentação genérica*<sup>906</sup>. Esse dispositivo é tão genérico quanto a generalidade que pretende coibir, e deve ser interpretado de forma adequada. A vedação não quer dizer que o juiz não pode resolver igualmente os casos iguais, mas sim que *a decisão judicial não pode ter um grau de generalidade que a impeça de ser identificada com o caso julgado*. Por exemplo, milhares de processos com pedido de aplicação dos índices de inflação na atualização das contas vinculadas do FGTS podem ter fundamentos similares, desde que, ainda que de forma concisa (e de modo suficiente) o julgador exponha as razões de utilização de tais razões ao caso decidido.

Por sua vez, o inciso IV determina que o juiz deve, na fundamentação de sua decisão, analisar todos os argumentos (fáticos e jurídicos) que possam, em tese,

---

<sup>904</sup> Em consequência, desenvolve-se a concepção de que o juiz não se limita a aplicar o Direito, mas o interpreta e depois o aplica. A partir dessa premissa, de que a atividade jurisdicional é composta por uma atividade interpretativa e uma atividade de aplicação do Direito, afirma-se que o Judiciário compartilha com o Legislativo a atribuição de elaborar e reelaborar as normas jurídicas. Entretanto, não se pode afastar o princípio da legalidade, no sentido de que o Judiciário deve partir do texto elaborado pelo Legislativo (constitucional ou infraconstitucional), sempre que existente.

<sup>905</sup> Na doutrina: “Pode-se perceber que a indeterminação dos conceitos admite graus, e é, também evidente, que quanto mais vago for o conceito contido na norma aplicada para resolver o caso concreto, maior a necessidade haverá de o juiz explicar porque entendeu que a norma deveria incidir na hipótese fática dos autos. Portanto, deve ser densa a fundamentação das decisões quando estas se baseiam em princípios jurídicos, em cláusulas gerais e em normas que contenham, em sua redação, conceitos indeterminados” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 794).

<sup>906</sup> Acerca da fundamentação genérica: “A motivação genérica é aquela que poderia ser utilizada indiscriminadamente para qualquer caso” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 592). Ainda, comentando o citado inciso III do § 1º do art. 489 do novo CPC: “Evidentemente, se a decisão proferida em determinado caso serve para justificar qualquer decisão, então é porque não particulariza o caso decidido. E uma decisão que não particulariza o caso ignora completamente a necessidade de justificação externa da decisão, pois não explica as razões da escolha da norma aplicável ao caso, os fatos provados da causa e nem justifica a qualificação jurídica dos fatos e as consequências dessa qualificação” (MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da decisão e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015, p. 152).

contrariar as suas conclusões ou levá-lo a concluir de modo diverso<sup>907</sup>. O denominado “*mootness principle*” determina a *vinculação do juiz ao debate*, ou seja, o magistrado deve julgar com base nos fundamentos constantes do diálogo processual e adequar de modo claro e específico as normas utilizadas na sua resolução<sup>908</sup>. Trata-se de regra de aplicação do contraditório (art. 7º, parte final e arts. 9º e 10 do NCPC), que assegura o diálogo dos sujeitos processuais e a limitação da decisão aos fundamentos debatidos no curso do processo, nos termos do art. 10. do NCPC<sup>909</sup>. O preenchimento do conteúdo mínimo da fundamentação do pronunciamento judicial depende da atividade das partes, porque a decisão só pode ser tomada após o contraditório e desde que o leve expressamente em consideração. Contudo, há um problema de técnica legislativa na

---

<sup>907</sup> Comentando o dispositivo: “(...) estabelece a regra no sentido de se considerar como não motivada a decisão, se não forem enfrentados todos os argumentos deduzidos no processo - e esta expressão abrange argumentos de fato e de direito que teriam o condão de levar o magistrado a decidir de outra forma. Estes argumentos, se não acolhidos, têm de ser afastados” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 795). Recordase que o STF desenvolveu sua jurisprudência no sentido de que *o dever de fundamentação não exige que o juiz analise todos os argumentos das partes, acolhendo ou refutando-os*. Essa compreensão foi reafirmada em 2010, no julgamento do AI 791292, convertido em recurso extraordinário e decidido com fundamento nas normas relativas à repercussão geral: “Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral” (AI 791292 QO-RG/PE, Plenário Virtual, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/06/2010, DJe 12/08/2010). Já na vigência do novo CPC, a aplicação do dispositivo foi indiretamente afastada em julgado da 1ª Seção do STJ, que concluiu competir ao próprio julgador definir quais são os argumentos suficientes para compor a fundamentação da decisão, podendo ignorar todos os demais argumentos contrários às suas conclusões: “(...) 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida” (Edcl no MS 21315/DF, 1ª Seção, rel. Des. convocada Diva Malerbi, j. 08/06/2016, DJE 15/06/2016).

<sup>908</sup> Sobre o assunto: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 276-277.

<sup>909</sup> Com esse entendimento: “Esse dispositivo integra os contornos da noção contemporânea do *princípio do contraditório*. O contraditório não se resume à atividade das partes, no sentido de terem a *oportunidade* de afirmar e *demonstrar* o direito que alegam ter. o contraditório só tem sentido se se supõe a existência de um observador neutro, no sentido de imparcial que *assista* ao diálogo entre as partes (alegações e provas) para, depois, decidir. O momento adequado para o juiz demonstrar que participou do contraditório é a fundamentação da decisão. As partes têm de ter sido ouvidas, apesar de suas alegações poderem, e claro, não ser acolhidas. Até porque o juiz pode decidir com base em fundamentos não mencionados por nenhuma das partes (*iura novit curia*). Mas não sem antes dar as partes oportunidade de se manifestar” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 795).

redação dos dispositivos: enquanto o art. 10 faz menção ao *fundamento* utilizado no pronunciamento do juiz, o art. 489, § 1º, IV, faz menção aos *argumentos*. O segundo deveria deixar claro que o juiz deve se limitar a utilizar todos os *fundamentos* (e não argumentos) relevantes para a decisão, confirmando ou refutando cada um e possibilitando os controles interno e externo de seu ato<sup>910</sup>. Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero afirmam que “é claro que isto não significa que o órgão jurisdicional está obrigado a rebater todos os *argumentos* levantados pelas partes. Evidentemente que não. Significa, contudo, que o juiz tem o dever de analisar todos os *fundamentos* – isto é, todas as proposições que por si só podem determinar a procedência ou a improcedência do pedido – por elas sustentados em suas manifestações processuais”<sup>911</sup>. Ainda sobre o assunto, alguns doutrinadores diferenciam a motivação da fundamentação: enquanto a primeira se restringe aos argumentos que o juiz entende ser mais relevantes para a formação de sua convicção, a segunda observa o contraditório e tem a finalidade de convencer as partes e a sociedade sobre a correção da decisão (e é a exigida pelo novo CPC)<sup>912</sup>. Com base no inciso IV do § 1º do art. 489 do NCPC, pode-se afirmar que não mais incide no processo civil brocardo latino “*da mihi factum dabo tibi ius*” (dê-me os fatos e dou-lhe o direito): o juiz está restrito pelo diálogo processual no momento de proferir suas decisões e, caso entenda ser possível o uso de norma não alegada por nenhuma das partes, deve observar o art. 10 do NCPC e ouvi-las sobre ela. Há dispositivo similar a este inciso IV, mas específico para o julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto no art. 984, § 2º: “O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”. Há, nessas duas normas, a distinção entre fundamentação *exauriente* e *suficiente*<sup>913</sup>: enquanto a primeira exige que a decisão analise todos os argumentos trazidos ao processo pelas partes, a segunda é satisfeita pela resolução dos pedidos formulados por autor e réu (dando maior liberdade de

---

<sup>910</sup> Realizando a distinção adequada entre fundamentos e argumentos: “No entanto, não se pode confundir *argumentos* com *fundamentos*. Os primeiros são acessórios dos segundos; é dizer: os argumentos constituem variações do discurso que busca convencer o órgão julgador ao acolhimento dos *fundamentos* do pedido ou da defesa e, conseqüentemente, ao acolhimento destes. (...)” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 593).

<sup>911</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, pp. 128-129.

<sup>912</sup> Com esse entendimento: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 263-266.

<sup>913</sup> Sobre a distinção entre fundamentação suficiente e exauriente: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 130-132.

fundamentação para o julgador, que não tem o dever de se manifestar sobre todos os argumentos). Enquanto o art. 489, § 1º, do novo CPC, impõe ao juiz uma fundamentação suficiente, mas parcialmente exauriente (porque, para a solução dos pedidos, basta adotar um dos fundamentos – e seus argumentos – que levarão à solução no dispositivo, mas todos os argumentos contrários à fundamentação da decisão e suas conclusões devem ser expressamente enfrentados – e afastados), o art. 984, § 2º, exige uma fundamentação exauriente (com a apreciação de todos os fundamentos favoráveis e contrários à tese jurídica controvertida, que formará o precedente). Em outras palavras, o juiz não é obrigado a responder todos os argumentos das partes, mas deve refutar expressa e especificamente aqueles que poderiam a uma conclusão contrária e não tem a discricionariedade para escolher as justificativas que entender adequadas e desconsiderar todas as demais submetidas ao contraditório no processo<sup>914</sup>.

O inciso V é similar aos incisos I e II, por exigir a *fundamentação específica* de enquadramento dos *fundamentos determinantes* de precedente ou de enunciado de súmula ao caso julgado. Logo, não basta ao juiz afirmar genericamente (de modo automático, irrefletido) que determinada tese se aplica ao processo e o resolve em favor do autor ou do réu, mas deve explicar de forma clara e específica as razões do enquadramento do caso ao enunciado geral da súmula ou ao precedente<sup>915</sup>. Pretende-se, com isso, coibir a denominada “jurisprudência de ementário” existente nas decisões judiciais, em todas as instâncias do Judiciário brasileiro. Não basta citar a ementa do acórdão do tribunal para julgar, mas é preciso explicar as razões de sua incidência específica sobre o caso. A referência expressa aos precedentes na fundamentação das

<sup>914</sup> A questão é bem colocada por Sérgio Mattos, ao afirmar que é admissível que o juiz não tenha o dever de responder a todos os argumentos das partes, mas “outra coisa, completamente diferente, é o juiz, na motivação do juízo de fato, a pretexto de que não está obrigado a responder a todos os argumentos deduzidos pelas partes, negligenciar a valoração de provas relevantes para o julgamento da causa, aludindo apenas às provas que confirmem a sua versão dos fatos” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 233).

<sup>915</sup> Comentando o dispositivo: “Ao invocar o precedente, é dever do órgão julgador demonstrar *por que* sua *ratio decidendi* se amolda ao caso concreto e *como* ela se amolda, e para tanto mostra-se essencial distinguir a *ratio decidendi* (questões que necessariamente devem ser enfrentadas para se chegar à decisão do precedente) dos meros *obiter dicta* (questões que, apesar de enfrentadas, não são essenciais à decisão)” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 594). Ainda: “Da mesma forma, se se aplica uma súmula ou um precedente, aplica-se, na verdade, a tese jurídica adotada pelo precedente e formulada na súmula: igualmente a reação de pertinência ao caso concreto deve ser, na fundamentação da decisão demonstrada” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 796). Sobre o inciso, dispõe o Enunciado nº 305 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida”.

decisões judiciais posteriores significa que o Judiciário passa a ter uma dupla incumbência em sua função principal de julgar: resolver o caso concreto (no dispositivo) e atribuir sentido ao texto legal, criando uma norma jurídica (na fundamentação da decisão) que resolverá os casos similares. Por isso, a fundamentação tem uma importância ainda maior no novo CPC, que contém uma norma que busca delimitar o seu conteúdo mínimo. O uso dos precedentes na fundamentação pode levar em conta duas espécies de argumentos: (a) o argumento por precedente, que impõe uma restrição na atividade decisória do julgador, porque, caso exista um precedente criado e/ou aplicado em um caso semelhante, o juiz tem a obrigação de aplicá-lo para resolver o problema (eficácia vinculante do precedente, horizontal e vertical, que também existe quando há lei aplicável ao caso); (b) e o argumento por analogia, quando não houver precedente para caso similar, que não cria uma restrição à atividade decisória, porque permite ao julgador a utilização do precedente ou de qualquer outra decisão como um exemplo para justificar suas razões e resolver o caso, e tem uma eficácia meramente persuasiva<sup>916</sup>.

Por fim, o inciso VI regulamenta a forma de utilização da distinção (*distinguishing*) e da superação (*overruling*) pelo julgador, que deve fundamentar as razões da não aplicação de “súmula, jurisprudência ou precedente” invocado por uma das partes ao caso sob seu julgamento<sup>917</sup>. Assim, o julgador pode criar uma regra diferente para o caso, desde que efetue a distinção ou a superação do precedente. Por outro lado, o juiz também pode desenvolver a fundamentação para realizar a expansão da *ratio decidendi* do precedente, para que ela compreenda uma quantidade maior de questões além das originariamente previstas no momento de sua elaboração (logo, aplica o inciso V, e não o inciso VI, do § 1º do art. 489).

---

<sup>916</sup> O argumento por analogia é utilizado, por exemplo, quando o STF faz uso de um acórdão do STJ para fundamentar seu julgamento, ou até mesmo de decisões de Corte de outro país, ou de um tribunal internacional.

<sup>917</sup> Nos termos do 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”. Ainda, ressalta-se que a norma não se aplica apenas nas decisões de primeira instância, mas também nos julgamentos (monocráticos ou colegiados) dos tribunais, compreendendo os votos do relator e dos demais componentes. Nesse sentido, ressalva o Enunciado nº 431 do FPPC: “O julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação”.

Indo além, trata-se de uma situação de ausência de fundamentação (por ser insuficiente) em virtude do *desconhecimento injustificado* do precedente aplicável pelo órgão julgador.

A leitura conjunta dos incisos V e VI do art. 489, § 1º, ao impor ao julgador que leve em consideração na fundamentação da decisão os precedentes identificados pelos sujeitos processuais como aplicáveis ao caso, leva a uma atividade de *comparação de casos*. Essa comparação de casos não se restringe aos pronunciamentos judiciais, mas também aos atos das partes, que possuem o ônus argumentativo de explicar as razões da aplicação, da distinção ou da superação do precedente em relação ao caso. Por isso, como visto, no relatório da sentença o juiz deve realizar a identificação do caso, com o objetivo principal de compará-lo com os precedentes eventualmente existentes. Por isso, *a ausência da comparação de casos* (ou a aplicação do precedente sem correspondente comparação de casos) *importa na ausência de fundamentação* da decisão. Logo, a citação de ementas de acórdãos é insuficiente, porque o juiz deve explicar as razões pelas quais os fundamentos determinantes daquele precedente são similares ao caso.

De outro lado, os precedentes permitem uma economia do esforço argumentativo dos juízes que decidem os casos seguintes. Tendo em vista que a atividade decisória na aplicação dos precedentes se limita, principalmente, à comparação de casos, duas situações principais ocorrerão: (a) se os casos forem semelhantes, o juiz aplica o precedente, sem a necessidade de refutar todos os argumentos que levariam a conclusões contrárias, bastando apenas justificar as razões de aplicação do precedente, por meio da comparação de casos; (b) e se os casos não forem similares, o juiz deve realizar a distinção (comparando os casos), mas, nessa hipótese, deverá refutar todos os argumentos que levariam a conclusões contrárias (inciso IV do § 1º do art. 489).

Por isso, a decisão judicial é nula quando não contiver na sua fundamentação: (a) a aplicação do precedente cabível ao caso, ou seja, que tratar da mesma questão sob julgamento; (b) a distinção do precedente supostamente aplicável, a fim de explicar as razões pelas quais o caso não pode ser resolvido com fundamento nele; (c) e, eventualmente e a depender do órgão julgador e do procedimento ou do incidente, a superação do precedente que seria cabível ao caso, mas não deve mais ser utilizado.

Destaca-se também que o texto do inciso VI do § 1º do art. 489 faz menção ao enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente *invocado pela parte*, ou seja, pode-se afirmar de início que a decisão é nula por falta de fundamentação somente quando deixar de aplicar o precedente que tiver sido expressamente citado por uma das partes no curso do processo<sup>918</sup>. Logo, *a contrario sensu*, não haveria nulidade na decisão judicial que deixar de utilizar o precedente sobre o tema debatido no caso sob julgamento, se a sua aplicação não tiver sido requerida por uma das partes.

Essa regra atribui aos advogados das partes o ônus de citar nas suas petições os precedentes aplicáveis ao caso ou, de forma preventiva, realizar a distinção ou a eventual superação de precedente que aparentemente poderia ser utilizado. Por outro lado, isso não significa que deverão ser transcritas ementas de acórdãos de forma indiscriminada e desorganizada, ou precedentes que não tenham influência direta sobre o caso em julgamento. O juiz precisa observar os deveres de consulta e de levar em conta os argumentos apresentados pelas partes, o que não significa que tenha o dever de utilizar ou refutar *qualquer* argumento.

Levando-se em conta que a fundamentação das decisões judiciais tem relação direta com o contraditório (especialmente no dever de consulta e na proibição de proferir decisão-surpresa), o citado inciso VI pretende fazer com que o juiz fundamente seu pronunciamento exclusivamente com base nos precedentes trazidos ao processo pelas partes, aplicando-os, afastando-os ou superando-os.

Entretanto, não se pode interpretar esse dispositivo legal no sentido de que o juiz estaria de mãos atadas na aplicação de precedentes, de que só pode utilizá-los como fundamentos de suas decisões se e somente se forem citados no processo por uma das partes.

Recorda-se que, apesar de limitado pelo art. 10 do novo Código, o brocardo latino “*iura novit curia*” não foi proibido. O juiz deve conhecer o direito, mas não mais pode aplicá-lo sem a manifestação prévia das partes, ou seja, sem o exercício do contraditório.

Dessa forma, ainda que exista precedente para o caso, mas não seja invocado pelas partes, com base no art. 489, § 1º, VI, e no art. 10, ambos do NCPC, o

---

<sup>918</sup> Por essa razão, o Enunciado nº 9 da ENFAM dispõe: “É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula”.

juiz pode: (a) aplicá-lo de ofício, desde que intime previamente as partes para se manifestar; (b) ou deixar de aplicar o precedente, súmula ou jurisprudência, o que não importará na nulidade da decisão.

Contudo, há ainda outros dispositivos do novo CPC que devem ser levados em consideração.

O inciso I do parágrafo único do art. 1.022 prevê que a decisão judicial é omissa (em presunção absoluta) quando não se manifestar expressamente sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos (em RE, REsp ou IRDR) ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso<sup>919</sup>.

Portanto, o juiz tem o *dever de aplicação dos precedentes*, o que independe de requerimento prévio das partes (logo, deve ser realizado *de ofício*), especificamente das teses elaboradas no julgamento de IRDR, REsp e RE repetitivo, além do IAC.

Entretanto, essa *força diferenciada* conferida a determinados precedentes pelo art. 1.022, parágrafo único, I, é insuficiente e, se interpretada isoladamente, deixa de fora, por exemplo, as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (que teriam uma força vinculante “inferior” em comparação com as decisões proferidas no controle difuso).

Por isso, igualmente não podem ser ignorados os deveres previstos no art. 926 do novo CPC<sup>920</sup>, de uniformização, estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais. Apesar de esse dispositivo se destinar aos tribunais, pode um juiz aplicar um precedente a um caso, mas deixar de utilizá-lo em outro caso semelhante, somente pela ausência de alegação das partes?

O dever de estabilidade impede que haja variações nas decisões judiciais, ou alterações repentinas na orientação dos tribunais, sem a devida justificativa. Por essa razão, há um esforço argumentativo maior para a distinção ou a superação do precedente (porque significa uma quebra da estabilidade jurídica), enquanto a aplicação do precedente permite a *inércia argumentativa*, ou seja, não há necessidade de acrescentar novos argumentos, bastando ao juiz se limitar a apresentar as razões pelas quais o caso se enquadra ao precedente.

---

<sup>919</sup> “Art. 1.022. (...) Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”.

<sup>920</sup> “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Ainda que, com fundamento no contraditório, o julgador deva fundamentar de acordo com o que as partes tiverem invocado, os deveres decorrentes do sistema de precedentes do novo CPC impõem a aplicação, a distinção e, eventualmente, a superação do precedente ao caso sob julgamento.

Logo, juízes e tribunais devem aplicar de ofício a tese firmada em precedente, ou construída na sua jurisprudência, ou sintetizada em enunciado de súmula, sob pena de nulidade por falta de fundamentação (fundamentação deficiente).

Portanto, o *desconhecimento injustificado* do precedente pelo juiz e pelos demais sujeitos processuais leva à nulidade da decisão judicial, por falta de fundamentação, quando não for aplicado o precedente sobre o tema<sup>921</sup>.

Quando as partes não formularem expressamente o requerimento de aplicação do precedente ao caso, incumbe ao órgão julgador intimá-las previamente para se manifestar sobre ele (em atendimento ao art. 10) e empregá-lo na fundamentação de sua decisão, assegurando a isonomia e a segurança jurídica pretendidas pelo sistema de precedentes do novo CPC.

Apesar de o novo CPC estabelecer um conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais, isso não é suficiente. Por exemplo, não basta ao Código positivizar a boa-fé processual e a cooperação no processo, e aguardar que sejam livremente observadas pelos sujeitos processuais, ainda que essa conduta lhes cause a negativa do pretendido direito. Para alcançar sua efetividade, é necessária a criação: (a) de *deveres de boa-fé e cooperação*, a fim de objetivar as condutas esperadas dos sujeitos processuais; (b) e criar *mecanismos de controle* da observância desses deveres, com as respectivas sanções pelo descumprimento.

Por essas razões, as regras constantes dos seis incisos do § 1º do art. 489 do novo CPC buscam dar efetividade a três princípios processuais: (a) a fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF, e art. 11, NCPC), ao estabelecer o seu conteúdo mínimo e facilitar o seu controle, interno e externo; (b) o contraditório (art. 5º, LV, CF, e art. 7º, NCPC), ao fazer com que o juiz leve em conta o que foi debatido no diálogo processual e produza uma decisão específica para aquela controvérsia, baseada nos pontos controvertidos e nos fundamentos apresentados pelas partes; (c) e a cooperação (art. 6º, NCPC), ao instituir um dever ao juiz, que deve expor de forma clara e

---

<sup>921</sup> Sobre o assunto: CARDOSO, Oscar Valente. A falta de fundamentação por inobservância de precedente no novo CPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 317-324.

específica as razões de seu convencimento, explicando às partes por que decidiu daquela forma, entre as possíveis<sup>922</sup>.

Daqui a alguns anos, as sentenças judiciais e os acórdãos dos tribunais brasileiros terão a sua fundamentação bastante diferente da atual. Levando-se em conta os dispositivos do novo CPC sobre a eficácia vinculante de determinadas decisões (listadas no art. 927)<sup>923</sup>, os julgadores passarão a motivar seus pronunciamentos da seguinte forma: (a) em primeiro lugar, se for cabível, no sentido de aplicar ao caso em julgamento o tema decidido em decisão com eficácia vinculante, explicitando as razões de fato e/ou de direito do *enquadramento* do tema ao caso; (b) por outro lado, deverá *diferenciar* do caso os precedentes trazidos pelas partes e terceiros ao diálogo processual (*distinguishing*); (c) e, além disso, caso haja decisão com eficácia vinculante que, em tese, tenha sido aplicável, o juiz também deverá declarar, se for o caso, a sua *superação*, dando os motivos pelos quais deixa de utilizá-la em sua decisão (*overruling*).

Desse modo, chegando-se ao fim da pesquisa, passa-se, nas conclusões à reconstrução da fundamentação das decisões judiciais, por meio dos três elementos vinculadores vistos nos capítulos antecedentes (pedidos, provas e precedentes).

---

<sup>922</sup> Acerca da observação da cooperação na fundamentação das decisões judiciais, afirma-se que o art. 489, § 1º, do novo CPC busca não apenas dar efetividade à exigência da fundamentação feita pelo art. 93, IX, da Constituição, mas também coibir comportamentos não cooperativos do julgador (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 261-262).

<sup>923</sup> “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. (...)”.

## CONCLUSÕES

A pesquisa realizada olhou para trás com o objetivo de seguir adiante: o estudo histórico e a análise do direito comparado foram fundamentais para a teoria da fundamentação das decisões judiciais construída ao longo do texto.

Durante o caminhar do processo são apresentadas diversas situações controvertidas e incertas, e por meio da sentença e sua fundamentação o juiz irá transformá-las em determinadas, certas, em uma verdade processual.

Destacam-se, na sequência, as principais conclusões de cada capítulo para, ao fim, sintetizá-las na concepção da fundamentação a partir da tríplice vinculação, aos pedidos, às provas e aos precedentes.

O contraditório produz consequências relevantes sobre a fundamentação das decisões judiciais: (a) impede, em regra, que o juiz profira decisão contra uma das partes sem ouvi-la previamente (salvo as exceções expressamente previstas em lei); (b) e, apesar de não evitar que o juiz conheça de ofício determinadas matérias, proíbe a utilização de fundamentos não levados ao processo pelas partes (salvo a possibilidade de o juiz provocar a manifestação das partes sobre a matéria).

Há duas diferenças claras no novo CPC acerca da fundamentação para o caso concreto, que é voltada para as partes, e para a criação (e superação) do precedente, que é destinada para toda a sociedade: (a) sob a perspectiva interna, ao julgar o caso o juiz deve conversar com a parte vencida, responder os seus argumentos, explicar as razões pelas quais acolhe os pedidos da parte vencedora (e, por isso, o art. 489, § 1º, IV, do NCPC, exige que responda todos os argumentos que possam, em tese, contrariar a decisão, em uma fundamentação suficiente e parcialmente exauriente); (b) e sob a perspectiva externa, ao criar ou superar um precedente, o órgão julgador deve conversar com toda a sociedade, reforçando os argumentos favoráveis e refutando os contrários, mas apreciando expressamente todos, em uma fundamentação qualificada pelo contraditório e publicidade ampliados (conforme exige, por exemplo, o art. 984, § 2º, NCPC, para o IRDR, e disporia o revogado § 3º do art. 1.038, para os recursos especiais e extraordinários repetitivos, em uma fundamentação suficiente e exauriente).

O Brasil passa, com o novo CPC, a ter um direito que se baseará assumidamente em duas fontes principais, originadas de órgãos diferentes: as leis (*lato*

*sensu*) e as decisões judiciais. O Legislativo e o Judiciário dividirão o protagonismo na criação e na desconstrução do direito cível no país. E o que chama mais a atenção é o fato de que essa iniciativa de dividir a produção do direito partiu do próprio Legislativo, que abriu mão de parcela de seu poder para o Judiciário, por meio de mudanças legislativas que iniciaram há aproximadamente 50 anos.

Até 17 de março de 2016, as partes (e outros sujeitos processuais eventuais) escreviam o *roteiro* e o juiz elaborava o *conteúdo e o fim da história*, ou seja, a solução para o caso. Havia limitação na escolha do fim, de acordo com os pedidos estabelecidos pelas partes, mas o conteúdo era livremente preenchido pelo órgão julgador, sem vinculação aos argumentos e fundamentos das partes.

A partir de 18 de março de 2016, com a entrada em vigor do novo CPC, as partes (e outros sujeitos processuais eventuais) *escrevem o roteiro, delimitam o conteúdo* que será escrito pelo julgador e *limitam os possíveis fins*. Ao juiz incumbe *escolher o conteúdo e o fim* entre aqueles definidos pelas partes, justificando as razões de sua escolha e os motivos de não ter adotado outro conteúdo e outros fins possíveis.

Desse modo, a decisão judicial, sob a perspectiva do contraditório, é uma *construção coletiva*: os tijolos, o cimento e a argamassa são fornecidos pelas partes, terceiros, Ministério Público e outros interessados, enquanto o Judiciário fornece a mão-de-obra. O julgador está limitado pela matéria-prima que lhe é fornecida, para a edificação da decisão judicial.

Ainda, o novo CPC preocupa-se com a *qualidade* em detrimento da *quantidade*. O Judiciário (as Cortes superiores, em especial) deve proferir decisões melhores, com *fundamentos determinantes* que nortearão não apenas os julgamentos de todos os casos semelhantes, mas também *o comportamento de toda a sociedade*.

Logo em um sistema de precedentes, a fundamentação da decisão importa mais do que o dispositivo (relevante para a concepção tradicional de coisa julgada), porque é dela que se extrai o precedente.

Por isso, o CPC/2015 positiva o contraditório *forte* e a publicidade *ampliada*, no intuito de convergir em uma fundamentação *qualificada* que forma o precedente.

Viu-se ainda a principal diferença existente entre convencimento e fundamentação, constante do elemento racional: o convencimento não é necessariamente racional (pode ser irracional inclusive de forma que o próprio julgador

não perceba, de modo inconsciente), mas a fundamentação é a justificação racional da decisão pelo juiz. Em suma, *o convencimento do juiz é livre e irracional, mas a fundamentação de sua decisão é limitada e racional.*

A decisão judicial no novo Código Processo Civil brasileiro possui três espécies distintas de vinculação:

(a) ao pedido e aos fundamentos do pedido, que, se inobservada, pode gerar uma decisão nula por descumprimento da fundamentação (pedido e fundamentos do pedido) ou do contraditório (fundamentos do pedido, na hipótese de excesso de fundamentação);

(b) às provas, que, se não cumprida, é nula por vício de fundamentação;

(c) e aos precedentes, que, se não for cumprida, também é nula por ausência de fundamentação.

Há, portanto, decisões judiciais com *aparência* de fundamentação, mas que não são fundamentadas. Não basta ao magistrado elaborar uma fundamentação *formal* da decisão: deve observar os requisitos necessários para que também seja preenchido o aspecto *material* da fundamentação, o que ocorre com a observância da tríplice vinculação (pedidos, provas e precedentes). Logo, a completude da fundamentação só pode ser aferida em razão da atividade das partes, ou seja, de suas alegações (e dos fundamentos de fato e de direito extraídos do contraditório entre elas) e das provas produzidas no processo. Além de dialogar com os sujeitos processuais, o julgador também deve dialogar com os tribunais, por meio da observância dos precedentes, seja de tribunais superiores, seja da própria Corte em que atua (dever de autorreferência).

Em seguida, com base nos elementos examinados nos três capítulos iniciais, passou-se a reconstruir a teoria da fundamentação das decisões judiciais no quarto capítulo.

Viu-se que o convencimento do julgador é livre e irracional, enquanto a fundamentação da decisão judicial deve ser limitada e racional.

Por isso, a maior dificuldade existente na elaboração da fundamentação e na construção da correspondente base teórica está na *transformação do irracional em racional.*

Apesar de, no Brasil, os juízes não serem eleitos, isso não significa que não possuem legitimidade democrática para decidir, para interpretar, aplicar e criar o direito. A independência para julgar contra a maioria e mesmo contrariando as deliberações dos

representantes da maioria (por exemplo, ao declarar a inconstitucionalidade de lei federal) é uma característica dessa legitimidade do Judiciário.

Por isso, a decisão judicial demanda regras formais de controle (interno e externo) e, no Brasil, buscou-se inclusive assegurar na Constituição o direito de os jurisdicionados terem uma decisão válida, ao menos formalmente (e, em contrapartida, um dever de fundamentar para os órgãos julgadores).

Entretanto, essa *previsibilidade legislativa* não leva necessariamente a uma *previsibilidade judiciária*. O mesmo dispositivo de lei não é compulsoriamente aplicado da mesma forma aos casos semelhantes, por juízos diferentes.

Como visto, o Judiciário brasileiro possui duas características aparentemente contraditórias, que são: (a) a valorização excessiva da “jurisprudência”, ainda que *contra legem*, que tornou em uma “jurisprudência de ementários”, com a reprodução de ementas e enunciados, em detrimento da comparação dos casos e a escolha da decisão mais adequada (sistema que, de certa forma, aproxima-se do sistema de precedentes do *Common Law*); (b) e a valorização excessiva do papel do juiz, com o desvirtuamento das garantias da magistratura, o que deu origem a uma cultura de juiz “infalível” e que pode decidir do modo que entender mais adequado (na sua concepção, ainda que não tenha qualquer base legal, jurisprudencial ou teórico-doutrinária), em decisão que será válida desde que seja formalmente fundamentada.

O novo Código de Processo Civil pretende resolver a maior parte desses problemas, por meio de três bases fundamentais: o contraditório, a fundamentação das decisões judiciais e o sistema de precedentes judiciais. Suas normas buscam alcançar a isonomia substancial (decisões iguais para casos iguais), a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade das decisões judiciais, além da *fundamentação completa*.

Ao se falar em duplo discurso da fundamentação, quer-se dizer que *a fundamentação não deve ser suficiente apenas para o juiz, mas (principalmente) para as partes, os tribunais superiores e para toda a sociedade*.

Sob esse aspecto, a fundamentação é um meio de controle da imparcialidade do julgador.

A fundamentação das decisões judiciais não significa apenas a exposição das razões do julgador, mas sim a exposição de *determinadas* razões do julgador,

observados certos requisitos mínimos relacionados aos pedidos, às provas e aos precedentes.

A decisão judicial não se define pela forma e nem pelo conteúdo, mas por ambos. O controle da decisão judicial não se restringe apenas ao procedimento ou ao conteúdo, mas igualmente por ambos. Em outras palavras, a satisfação da forma, por si só, não assegura a validade da decisão. Do mesmo modo, a observância do conteúdo (como a aplicação de um precedente) também não garante, isoladamente, a validade da decisão.

A decisão judicial contém requisitos de forma e de conteúdo. É a conjugação de todos que dá origem a uma decisão judicial válida. Em outras palavras, a legitimidade democrática das decisões judiciais decorre do cumprimento das normas de direito processual e material (legitimidade e legalidade).

A fundamentação é o resultado do processo mental de racionalização do julgador, que pode ser antecedente ou posterior, ou seja, a fundamentação é formalmente válida independentemente de o juiz chegar a uma conclusão e depois justificá-la, ou desenvolver progressivamente seu raciocínio e argumentos, para chegar à elaboração da norma especial para o caso (ou à norma geral, na formação de um precedente). Outra característica relevante da fundamentação é a de ser *jurídica*, no sentido de que são válidos apenas os *fundamentos jurídicos*, ou seja, extraídos do direito, para justificar as escolhas do julgador. Isso não significa dizer que os argumentos e os fundamentos não jurídicos da decisão são nulos, mas sim que, isoladamente, não são suficientes para assegurar a validade da fundamentação; devem estar acompanhados de argumentos e fundamentos jurídicos.

A decisão judicial é voltada para o caso, ao resolver o conflito subjetivo de acordo com o *debatido e pedido* pelas partes, mas também tem vida fora do processo, por influenciar (de forma persuasiva ou, se for um precedente, vinculante) o julgamento dos outros casos semelhantes.

Assim, as normas fundamentais do processo civil (em especial a fundamentação, o contraditório e a publicidade) restringem a surpresa da decisão judicial, por delimitar a fundamentação aos pedidos e aos fundamentos dos pedidos apresentados pelos sujeitos processuais. Em outras palavras, *a surpresa está apenas no resultado, pois a fundamentação deve ser previsível*. Os precedentes são *redutores da*

*surepresa*, porque vinculam a fundamentação e, conseqüentemente, o dispositivo da decisão, a forma pela qual a controvérsia será resolvida pelo órgão julgador.

Portanto, em um processo na primeira instância que contenha apenas uma questão de direito já decidida pelo STF em um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, por exemplo, há previsibilidade na fundamentação da sentença (que se limita aos pedidos – e seus fundamentos – dos sujeitos processuais, reconstitui os fatos conforme as provas existentes no processo e lhes atribui valor justificadamente) e no resultado, que deverá aplicar o precedente, ou efetuar a distinção do caso sob julgamento em relação a ele. Portanto, a argumentação das partes – e as provas por elas produzidas – serão direcionadas a influenciar o convencimento do juiz acerca do *enquadramento* ou do *diferenciamento* do caso em comparação com o precedente.

Na fundamentação da decisão judicial, o órgão julgador deve explicar e justificar as razões de seu convencimento sobre as questões de fato – valorando as provas – e de direito correspondentes ao caso, acerca dos precedentes eventualmente incidentes – ou com sua distinção ou superação – e, por fim, resolvendo os pedidos como uma consequência lógica dos fundamentos anteriores.

Em outras palavras viu-se que a fundamentação da decisão judicial tem uma vinculação: (a) *subjetiva*, relacionada aos pedidos dos sujeitos processuais (partes, terceiros, Ministério Público e interessados) e aos fundamentos desses pedidos (Capítulo 1); (b) *objetiva interna*, ligada aos fatos, ou seja, ao objeto dos pedidos, e às provas que se destinam a demonstrar – ou afastar – sua ocorrência (Capítulo 2); (c) e *objetiva externa*, ligada a decisões de outros casos similares, ou seja, aos precedentes elaborados para conduzir de forma prévia a conduta do Judiciário e dos jurisdicionados (Capítulo 3).

Assim, voltando com as bases teóricas do Capítulo 4 para o início da tese, viu-se que *a fundamentação das decisões corresponde ao dever de justificar a opção do julgador por algum(ns) dentre os fundamentos apresentados pelas partes e outros sujeitos no processo, para a solução dos pedidos* (Capítulo 1).

Em seguida, pode-se afirmar que *a fundamentação das decisões corresponde ao dever de justificar a opção do julgador por alguma(s) dentre as provas produzidas no processo, para a reconstrução dos fatos e a solução dos pedidos, com a observância dos fundamentos escolhidos pelas partes* (Capítulo 2).

Por fim, chega-se à conclusão de que *a fundamentação das decisões corresponde ao dever de justificar a opção do julgador por alguma(s) dentre as provas produzidas no processo, para a reconstrução dos fatos e a solução dos pedidos, considerada a experiência anterior dos precedentes (por meio da aplicação, distinção e eventual superação) e com a observância dos fundamentos escolhidos pelas partes* (Capítulo 3).

## BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus curiae*. Salvador: JusPodium, 2005.

AIELLO, Michele. Le discrezionalità del giudice civile nell'applicazione della legge. In: BESSONE, Mario. *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, pp. 85-91.

ALPA, Guido. *L'arte di giudicare*. Roma: Laterza, 1996.

AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten Constitution: the precedents and principles we live by*. New York: Basic Books, 2012.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Os “precedentes” no sistema jurídico brasileiro (STF e STJ). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 935, pp. 81-102, set. 2013.

ARAÚJO JÚNIOR, Gediel Claudino. *Processo civil: processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ASHTON, Peter Walter. A *common law* e a *equity* do direito anglo-saxônico. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 28, pp. 87-111, jan./dez. 2011.

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: RT, 1989.

ASSIS, Carlos Augusto de. O dever de falar a verdade e o processo civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, nº 32, pp. 62-77, set./out. 2009.

ASSIS, Carlos Augusto de. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, pp. 32-46, set. 2007.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2002.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standards* probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 153-170.

BASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975.

BAZÁN, Victor. El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones Constitucionales*. México, nº 12, p. 29-71, jan./jun. 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 13-52.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatórios y justificación de la decisión. In: FERRER, Jordi; GASCÓN, Marina; LAGIER, Daniel Gonzáles; TARUFFO, Michele. *Estudios sobre la prueba*. México: Fontamara, 2008, pp. 15-59.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BESSO, Chiara. *La sentenza civile inesistente*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Limites da interpretação jurídica e o direito que queremos ter. *Revista Direito Federal*, São Paulo, nº 95, pp. 381-401, jan./dez. 2015.

BIGIAMI, Walter. *Appunti sul diritto giudiziario*. Padova: Cedam, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

BONA, Carlo. *Sentenze imperfette: gli errori cognitivi nei giudizi civili*. Bologna: Il Mulino, 2010.

BRAGA, Sidney da Silva. *Iniciativa probatória do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 221, pp. 13-48, jul. 2013.

CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CAPONI, Remo. Autonomia del processo costituzionale: note preliminari. Disponível em: <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0171\\_caponi.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0171_caponi.pdf)>. Acesso em 07 abr. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il proceso civile italiano nel quadro della contrapposizione 'civil law – common law (appunti storico-comparativi). Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969

CARDOSO, Oscar Valente. A admissibilidade de pessoa natural como *amicus curiae* em mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 126, pp. 77-84, set. 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. A falta de fundamentação por inobservância de precedente no novo CPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 317-324.

CARDOSO, Oscar Valente. *Controle abstrato de constitucionalidade: aspectos subjetivos*. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2011.

CARDOSO, Oscar Valente. Eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, nº 131, fev. 2014.

CARDOSO, Oscar Valente. *Juizados Especiais da Fazenda Pública* (Comentários à Lei nº 12.153/2009). São Paulo: Dialética, 2010.

CARDOSO, Oscar Valente. Mandado de segurança coletivo: aspectos práticos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 125, pp. 71-85, ago. 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* nos Juizados Especiais Federais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 60, pp. 102-112, mar. 2008.

CARDOSO, Oscar Valente. O aspecto quádruplo da motivação das decisões judiciais: princípio, dever, direito e garantia. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 111, pp. 96-102, jun. 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. O direito à prova como um direito fundamental. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 74, pp. 64-75, maio 2009.

CARDOSO, Oscar Valente. Repercussão geral, questões constitucionais qualificadas e coisa julgada inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 72, p. 66-78, mar. 2009.

CARDOSO, Oscar Valente. Súmulas vinculantes: aspectos positivos. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 110, pp. 108-117, maio 2012.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno da petição inicial. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 119, pp. 11-34, jan. 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Parte generale: Il concetto giuridico della prova. Milano: Giuffrè, 1992.

CARPI, Federico; TARUFFO, Michele (coord.). *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*. 7. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 518). Ainda: CONSOLO, Claudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007.

CARVALHO, Maria Clara Calheiros de. A base argumentativa na decisão judicial. *Revista Julgar*, Lisboa, nº 6, pp. 69-76, 2008.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo constitucional. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 11, p. 15-43, 2006.

CARVALHO, Wesley Corrêa. Especificação de provas: impasses frequentes e importantes considerações. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 138, pp. 127-134, set. 2014.

CASSUTO, David N. The law of words: standing, environment, and other contested terms. *Harvard Environmental Law Review*, Cambridge, nº 28, pp. 79-128, jan./jun. 2004.

CASTRO, Fabio Caprio Leite de. O princípio da motivação enquanto instrumento e garantia no sistema jurídico brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, nº 90, pp. 131-144, jun. 2003.

CAVALLONE, Bruno. Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda). In: QUADERNI DELL'ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO CIVILE. *Le prove nel processo civile*: atti del XXV Convegno Nazionale. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 29-52.

CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. v. I. Roma: Foro Italiano, 1930.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CLINI, Alberto. *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*. Padova: Cedam, 2009.

COEN, Leopoldo. *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa: principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*. Torino: G. Giappichelli, 1998.

COHEN-KOPLIN, Klaus. Equidade e razão prática na decisão judicial: algumas reflexões de teoria geral do direito e de história do pensamento jurídico. *Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 28, pp. 75-86, jan./dez. 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano (coord.). *Commentario del Codice di Procedura Civile*. v. II. Torino: Utet Giuridica, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

CONSOLO, Claudio; LUISO, Francesco Paolo (coord.). *Codice di Procedura Civile commentato*: artt. 1-322. 3. ed. Milano: IPSOA, 2007.

COUTURE, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio; BARTOLE, Sergio; BIN, Roberto (coord.). *Commentario breve alla Costituzione*. 2. ed. Padova: Cedam, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007, pp. 73-98.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 57-73.

CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, § 1º, IV do NCPC. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (org.). *O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 283-308.

DAMELE, Giovanni. Verdade e comunicação – notas sobre argumentação e decisão judiciária. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 97-110.

DEUS, Fernando Barroso de. Ampla defesa, contraditório e o direito evidente. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 70, pp. 37-48, jan. 2009.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. v. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto; il ruolo della narrazione nel 'processo'*. Milano: FrancoAngeli, 2008.

DONOSO, Denis. Um novo princípio contraditório. Análise da constitucionalidade das técnicas de massificação de soluções e da escalada da importância do precedente judicial. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 73, pp. 22-35, abr. 2009.

DUARTE NETO, Bruno Herculano. O instituto da prova no processo do trabalho. In: DUARTE NETO, Bruno Herculano; et. al. *Direito processual do trabalho*. Curitiba: Iesde Brasil, 2012, pp. 251-286.

DUARTE NETO, Bruno Herculano; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Princípios do processo civil: noções fundamentais*. São Paulo: Método, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

EKELÖF, Per Olof. Le mie riflessioni sul valore probatorio. In: GÄRDENFORS, Peter; HANSSON, Bengt; SAHLIN, Nils-Eric (org.). *La teoria del valore probatorio: aspetti filosofici, giuridici e psicologici*. Milano: Giuffrè, 1997, pp. 1-21.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FAZZALARI, Elio; LUISO, Francesco Paolo. *Codice di procedura civile e norme complementari*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2011.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.

FENOLL, Jordi Nieva. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro. In: CHIODI, Giovanni; PULITANÒ, Domenico (org.). *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*. Milano: Giuffrè, 2013, pp. 19-42.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, Joana Cristina Brasil Barbosa. O *amicus curiae* e a pluralização das ações constitucionais. In: OLIVEIRA, Vallisney de Souza (coord.). *Constituição e processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 91-144.

FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. Súmula vinculante: limitações e possibilidades. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 70, pp. 86-101, jan. 2009.

FIGUEIREDO, Silvia Bellandi Paes de. Eficácia dos precedentes judiciais. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 89, pp. 131-147, maio/jun. 2014.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princeton: Princeton University Press, 1950.

FRANK, Jerome. Say it with music. *Harvard Law Review*, Harvard, nº 6, pp. 921-957, jun. 1948.

FREDA, Dolores. 'Una dispotica creazione': Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento. Torino: G. Giappichelli, 2012.

FRONDIZI, Román Julio. *La sentencia civil: tema y variaciones*. La Plata: Platense, 1994.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos*. 2. ed. v. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAJARDONI, Fernando. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em 15 abr. 2015.

GAMBARO, Antonio. *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*. *Quaderni della Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile - Due iceberg a confronto: le derive di Common Law e Civil Law*, Milano, nº 12, pp. 7-38, 2009.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GIFIS, Steven H. *Law dictionary*. 6. ed. New York: Barron's, 2010.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2006, pp. 179-198.

GOODHART, Arthur L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, London, v. 22, nº 2, pp. 117-124, mar. 1959.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e le questioni rilevabili d'ufficio. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 186, pp. 109-160, ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. A vinculação do juiz ao pedido no processo cautelar. *Revista Pensar*, Fortaleza, nº 1, pp. 86-97, jan./dez. 1992.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England. In: HOBBS, Thomas. *The English works of Thommas Hobbes of Malmesbury*. v. VI. London: John Bohn, 1840, pp. 1-160.

HOLMES, Oliver Wendell. *Collected legal papers*. New York: Harcourt, Brace & Howe, 1920.

HUTTER, Rudolf. *Os princípios processuais no juizado especial cível*. São Paulo: Iglu, 2004.

JACKSON, Percival E. *Dissent in the Supreme Court: a chronology*. Norman: University of Oklahoma Press, 1969.

JOBIM, Marco Félix. A técnica da distinguishing a partir da análise do julgamento do caso Escola vs. Coca-Cola Bottling Co. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 237, pp. 403-419, nov. 2014.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um Direito Probatório. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 11-25.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, nº 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

KÖHLER, Ricardo Carlos. *Amicus curiae: amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. Afinal, a quem se destina a prova no sistema jurídico brasileiro? Inquietações procedimentais a partir dos direitos fundamentais. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 133-145.

LEONEL, Ricardo de Barros. *A causa petendi* nas ações coletivas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 125-190.

LEVI, Edward Hirsch. *An introduction to legal reasoning*. Chicago: University of Chicago Press, 2013.

LEWISCH, Peter. Franz Klein (1854-1926). In: BACKHAUS, Jürgen (ed.). *The Elgar Companion to law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005 pp. 576-584.

LLEWELLYN, Karl N. *The bramble bush: the classic lectures on the law and law school*. New York: Oxford University Press, 2008.

LOPES, José António Mouraz. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 351-380.

LOVELAND, Ian. *Constitutional law, administrative law and human rights: a critical introduction*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LUPOI, Maurizio. La percezione della funzione del precedente quale flusso giuridico. In: VACCA, Letizia (org.). *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: profili storico-comparatistici*. Torino: G. Giappichelli, 2000, pp. 85-102.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 4. ed. Barueri: Manole, 2004.

MARENCO, Roberto. *La discrezionalità del giudice civile*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. I. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. III. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTÍ, Francesca Puigpelat. *Funciones y justificación de la opinión dominante em el discurso jurídico*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Duas hipóteses para súmulas vinculantes. *Prática Jurídica*. Brasília, nº 81, p. 5, dez. 2008.

MARTINS, Samir José Caetano. Um panorama das garantias fundamentais do processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 61, pp. 84-104, abr. 2008.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAZZAROLLI, Ludovico A. *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*. Padova: Cedam, 2000.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEDINA, Damares. *Amicus curiae; amigo da Corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais*. São Paulo: RT, 2015.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A argumentação nas decisões judiciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos gerais da intervenção do *amicus curiae* nas ações de controle de constitucionalidade pela via concentrada. *Direito Público*, Brasília, nº 17, p. 35-51, jul./set. 2007.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; DELLORE, Luiz Guilherme Pennacchi; MORETO, Mariana Capela Lombardi; TEIXEIRA, Guilherme Silveira; ZVEIBIL, Daniel Guimarães. A repercussão geral e os recursos repetitivos. *Economia, Direito e Política. Revista de Processo*. São Paulo, nº 220, pp. 13-32. jun. 2013.

MIKVA, Abner J.; LANE, Eric. *An introduction to statutory interpretation and the legislative process*. New York: Aspen Law & Business, 1997, pp. 4-50.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira. *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 206, pp. 61-78, abr. 2012.

MONTEIRO NETO, Nelson. A exigência de prequestionamento em recursos especial e extraordinário. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 66, p. 95-100, set. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito constitucional: teoria da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Conteúdo interno da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 83, pp. 207-215, jul./set. 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Estrutura da sentença arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 107, pp. 9-17, jul./set. 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 35, pp. 178-184, jul./set. 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da decisão e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015.

MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro. In: MITIDIERO, Daniel (coord.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 263-320.

MÜLLER, Friedrich. Concretization and precedent. Observations on modern continental European Law from the perspective of 'Structuring Legal Theory'. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. *Coletânea de estudos jurídicos*. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, p. 680-687.

NAPPI, Nello. Considerazione sul diritto alla prova. In: BESSONE, Mario. *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, pp. 271-290.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

OLIANI, José Alexandre Manzano. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=216](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216)>. Acesso em 18 out. 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 216, p. 13-34, fev. 2013.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo e o princípio do *due process of law*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 64, pp. 77-91, jul. 2008.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVIERI, Laura. Corte costituzionale e libero convencimento del giudice. In: CIARLO, Pietro; PITRUZZELLA, Giovanni; TARCHI, Rolando (org.). *Giudizi e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1997, pp. 233-252.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao código de processo civil: arts. 796 a 812*. v. X, tomo I. São Paulo: RT, 1984.

PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica: un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A posição dos tribunais superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 119, pp. 99-107, fev. 2013.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*. São Paulo, nº 248, pp. 331-355, out. 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PICARDI, Nicola. Poteri, doveri e responsabilità del giudice. In: MARTINO, Roberto (org.). *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*. Milano: Giuffrè, 2008.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RAM, James. *The science of legal judgment*. London: Maxwell, 1834.

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

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 41-61, out. 2013.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 124, pp. 9-19, jul. 2013.

REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 162, pp. 330-351, ago. 2008.

REICHELT, Luis Alberto. O direito ao processo justo e suas manifestações no projeto de novo Código de Processo Civil: primeiras considerações. *Revista da Faculdade de Direito Uniritter*, Porto Alegre, nº 16, pp. 75-88, jan./dez. 2015.

REICHELT, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil brasileiro e o redimensionamento do papel constitucionalmente associado aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 248, pp. 273-285, out. 2015.

REICHENBACH, Hans. *La filosofia científica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1953.

RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ROMBOLI, Roberto. Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative. In: CHIODI, Giovanni; PULITANÒ, Domenico (org.). *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*. Milano: Giuffrè, 2013, pp. 43-77.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Manuel Simas. A construção de uma decisão. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 21-33.

SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SCARPA, Antonio. *La decisione della causa*. Milano: Giuffrè, 2010.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction for legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. Why precedent in Law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. *Perspectives on psychological science*, Washington, v. 3, nº 6, pp. 454-460, nov. 2008.

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

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Joana Aguiar e. As narrativas do direito e a verdade judicial. In: CARMO, Rui do (coord.). *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 111-124.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Apontamentos para uma teoria da sentença. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 37, pp. 168-188, jan./dez. 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

SLOVENKO, Ralph. Book reviews. *Fordham Law Review*, New York, v. 41, nº 2, pp. 470-492, 1972.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz – fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 224, pp. 15-39, out. 2013.

SOUZA, Artur César de. *Das normas fundamentais do processo civil: uma análise luso-brasileira contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Da uniformização de jurisprudência no Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Leituras complementares para concursos: processo civil*. v. I. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2004, pp. 101-125.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. *Amicus curiae*: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista jurídica Justilex*. Brasília, nº 67, p. 35-37, jul. 2007.

STATSKY, William P. *Legislative analysis and drafting*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRENGER, Irineu. *Lógica jurídica*. São Paulo: LTr, 1999.

TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 54, p. 56-68, set. 2007.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, nº 69, pp. 99-124, 2002.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario. *L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997, pp. 139-153.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, pp. 37-50.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1995.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 110, pp. 141-158, abr./jun. 2003.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TESHEINER, José Maria. Sentença e coisa julgada – conceito e controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 208, pp. 23-58, jun. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito Processual Constitucional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 55, pp. 66-78, set./out. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBE, Lawrence H.; DORF, Michael N. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e; FERREIRA FILHO, Manoel Caetano; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; DOTTI, Rogéria Fagundes; MARTINS, Sandro Gilbert (coord.). *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP e OAB/PR, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC – análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 190, pp. 257-269, dez. 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 279-294.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 786, pp. 57-67, abr. 2001.

TURRONI, Davide. *La sentenza civile sul processo: profili sistematici*. Torino: G. Giappichelli, 2006.

TWINING, William. *Rethinking evidence: exploratory essays*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

USTÁRROZ, Daniel. *Prova no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VALLE, Vanice Lírio. Repercussão geral: um passo a mais na difícil construção da vinculatividade das decisões judiciais. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, vº 10, nº 40, p. 129-157, 2007.

VARANO, Vincenzo. *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica. Quaderni della Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile - Due iceberg a confronto: le derive di Common Law e Civil Law*, Milano, nº 12, pp. 39-60, 2009.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Pedido genérico e projeto de sentença. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: RT, 2002, pp. 295-342.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2007.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae: afinal, quem é ele? Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, nº 1, p. 76-80. jan./jun. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Há só uma decisão correta? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, nº 60, pp. 44-48, maio/jun. 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Presunções absolutas e devido processo legal – inconstitucionalidade por ofensa ao direito à prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 61, pp. 33-40, abr. 2008.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 69, pp. 17-34, dez. 2008.