

O DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL E A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À MODIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES

Lucas Silva Albarello¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de estudo a aplicação das decisões judiciais vinculantes na forma do artigo 489, §1º, incisos V e VI, à luz do dever de lealdade processual. Confrontar-se-ão, com base em pesquisa bibliográfica, o dever de lealdade processual, o direito fundamental ao contraditório, em especial no que tange à colaboração e a proibição de prolação de decisões-surpresas no direito processual civil, e, por conseguinte, a formação e a aplicação do padrão decisório - jurisprudência, precedentes e enunciado de súmula - no Direito brasileiro, sobretudo, os elementos vinculantes e persuasivos e a imposição de limites à modificação do conteúdo de padrões decisórios vinculantes, assim seja pela observância do direito fundamental ao contraditório e o dever de lealdade visto como forma de proteger as partes contra a decisão-surpresa nos casos em que houver o afastamento por distinção - *distinguishing* - ou superação - *overruling* - dos padrões decisórios.

Palavras-chave: Dever da lealdade processual. Direito fundamental ao contraditório. Direito processual civil. Jurisprudência. Precedentes. Formação de padrões decisórios. Elementos vinculantes. Elementos persuasivos. Aplicação de padrões decisórios. Distinção. Superação.

1. INTRODUÇÃO

“Afigura-se praticamente impossível admitir-se o convívio harmonioso, próspero e progressivo dos seres humanos sem a observância da lealdade.” (FARIA, 2017, p. 120). Este trabalho justifica-se pela mudança de paradigma para o neoconstitucionalismo, com a legislação infraconstitucional aprofundando a abordagem dos direitos fundamentais, buscando atribuir validade a todo direito processual, tendo em vista a necessária sobreposição da interpretação constitucional para efetivar as garantias processuais fundamentais na prestação jurisdicional contemporânea.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe expressamente, como uma de suas normas fundamentais, a boa-fé objetiva - lealdade processual - em seu art. 5º. Com o advindo das novas previsões, surgem dúvidas, como por exemplo, se esse princípio se vincularia a todos participantes do processo e não somente pelas partes, como era outrora.

Do mesmo modo, o CPC/2015 trouxe positivado uma novidade do novo modelo de direito processual civil, no artigo 489, parágrafo 1º, incisos V e VI, em que para se realizar uma decisão judicial há inúmeros elementos e limitações a serem observados; assim sendo, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que

¹ Aluno da Graduação em Direito pela escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: lucas-albarello@hotmail.com. Orientado pelo Professor: Dr. Luis Alberto Reichelt. E-mail: luis.reichelt@pucrs.br.

simplesmente invoca um precedente sem fazer conexão com o caso concreto (inciso V) e que deixar de seguir jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a superação deste ou a distinção com o caso em julgamento (inciso VI) - técnicas oriundas de um direito processual civil contemporâneo -.

Concomitantemente, analisar-se-á a diferenciação de padrões decisórios de caráter vinculantes e persuasivos (meramente argumentativos), forte artigo 927 do CPC/2015, em que há, no seu rol, padrões decisórios vinculantes (incisos I ao III) e não vinculantes (IV e V), devido estes dois últimos incisos não terem requisitos em suas formações/construções, como por exemplo, não ser necessário um contraditório subjetivamente ampliado e colegialidade, algo essencial para uma decisão de caráter vinculante.

Sendo assim, visa-se responder se é fulcral ao Estado Democrático de Direito proferir decisões judiciais à luz do princípio da Lealdade Processual, bem como, havendo uma decisão dotada de caráter vinculante, se teriam limites nas aplicações e modificações dela para o futuro - leia-se, por distinção e superação -, haja vista a proteção de expectativas das pessoas, a proteção à confiança legítima e o dever de lealdade do juiz.

2- LEALDADE PROCESSUAL

O desenvolvimento das ideias do presente artigo, nos subtópicos a seguir, será de estabelecer a definição do dever de lealdade processual e do direito fundamental ao contraditório - com todas suas derivações -, focado na análise do resultado das decisões judiciais sob a forma do diálogo e colaboração; isso tudo, no sentido de que são deveres e princípios indissociáveis do Estado Democrático de Direito e que há limites para a construção do padrão decisório, como por exemplo, que a fundamentação do juiz deve ser analítica e as partes de ter o ônus de alegação específica (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

2.1 CONCEITO. RELAÇÕES COM O DEVER DE BOA-FÉ PROCESSUAL

O direito sempre esteve em constante mudança, se adaptando conforme o passar do tempo. Outrora, após a 2ª guerra mundial, bem como outros fatores, fora identificado a necessidade de não se ter uma simples aplicação da lei e sim um neoconstitucionalismo - o modelo constitucional de processo -, tendo-se como consequência a inserção do direito processual na perspectiva constitucional e a democratização do processo sob o viés da constituição, sendo possível ver a inserção da lealdade processual (FARIA, 2017).

Primeiramente, Antonio do Passo Cabral, aduz que a lealdade poderia ser encontrada na garantia constitucional do contraditório, servindo-lhe como um limite à atuação processual (CABRAL, 2005).

No livro do Márcio Carvalho Farias é analisado na legislação estrangeira a respeito de sua aplicabilidade, e na doutrina alemã por exemplo, aceita-se a recepção e aplicação do princípio da boa-fé no âmbito processual, sendo o direito processual civil o primeiro atingido, bem como os espanhóis, que na *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)*, no artigo 247, consagra que todos os intervenientes devem ajustar suas respectivas atuações às regras da boa-fé (FARIA, 2017). Da mesma forma na Itália,

em que o artigo 175, CPC/ITA: “ao regular o andamento processual, determina que o juiz instrutor deve exercer todos os poderes necessários para que o procedimento se desenvolva com lealdade” (FARIA, 2017, p. 134). A lealdade e sua atuação no direito processual, bem como a sua ligação com o Estado Democrático de Direito, é um tema relevante e que merece ser examinado a fim de concretizar sua real função no processo brasileiro.

No Brasil, o processo civil fora moldado, no CPC/73, para resolver conflitos individuais, principalmente causas referentes à propriedade, às relações contratuais e familiares, ainda sob a égide do Estado Liberal, consagrando o dever de lealdade indispensável para as partes; todavia, como supramencionado, o neoconstitucionalismo coloca a Constituição Federal no cerne do ordenamento jurídico, promovendo a expansão dos direitos e garantias fundamentais para todos os ramos do direito, sobrevivendo, com essa mudança nos planos normativos, a Lei 10.358/2001, em que se garantiu dever de lealdade para todos sujeitos do processo (CAMBI, 2019).

Destarte, o Código de Processo Civil de 2015 foi mais longe no que diz respeito a atuação desse dever de lealdade na prestação jurisdicional. É de se observar, que o CPC/15, em seu artigo 5, positivou: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” (BRASIL, 2015).

Fato este que Eduardo Cambi ressalta:

O CPC/2015 concretiza uma abordagem neoconstitucional do processo civil, concepção esta que pode ser extraída logo de seu primeiro dispositivo, que apresenta o processo civil ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estampados na Constituição Federal (CAMBI, 2019, p. 4).

Ainda, Eduardo Cambi analisa e aduz que a boa-fé objetiva representa “uma norma de conduta”, em que não pode ser afastado por iniciativa das partes e não tolera o abuso do direito processual ou se restringe a prática de atos abusivos, consagrando uma proibição de comportamento contraditório, seja pelas partes, seja pelo magistrado, tendo em suma: a boa-fé objetiva para todos que de qualquer forma participam no processo (CAMBI, 2019).

No código de processo civil comentado, de autoria do Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, os autores apresentam, no que diz respeito ao art. 5º do CPC, a boa-fé objetiva, posicionando-se no sentido de que todos os participantes do processo devem comportar-se de acordo com a boa fé, tanto as partes, como os que participam episodicamente no processo, e a ausência deste princípio poderia levar à ineficácia do ato processual contrário à boa-fé, à responsabilização por dano processual e, inclusive, à sanção pecuniária (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). Comporta-se com boa-fé aquele que não abusa de suas posições jurídicas, não obstante, há um rol de casos onde tem frustração à confiança ou descolamento da realidade, como por exemplo a exceptio doli, o venire contra factum proprium, a inalegabilidade de nulidades formais, a supressio e a surrectio, o tu quoque e o desequilíbrio no exercício do direito (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). Fato este que os autores aduzem:

A exceptio doli é a exceção que tem a pessoa para paralisar o comportamento de quem age dolosamente contra si. O venire contra factum proprium revela a proibição de comportamento contraditório.

Traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Age contraditoriamente quem, dentro do mesmo processo, frustra a confiança de um de seus participantes. A inalegabilidade de vícios formais protege a boa-fé objetiva na medida em que proíbe a alegação de vícios formais por quem a eles deu causa, intencionalmente ou não, desde que por aí se possa surpreender aproveitamento indevido da situação criada com a desconstituição do ato. A supressio constitui a supressão de determinada posição jurídica de alguém que, não tendo sido exercida por certo espaço de tempo, crê-se firmemente por alguém que não mais passível de exercício. A supressio leva a surrectio, isto é, ao surgimento de um direito pela ocorrência da supressio. O tu-quoque traduz a proibição de determinada pessoa exercer posição jurídica oriunda de violação de norma jurídica por ela mesma patrocinada. O direito não pode surgir de uma violação ao próprio Direito ou, como diz o velho adágio do *Common Law*, *equity must come with clean hands*. A ideia de desequilíbrio no exercício do direito revela, em seu conjunto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Três são as manifestações do exercício desequilibrado do direito: o exercício inútil danoso, a ideia subjacente ao brocardo dolo *agit qui petit quod statim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 157 e 158).

Em síntese, a boa-fé pode ser reconduzida em proteção à confiança legítima (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

2.2 LEALDADE PROCESSUAL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Com a constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento das garantias processuais, alçando o devido processo legal à categoria de um sobreprincípio, que seria o direito a um processo justo que não visa apenas um resultado justo, e sim um procedimento (FARIA, 2017).

Se partirmos do pressuposto que a lealdade é indissociável do Estado Democrático de Direito, no tocante a lealdade dentro do processo (prestação jurisdicional), é necessário fazer uma diferenciação na sua consequência para cada uma das partes, a julgar que há uma diferenciação entre ônus, obrigações e deveres, a chamada natureza tríplice (FARIA, 2017).

Não obstante, Márcio Carvalho Faria leciona com maestria:

[...] os vínculos existentes entre as partes e seus defensores, os eventuais terceiros intervenientes, os membros do Ministério Público e, no que aqui mais interessa, os “componentes del oficio” (juízes e servidores de um dado tribunal), fazem surgir uma série de posições jurídicas ativas (poderes) e passivas (deveres, ônus e obrigações), a depender, obviamente, de sua posição ocupada no processo (FARIA, 2017, p. 145).

Autores como o renomado professor uruguaio, Eduardo Juan Couture, define estes 3 pontos, onde para ele (1946 *apud* FARIA, 2017, p. 146) “[...] ônus processual (ou, em espanhol, “carga procesal”) entende-se a necessidade de a parte realizar facultativamente determinado ato para evitar que lhe sobrevenha um prejuízo”.

Quanto a obrigação processual, consoante definição de Eduardo Juan Couture (1946 *apud* FARIA, 2017, p. 146) “[...] é a prestação imposta às partes por ocasião do processo, e cuja infração comporta não somente um prejuízo processual, mas também uma responsabilidade econômica a favor da parte contrária [...]”.

E, por fim, o professor uruguaio, quanto ao dever processual, tem como definição que (1946 *apud* FARIA, 2017, p. 146) “[...] é o imperativo legal estabelecido a favor de uma adequada realização do processo, dirigindo não apenas ao interesse individual das partes como ao interesse da comunidade [...]”.

Ainda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta: “a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social” (OLIVEIRA, 2004, p. 10).

O processo tem natureza essencialmente dialética, ou seja, é um diálogo, um intercâmbio de ações e reações, uma conversação, portanto, o direito ao contraditório constitui elemento essencial ao fenômeno processual, ligando-se ao próprio respeito à dignidade humana (OLIVEIRA, 1993).

Na realidade contemporânea do modelo de processo, há a consagração (na Lei Maior de 1988) da garantia do contraditório (REICHELT, 2008). A ideia do contraditório dentro do processo civil contemporâneo está em uma série de fatores que exercem influência definitiva para sua compreensão, destacando-se a democracia, participação e processo, de onde partimos do pressuposto que dentro do processo (instrumento que o Estado exerce o poder jurisdicional) há a realização de um modelo de participação democrática da manifestação estatal, para construir decisões a partir da interação dos demais sujeitos processuais, e assim as partes se sentem representadas nas manifestações de poder que emanam do órgão judicial (REICHELT, 2008). No entanto, essa participação e representação não podem ser vistas de forma isolada, pois o fato de existir objetivos a serem alcançados no processo, faz com que se tenha limitação nas manifestações processuais, permitindo que sejam caladas as vozes dos que falam simplesmente por falar, tendo em síntese que o direito da parte falar no processo para construir a decisão não é absoluta, e sim revestida de forma adequada ao fim ao qual se destina, qual seja a prolação de uma sentença que regule de forma justa o caso concreto, dando uma resposta adequada ao problema proposto (REICHELT, 2008).

A construção da sentença é fruto de todo um trabalho desenvolvido ao longo de uma marcha orientada de acordo com os limites estabelecidos pelo ordenamento, como Luis Alberto Reichelt ressalta: “é ela o resultado para o qual se dirige toda uma sequência de atos concatenados entre si, que é o procedimento.” (REICHELT, 2008, p. 3). Assim sendo, com essa atividade ordenada no processo, de maneira tal que as manifestações trazidas pelos sujeitos processuais aos autos formam uma estrutura dialética, temos que o processo é procedimento em contraditório, ganhando lugar uma visão na qual cada um exerce um papel dentro de uma estrutura dialética em constante movimento, passando autor e réu a serem vistos com funções dentro de uma mecânica destinada à construção conjunta da decisão a ser respeitada por todos, e não figuras secundárias em relação ao magistrado (REICHELT, 2008).

Em conclusão, o princípio do contraditório, o qual impõe-se ao juiz prudente diálogo com as partes, torna-se autêntica garantia de democratização do processo (OLIVEIRA, 1993).

2.2.1 Considerações sobre o direito fundamental ao contraditório no direito processual civil

O direito fundamental ao contraditório no processo civil constitui a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável da ideia de justiça para tutela dos direitos, sendo norma fundamental do novo processo civil brasileiro, compreendido por clara projeção do direito à participação, não sendo mais uma simples bilateralidade da instância (somente para às partes), e sim, um direito de influência, que significa conhecer, reagir, participar do processo e influir nos seus rumos, tendo como destinatários as partes e igualmente o juiz (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

A regra no processo civil é o contraditório prévio (art. 9º, caput, CPC): *audiatur et altera pars*, onde o juiz primeiro ouve ambas as partes para tão somente depois decidir, entretanto, ressalta-se que há exceções onde o contraditório é diferido, como a tutela de urgência, no inciso I do art. 9º do CPC, mas que não será aprofundado haja vista não ser objeto deste presente artigo (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

Melhor dizendo, sobre este contraditório prévio, no art. 9º do CPC/2015, “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 166).

Consoante Luis Alberto Reichelt, há duas faces a serem observadas preliminarmente: “a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais;” (REICHELT, 2008, p. 5).

No que diz respeito à participação no debate processual, é de se apontar que ela é inerente ao caráter dialético próprio do processo, na qual é mister que seja garantido aos sujeitos processuais o direito de manifestação sobre qualquer elemento que possa exercer influência na construção da decisão que será prolatada nos autos, e não apenas como um mero direito de falar nos autos (REICHELT, 2008).

Quanto a segunda face, o direito ao diálogo entre os sujeitos processuais, seria o direito das partes verem suas manifestações ouvidas pelo magistrado quando da construção da decisão, bem como o direito à comunicação nos autos entre os sujeitos do debate, em que o contraditório satisfaz os interesses não apenas dos integrantes do debate processual, mas de todos aqueles que pregam o respeito ao direito vigente (REICHELT, 2008).

2.2.2 Em especial: Direito fundamental ao contraditório e colaboração no direito processual civil

O modelo cooperativo de processo – pautado pela colaboração do juiz para com as partes – e o princípio da colaboração são os pontos fulcrais para a organização do processo civil refletir os pressupostos culturais do Estado Constitucional, visando

estruturar um processo justo do ponto de vista da divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). A colaboração pode ser observada como modelo e princípio, devendo o juiz ver o processo como um instrumento para efetiva realização do direito material (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

Para melhor contextualizar, dispõe o “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 158).

A colaboração como modelo seria dividir os participantes do processo de forma equilibrada, organizando o papel das partes e do juiz para ter uma verdadeira comunidade de trabalho, onde se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes, tendo em vista que o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condição, sendo paritário no diálogo e assimétrico na decisão (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). Assim sendo:

Finalmente, do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca tanto quanto possível da verdade e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva (art. 5º, CPC), sendo igualmente seu destinatário o juiz, tendo como objetivo produzir decisões justas (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 159).

Já a colaboração no processo como princípio jurídico, tem como objetivo precípua ser elemento para organização de um processo justo idôneo a alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva, deixando a participação das partes e do juiz equilibrada, não no sentido de que haja colaboração entre as partes - pois elas tem diferentes interesses na lide -, e sim para os participantes, pois a colaboração no processo do Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes, além desse princípio ter como fim viabilizar formação de precedentes devidamente dialogados (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

No que tange aos deveres cooperativos:

O juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo. O dever de esclarecimento constitui o dever de o juiz aclarar as dúvidas que eventualmente tenha sobre a posição das partes a respeito da narração dos fatos ou sobre os pedidos formulados. O dever de diálogo, o dever de o órgão judicial dialogar e consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser barrado pelo uso equivocado do processo. O dever de auxílio, o dever de auxiliar as partes na transposição de eventuais obstáculos que dificultem ou impeçam o exercício de direitos, o cumprimento de deveres ou o desempenho de ônus processuais (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 161).

Este direito à participação conjunta e ordenada na construção do provimento jurisdicional somente é respeitado no instante em que inserido em uma estrutura de

coordenação adequada entre as diversas manifestações trazidas aos autos (REICHEL, 2008). À vista disso:

As normas que fixam deveres de boa-fé impositivos àqueles que atuam no processo são retratos fiéis de comandos que não ficam no plano da mera sugestão ou recomendação de colaboração entre os participantes do debate e que encontram sua razão última de ser também na garantia do contraditório, tomada aqui nesse último sentido proposto (REICHEL, 2008, p. 7).

Não obstante, é de se destacar neste ponto, o art. 378 do CPC, em que se tem como ideia principal a colaboração, onde o juiz tem deveres de cooperar com as partes, e as partes e todos aqueles que participam do processo têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o “descobrimto da verdade” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). “O juiz tem o dever de prestar tutela adequada e efetiva aos direitos; os cidadãos, por sua vez, tem direito – outorgado pelo art. 5º, XXXV, CF - à efetiva e adequada tutela jurisdicional.” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 488).

No que toca a sanção: “o descumprimento caracteriza participação no processo de má-fé (art. 80, II, CPC) e sujeita à multa superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa e a indenizar a parte prejudicada (art. 81, CPC)”. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 488).

Não obstante, há uma regra de exclusão, em que se admite que a parte e o terceiro possam se recusar em colaborar com o Poder Judiciário, como em eventos onde o dever de colaboração deve ser limitado pelo fato da vida social, ou até mesmo por motivos superiores da própria pessoa (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

Sendo assim, as partes têm o ônus de alegar de forma especificada, fazendo conexão da norma com o caso em concreto, aduzindo significado dos princípios e termos invocados e distinções de precedentes debatidos em juízo (analogamente, art. 6º, 10 e 489, §§ 1º e 2º - que aprofundaremos nos próximos tópicos), tendo, enfim, que o juiz tem o dever de fundamentação analítica e as partes ônus de alegação específica (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

2.2.3 Em especial: Direito fundamental ao contraditório e proibição de prolação de decisões-surpresa

Todas as decisões definitivas do juízo têm que se apoiar em questões previamente debatidas pelas partes, sendo assim, há proibição de decisões-surpresa (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

A despeito disso, no novo código de processo civil comentado do Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

[...] é absolutamente indispensável que tenham as partes possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício (art. 10º, CPC) (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 168).

Trata-se: “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.” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 168).

Essa exigência de vedação à decisão-surpresa, funciona como um evidente instrumento de democratização do processo, promovendo a participação das partes em juízo e reforçando a confiança do cidadão no Poder Judiciário, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado para, enfim, chegar a uma solução do caso bem amadurecida (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). O direito ao contraditório condiciona a aplicação da máxima *lura novit cúria* ao prévio diálogo judicial, portanto, o juiz continua com poder de aplicar o direito ao caso concreto - até mesmo normas jurídicas não invocadas pelas partes -, todavia, a sua aplicação é que está condicionada ao prévio diálogo com as partes (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). Sendo assim, a colaboração judicial e o contraditório como direito de influência, com o novo código, não destina às partes tão somente o papel de narrar os fatos e ao juiz o de aplicar o direito, e sim para as partes não ficarem mais confinadas na matéria de fato, reconhecendo que elas têm o direito de se pronunciar sobre o material jurídico de forma prévio à sua aplicação judicial, assim como o juiz não está mais circunscrito à matéria de direito (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

Segundo Luis Alberto Reichelt, com relação à garantia do contraditório como direito a não-surpresa no debate processual, o julgador teria limites para construir uma decisão (REICHELT, 2008).

Fato este que Luis Alberto Reichelt leciona com maestria:

Na medida em que o juiz deve garantir possibilidade de participação em um debate a todos os sujeitos processuais, propiciando o estabelecimento de um diálogo em torno da questão em pauta, com o objetivo de formar uma estrutura de colaboração para a construção da decisão, uma conclusão é imperiosa: não lhe é lícito alicerçar seu pronunciamento em algum aspecto que não tenha sido previamente submetido à análise dos integrantes da discussão dos autos (REICHELT, 2008, p. 7).

Não obstante, é de se ressaltar a Instrução Normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre as normas do CPC aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho:

Art. 4º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa.

§ 1º Entende-se por “decisão surpresa” a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.

§ 2º Não se considera “decisão surpresa” a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário (BRASIL, 2016, p. 4).

Essa aplicação para privilegiar a qualidade da tutela jurisdicional no processo do trabalho tem como diretriz que, por um lado, se proíbe a adoção de fundamento jurídico não debatido previamente pelas partes - art. 9º e 10º do CPC -, e por outro, “A decisão apenas emerge quando ela comporte uma solução jurídica que, perante os factos controvertidos, as partes não tinham obrigação de prever” (BRASIL, 2016, p. 9).

Destarte, a compreensão da garantia do contraditório seria a projeção de um princípio democrático no processo, em que a sentença deve retratar a participação dos sujeitos que nele atuaram, visualizada sob forma de diálogo e colaboração (REICHELDT, 2008).

3- PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES

Neste tópico, avista-se o conceito de precedente e jurisprudência, sempre contrapondo-os. Já nos subtópicos 3.2 e 3.3, aprofundar-se-á a formação do padrão decisório a partir do contraditório visto no capítulo supra, demonstrando os elementos para se ter a formação de uma decisão judicial de caráter vinculante, como por exemplo a participação qualificada objetiva e subjetiva e, sobretudo, os fundamentos determinantes, contemplando as diferenciações de caráter vinculante e persuasivo dos incisos do art. 927 (CÂMARA, 2018).

3.1 A DISTINÇÃO ENTRE PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA E A INTERPRETAÇÃO DO ART. 927 E 928 DO CPC

Outrora - e limitando a análise do Direito brasileiro propriamente dito a partir da Independência decretada em 1822 -, já se convivia com os precedentes como “fontes de direito” (CÂMARA, 2018). Surgia, naquela época, a dúvida sobre ser ou não possível a atribuição, aos precedentes judiciais, de eficácia vinculante, em que o fundamento precípua para se negar a eficácia vinculante às decisões do Supremo Tribunal era a imposição de uma separação dos poderes, no sentido de que não incumbia ao tribunal ser também legislador (CÂMARA, 2018).

Sendo assim, o que se compreende é que desde as leis editadas logo após a Independência, até o Código de Processo Civil de 1973, não se exerceu propriamente o conceito de precedentes vinculantes, e sim, o conceito que se adotou para “fonte do Direito”, foi o de jurisprudência (CÂMARA, 2018).

O Código de Processo Civil de 1939 trazia o conceito de jurisprudência (e jurisprudência uniforme), no sentido de uma série de decisões judiciais em um mesmo seguimento, em uma mesma sequência (CÂMARA, 2018). Fato este que está “bastante próximo do que se encontra, por exemplo, no § 3º do art. 927 do CPC/2015 (que fala em “jurisprudência dominante”) ou no § 4º do mesmo artigo de lei (que emprega a expressão “jurisprudência pacificada”).” (CÂMARA, 2018, p. 120).

Conforme supramencionado, esses conceitos não são novos no ordenamento jurídico brasileiro e, há de se ressaltar, que o Código de Processo Civil de 2015 aduz tanto a jurisprudência como a precedentes (CÂMARA, 2018).

Assim sendo que, Daniel Mitidiero, trouxe que o legislador procurou ressignificar os conceitos de jurisprudência e súmulas, além de incluir o de precedentes no CPC/2015 (MITIDIERO, 2015). Dessa forma ele aduz que:

Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. As súmulas podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça – e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes (MITIDIERO, 2015, p. 4)

O CPC/2015 traz, para determinados casos, outro sentido ao termo de jurisprudência, por exemplo, que:

[...] ao emprestar força vinculante aos julgamentos de casos repetitivos e àqueles tomado em incidente de assunção de competência (art. 927, III) no âmbito das Cortes de Justiça e dispensar a múltipla reiteração de julgamentos como requisito para sua configuração, na medida em que basta um único julgamento mediante incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, o direito brasileiro rompe em grande parte com a caracterização tradicional da jurisprudência (MITIDIERO, 2015, p. 4).

O mesmo ocorre com as súmulas, onde agora não é um método de trabalho para facilitar a tarefa dos juízes, sendo algo meramente abstrato:

Ao reconhecer as súmulas como guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral (art. 927, II e IV), previu-se o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações (art. 926, § 2.º) (MITIDIERO, 2015, p. 4).

Em suma, o que a doutrina demonstra sobre jurisprudência, é que integraria as “fontes do Direito”, e sendo entendida como um “conjunto de decisões, proferidas pelos tribunais, a respeito de uma determinada matéria, de forma uniforme, constante e coerente” (CÂMARA, 2018, p. 125).

Além dessa ressignificação de súmula e jurisprudência, o CPC/2015 implantou o conceito de precedentes, em que os precedentes não seriam equivalentes às decisões judiciais, ou seja:

[...] o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões (MITIDIERO, 2015, p. 4).

Porém, Mitidiero ressalta que o novo Código imagina que “os precedentes são oriundos apenas de súmulas (art. 927, II e IV), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III) e orientações de plenário ou órgão especial (art. 927, I e V)” (MITIDIERO, 2015, p. 4-5). E aduz que “Os precedentes, porém, não são exclusivamente formais e quantitativos – inclusive muitas vezes sequer são quantitativos. São também materiais e qualitativos.” (MITIDIERO, 2015, p. 5).

Algo que Michele Taruffo também confirma, em que há de se falar na distinção quantitativa nos conceitos de precedente e jurisprudência, onde precedente seria uma só decisão, relativa a um caso particular, ao passo que a jurisprudência se remete a uma pluralidade de decisões relativas a vários e diversos casos concretos (TARUFFO, 2011). Há, também, uma distinção de caráter qualitativa entre ambos, onde:

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já foi dito) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso (TARUFFO, 2011, p. 2).

Em contrapartida, o emprego da jurisprudência falta análise comparativa dos fatos, no entanto se verifica uma norma, que é mostrada como enunciado de caráter genérico (TARUFFO, 2011).

Para que exista um sistema de precedentes, a primeira exigência é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes (MITIDIERO, 2015); consagrando, desse modo, um dever de lealdade a quem aplica.

Por essa razão que o legislador inclui o *stare decisis vertical*, isto é, a indispensabilidade de que o Poder Judiciário seja visto como uma unidade (MITIDIERO, 2015). Em função disso que o art. 927 expõe:

[...] que “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” (MITIDIERO, 2015, p. 5)

Por isso, consoante Daniel Mitidiero:

[...] o que deve ser observado são as *rationes decidendi* que podem ser extraídas interpretativamente da justificação desses acórdãos. O art. 927 serve, porém, para mostrar que é necessário compreender a administração da Justiça Civil dentro de uma perspectiva demarcada por competências claras a respeito de quem dá a última palavra a respeito do significado do direito no nosso país, de qual é a eficácia que se espera desses julgados e de qual é o comportamento que se espera para que o processo civil possa promover de maneira adequada, efetiva e tempestiva a tutela dos direitos (MITIDIERO, 2015, p. 6).

O termo jurisprudência está presente várias vezes no Código de Processo Civil de 2015, mas no que tange o foco deste artigo, o termo aparece nos artigos 489, § 1º, VI (como súmula da jurisprudência) e 927, §§ 3º (como jurisprudência dominante) e 4º (sobre jurisprudência pacificada) (CÂMARA, 2018).

Já o termo precedente, mantendo o cerne da pesquisa, está presente, no mesmo código, nos artigos 489, § 1º, V e VI - ideia precípua que iremos analisar - e 927, § 5º (CÂMARA, 2018).

Sendo assim, com base nesses artigos supramencionados, que iremos trabalhar os padrões decisórios.

Nem toda decisão judicial é um precedente e nem tudo exposto na justificativa tem força vinculante (MITIDIERO, 2015); por isso, conforme Nelson Ney Junior e Rosa Maria de A. Ney, “A exigência legal é de que haja menção a precedente ou enunciado de súmula de tribunal (vinculante ou simples), seguida da análise dos fatos e do direito da causa, que se amoldariam àquele enunciado ou precedente” (JUNIOR e NEY, 2015, p. 1225). Em outras palavras, a fundamentação tem que estar conectada com o caso particular, pois a *ratio decidendi* diz respeito à unidade do direito (MITIDIERO, 2015).

Então, “A *ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz.” (MITIDIERO, 2015, p. 6). E o que não for aproveitado da justificativa para a formação de um precedente, é qualificado como *obiter dictum*, que “é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução.” (MITIDIERO, 2015, p. 6.).

À vista disso, que “o art. 489, § 1.º, determina que os juízes, desembargadores e ministros decidam, ao aplicarem precedentes, observando o direito ao contraditório e o dever de fundamentação analítica.” (MITIDIERO, 2015, p. 7).

Ainda quanto a doutrina brasileira e os precedentes, reforça-se a ideia de que não se pode pensar na aplicação de precedentes por uma mera reprodução de “recorta e cola”, pois os padrões decisórios são princípios argumentativos, logo, há que se justificar sua aplicação (CÂMARA, 2018). Não obstante,

O art. 489, § 1º, V, do CPC/2015, aliás, o exige expressamente ao estabelecer que não estará fundamentada a decisão que se limite a invocar um padrão decisório sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta (CÂMARA, 2018, p. 126)

Sobretudo, “os padrões decisórios resultam da aplicação, a outros casos concretos, do próprio ordenamento jurídico, e servem de base para a compreensão do modo como esse ordenamento é compreendido, interpretado e aplicado” (CÂMARA, 2018, p. 128).

Como já fora dito neste artigo, todo precedente é uma decisão judicial, entretanto, nem todo precedente é vinculante, podendo se admitir precedentes persuasivos (meramente argumentativos), em que nesse discernimento entre precedentes vinculantes e persuasivos – leia-se, não vinculantes -, se dá pelo modo como são criados e formados, onde para ser vinculante se requer a participação objetiva e subjetiva, conforme se aprofundará neste capítulo 3, item 3.2 do artigo (CÂMARA, 2018).

A doutrina brasileira foca em 2 pontos no que diz respeito aos precedentes, que seria a sua formação e o modo como é aplicado, ou seja, as técnicas de distinção entre o precedente e o novo caso sob julgamento, conhecida como *distinguishing*, assim como as técnicas de superação, chamada de *overruling* (CÂMARA, 2018).

Leia-se, de outra forma, que o CPC/2015 alude sobre a possibilidade de alteração ou modificação de precedentes (art. 927, §§ 3.º e 4.º) (MITIDIERO, 2015); temas estes que serão vistos ao longo do artigo.

3.2 A FORMAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES

Preliminarmente, o sistema de padrões decisórios hodierno do Direito brasileiro exige o contraditório, conforme visto supra (capítulo 2, item 2), ou seja, ser pautado no neoconstitucionalismo (CÂMARA, 2018). Cabe, portanto, reconhecer a comparência de dois momentos: A formação do padrão decisório e sua aplicação a casos posteriores, sempre a partir de um contraditório dinâmico e efetivo, haja vista que é uma imposição constitucional um processo democrático para formação de precedentes (CÂMARA, 2018).

No sistema do CPC de 2015 os precedentes são formados por meio de procedimentos dinâmicos, por conseguinte, sublimemente compatível com a Constituição da República (CÂMARA, 2018). É fulcral que a formação, não só do precedente, como também dos enunciados de súmulas, se de por meio do disposto no art. 7º (efetivo contraditório) e 10º (a proibição de prolação de decisão-surpresa) do CPC (CÂMARA, 2018).

Sendo assim, conforme Pablo Freire Romão e Eduardo Régis Girão de Castro Pinto, os precedentes não são aplicáveis de forma automática, haja vista nosso sistema ter fundamento no *stare decisis*, logo, exige-se “uma relação dinâmica, de construção do direito, não estática, evitando-se compreender os provimentos judiciais como um dado do passado a que se deva repetir roboticamente” (ROMÃO e PINTO, 2015, p. 25).

Consoante Alexandre Freitas Câmara:

[...] a formação dos padrões decisórios vinculantes observa uma participação subjetivamente ampliada que a qualifica. E a legitimidade democrática e constitucional de tais padrões decisórios exige, também, uma forma qualificada de deliberação por parte dos órgãos jurisdicionais (CÂMARA, 2018, p. 176).

Destarte, há uma clara diferenciação entre padrões decisórios vinculantes e persuasivos (argumentativos), vide o art. 927 do CPC/2015, que teria eficácia vinculante “aos acórdãos proferidos no julgamento do incidente de assunção de competência, no incidente de resolução de demandas repetitivas e na apreciação de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 927, III)” (CÂMARA, 2018, p. 175); assim como os incisos I e II do art. 927, leia-se, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante, respectivamente (CÂMARA, 2018).

E, em compensação:

[...] os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV) e a orientação do plenário ou do órgão especial (art. 927, V) devem ser vistos como dotados de eficácia meramente persuasiva (CÂMARA, 2018, p. 175-176).

Ressalta-se que esses 5 incisos supra serão aprofundados mais à frente.

“Todo precedente é uma decisão judicial” (CÂMARA, 2018, p. 177); dessa maneira, além de sua formação dever estar sempre ligada ao contraditório, acaba que com essa eficácia vinculante nos padrões decisórios, ocorre a vinculação destes para

todas as pessoas, inclusive para as que não foram partes no processo (CÂMARA, 2018).

Para um padrão decisório ter eficácia vinculante, a sua formação tem que estar pautada em uma maior amplitude do contraditório, isto é, abrir um espaço para a sociedade influir na construção da decisão, utilizando procedimentos tais quais a participação de *amici curiae* e audiências públicas, garantindo-se ao final a comparticipação qualificada e dando legitimidade constitucional aos padrões decisórios vinculantes (CÂMARA, 2018).

Basicamente, os padrões decisórios só serão dotados de eficácia vinculante pois o *amicus curiae* e a audiência pública darão a democracia na sua formação, alcançando assim quem não participou do procedimento na sua produção e, por conseguinte, observando o Estado Democrático de Direito totalmente relacionado com o dever de lealdade processual (CÂMARA, 2018).

Dessa forma que, Carlos Gustavos Rodrigues Del Prá, aduz que estes 2 procedimentos atendem à mesma função, pois “Ambos são mecanismos de abertura procedimental por meio da autorização da participação de terceiros, não vinculados às partes, mediante iniciativa própria ou mediante requisição judicial” (PRÁ, 2013, p. 3).

Quanto ao *amicus curiae*, Diego Santiago y Caldo, aduz que para a formação de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante:

Busca-se por meio desse terceiro, assim, uma maior legitimação da decisão judicial, pois seus fundamentos serão enriquecidos com argumentos técnicos e científicos de diferentes áreas de conhecimento, que complementarão o que foi dito pelas partes (CALDO, 2018, p. 2).

Substancialmente, “a intervenção do *amicus curiae* representa um potente mecanismo de democratização do processo, mediante ampla participação pública na construção da sentença” (CALDO, 2018, p. 2).

E isso concretiza a representação do novo modelo constitucional brasileiro, com a ampliação do contraditório, pois “o novo contraditório pressupõe amplificar a participação da sociedade na formação dos provimentos jurisdicionais, consolidando a aspiração democrática do processo” (CALDO, 2018, p. 8).

O sentido de colocar essa democracia como requisito para a construção de padrões decisórios vinculantes, é que ela vincularia a todos pela razão de decidir do padrão decisório, pela *ratio decidendi*, e não pela coisa julgada, e diante disso, se poderia ter uma aplicação do que fora decidido nesta decisão judicial para as pessoas que não participaram da formação dela, tudo devido esta influência da sociedade na sua construção (CÂMARA, 2018).

A previsão destes 2 procedimentos para a decisão ser vinculante provém da “necessidade de assegurar a todos os grupos sociais que podem vir a ser afetados pela eficácia vinculante do padrão decisório um espaço garantidor de participação com influência na formação daquela decisão judicial” (CÂMARA, 2018, p. 187).

A lacuna que entrou o *amicus curiae* e a audiência pública é, inclusive, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que proferiu uma decisão, pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, na ADIn 2.316/DF, onde ele reconhece sobre esses atores que “Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos

do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição” (BRASIL, 2010).

Além disso, “a ampliação subjetiva da participação que resulta do princípio do contraditório é, pois, essencial para a validade democrática – e, pois, constitucional – daqueles padrões” (CÂMARA, 2018, p. 187)

Não obstante, no que diz respeito a audiência pública, também para se garantir a ampliação do contraditório efetivo, Antônio do Passo Cabral aduz ser uma “reunião aberta em que a autoridade responsável colhe da comunidade envolvida suas impressões e demandas a respeito de um tema que será objeto de uma decisão [...]” (CABRAL, 2007, p. 6).

Dessa forma, impõe-se uma:

[...] ampla publicidade prévia à realização da audiência para que seja permitida a maior participação possível e para que todos compareçam cientes do tema objeto do debate e preparados, a partir de uma pré-compreensão e reflexão detida, para prestar sua contribuição à discussão. Não pode haver comunicação irregular ou insuficiente à coletividade, sendo certo que uma antecedência minimamente razoável deve ser exigida em respeito ao direito de informação (CABRAL, 2007, p. 8-9).

Mas vale ressaltar o que já fora dito neste artigo no contraditório e no *amicus curiae*, onde não basta apenas cumprir os requisitos sendo uma mera formalidade, e sim o conteúdo trazido na audiência pública tem que ser levado a sério (CÂMARA, 2018).

À vista disso, Alexandre Freitas Câmara expõe que:

Permite, então, a audiência pública a manifestação de qualquer do povo [...] acerca da matéria que se discute no processo, o que viabiliza – no caso dos processos de formação de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante – que se leve ao órgão jurisdicional o conhecimento acerca dos interesses da coletividade que podem, de algum modo, influenciar a decisão. Evidentemente, o órgão jurisdicional não terá de decidir conforme a vontade manifestada pelos participantes da audiência pública (ou pela maioria deles) (CÂMARA, 2018, p. 193).

E para a real concretização e consumação desses dois procedimentos vistos, cabe “que a participação de *amici curiae* e a realização de audiências públicas funcionem também como mecanismo destinado a combater a sub-representação dos litigantes vulneráveis ou daqueles grupos não organizados” (CÂMARA, 2018, p. 193).

É por conta disso que os tribunais admitem a participação, para justamente dar voz aos que não conseguiriam se fazer ouvir no processo, mas a verdade é que na prática tem sido diferente (CÂMARA, 2018). Não haverá a amplitude do contraditório se tiver uma audiência pública meramente formal e o conteúdo trazido pelos participantes da audiência não forem levados a sério na construção da decisão judicial (CÂMARA, 2018).

Destarte, em toda formação de padrão decisório vinculante há:

[...] a ampliação subjetiva do contraditório proporcionada pela intervenção de *amici curiae* e pela realização de audiências públicas assegura não só uma maior qualidade da aplicação do direito, mas

amplia a legitimidade constitucional de tais decisões, permitindo que produzam efeitos capazes de alcançar inclusive aqueles que não tenham participado do processo de sua formação (CÂMARA, 2018, p. 195).

Isto posto, consoante já dito neste artigo, do inciso I ao III do art. 927, há a previsão expressa da oportunidade de *amici curiae* e da realização de audiência públicas e, portanto, da atribuição de eficácia vinculante quanto a essas decisões (CÂMARA, 2018).

Além de se observar um processo participativo para essa formação do padrão decisório, tem também a necessidade de uma deliberação qualificada pelo órgão colegiado que emanará a decisão de um padrão decisório (CÂMARA, 2018).

Há de se estabelecer uma distinção quanto padrões decisórios vinculantes e meramente argumentativos:

[...] só terão eficácia vinculante as decisões formadas em procedimentos em que existam, expressamente, previsões normativas destinadas a regulamentar a participação de *amici curiae*, a realização de audiências públicas e a participação de outros interessados para conferir legitimidade constitucional à previsão expressa da eficácia vinculante das decisões ali proferidas (CÂMARA, 2018, p. 197).

Assim sendo, os padrões decisórios vinculantes se legitimam pela participação qualificada tanto objetiva - deliberação qualificada - quanto subjetiva - ampliação do contraditório por *amici curiae* e audiência pública -, além da observância do previsto na lei (CÂMARA, 2018).

3.3 O CARÁTER VINCULANTE DAS DECISÕES PREVISTAS NO ART. 927 DO CPC

Os elementos vinculantes dos precedentes são os fundamentos determinantes ou a *rationes decidendi*, ou seja, para se ter eficácia vinculante se olha para a fundamentação do pronunciamento judicial, e não para o dispositivo (CÂMARA, 2018).

À vista disso, ao abordar a fundamentação analítica das decisões judiciais, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece que:

[...] não se considera fundamentado o pronunciamento que se limita a invocar algum padrão decisório “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, § 1º, V) (CÂMARA, 2018, p. 263).

Na doutrina estrangeira há divergências quanto aos fundamentos determinantes, como por exemplo de Eugene Wambaugh, em que (1894 *apud* CÂMARA, 2018, p. 263-264):

Ainda pela experiência, até o iniciante pode determinar se é possível a uma dada proposição jurídica ser envolvida em um caso dado. Com o fim de fazer o teste, deixe-o primeiro enquadrar cuidadosamente a suposta proposição jurídica. Deixe-o então inserir na proposição uma palavra invertendo seu significado. Deixe-o então perguntar se, caso a corte tivesse admitido esta nova proposição como

boa, e a tivesse em mente, a decisão teria sido a mesma. Se a resposta for afirmativa, então, ainda que a proposição original pudesse ser excelente, o caso não é um precedente para aquela proposição, mas se a resposta é negativa o caso é um precedente para a proposição original e possivelmente para outras proposições também.

Não obstante, apesar da dificuldade de definição de como se proferir o fundamento determinante e, com base no art. 489, § 1º, V do Código de Processo Civil de 2015 que menciona essa expressão, Alexandre Freitas Câmara conceitua:

[...] os fundamentos determinantes dos padrões decisórios dotados de eficácia vinculante, é preciso ter em conta, em primeiro lugar, que apenas pronunciamentos oriundos de órgãos colegiados podem ter tal eficácia obrigatória. Em razão disso, deve-se considerar que o fundamento determinante de um padrão decisório é aquele que tenha sido acolhido, expressa ou implicitamente, pelo menos na maioria dos votos formadores do acórdão (CÂMARA, 2018, p. 268).

Consoante Carlos José Cordeiro, o fundamento das decisões judiciais “são responsáveis pela consecução dos ideais de institucionalização da democracia, haja vista que a sociedade é marcada por intensas desigualdades sociais” (CORDEIRO e GOMES, 2016, p. 7). Inclusive, a motivação das decisões judiciais, constituem precedentes para as próximas decisões, constituindo uma lógica jurídica para as futuras decisões - evolução da ciência jurídica -, contudo, tendo situações distintas terá que justificar (CORDEIRO e GOMES, 2016).

Isto posto, há que se ter um verdadeiro diálogo entre os integrantes do um órgão colegiado, para que tenham, no julgamento colegiado, o enfrentamento individualizado de cada fundamentação dos votos, não sendo verdadeiramente um precedente (vinculante ou persuasivo) as situações que, após o voto do relator, cada participante do colegiado passe a dar um voto com fundamentos distintos e conclusões idênticas (CÂMARA, 2018).

Dessarte, a decisão judicial só terá caráter vinculante quando o fundamento contido em um acórdão for acolhido por um número de votos suficientes para formar a maioria (CÂMARA, 2018). É o fundamento determinante do padrão decisório que é fulcral a ser examinado para quando um padrão decisório for aplicado (CÂMARA, 2018).

Em vista disso, a formação de padrões decisórios com caráter vinculante depende não só ao contraditório subjetivamente ampliado – *amici curiae* e audiências públicas -, como também de uma colegialidade participativa para ter a eficaz deliberação dos tribunais acerca da *rationes decidendi* do padrão decisório, haja vista que há padrões decisórios meramente argumentativos, ou seja, sem esses requisitos (CÂMARA, 2018).

Cabe frisar que, ainda nos casos que o magistrado utilizar julgado anterior semelhante ou quando o órgão superior (*ad quem*) simplesmente se reporta para a decisão do órgão inferior (*ad quo*), continua o dever de motivação expressa, em que “deve o magistrado demonstrar que os motivos mencionados nos julgados citados na decisão são coerentes ao caso ora analisado, fundamentando, assim, sua decisão (art. 489, § 1.º, V, do Novo CPC)” (CORDEIRO e GOMES, 2016, p. 9).

Ressalta-se, sobre os padrões decisórios não vinculantes, por exemplo, os enunciados de súmula (não vinculante) do STF e do STJ do inciso IV do artigo 927 do

CPC/2015, assim como as orientações do plenário ou órgão especial dos tribunais no art. 927 inciso V, onde na sua formação não há exigência de participação de *amici curiae* ou realização de audiências públicas, muito menos a ampliação do contraditório, sendo, pelo fato desses regimes próprios de construção, padrão decisório persuasivo (sem caráter vinculante) (CÂMARA, 2018). Avista-se, quanto aos padrões persuasivos, que “não se trata aqui de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*), mas de um afastamento do entendimento fixado como fundamento determinante do padrão decisório” (CÂMARA, 2018, p. 277).

Caso tenha um padrão decisório persuasivo, cabe ao órgão jurisdicional demonstrar que o fundamento determinante está apoiado de um argumento não examinado no momento da definição do padrão decisório, logo, imperiosamente dialogando “afaste-se dos fundamentos determinantes daquele padrão decisório e decida de modo diverso” (CÂMARA, 2018, p. 278); entretanto, para afastar um padrão decisório de caráter vinculante, só será legítimo se restar comprovado, pelo órgão jurisdicional vinculado, que os casos são diferentes (distinção), ou que o próprio tribunal não aplica mais (superação) - cerne da pesquisa que trataremos à seguir (CÂMARA, 2018).

4. LIMITES À MODIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES DECORRENTES DO DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL

Neste tópico veremos o núcleo da pesquisa, pesquisando os limites à modificação dos padrões decisórios nos casos em que não se tem como aplicar certo precedente, tendo-se que realizar as técnicas de distinção ou a superação - seja ela total, seja mediante transformação ou reescrita -, observando-se a proteção à confiança das partes pela sinalização da Corte ou a superação do precedente apenas para frente.

4.1 MODALIDADES DE ALTERAÇÃO DOS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES E SUA APLICAÇÃO A CASOS CONCRETOS

Preliminarmente, no que diz respeito a aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do contraditório, impõe-se dizer que ela não é automática, sendo fulcral não só a interpretação, mas também ajustar o resultado da interpretação desse padrão decisório às circunstâncias do novo caso sob julgamento, tendo que ter sempre um diálogo hermenêutico para a construção do resultado que virá dessa aplicação (CÂMARA 2018).

Há que se verificar, preliminarmente, se o precedente aplica-se ao caso, ou seja, se é semelhante ou até mesmo igual -, ou se não aplica, que seria o caso de realizar uma distinção a partir de uma diferenciação subjacente entre os pontos examinados pelo órgão judicial (MITIDIERO, 2015). Para manter a congruência social e coerência sistêmica, o sistema de precedentes:

[...] precisa prever técnicas para sua superação – seja total (*overruling*), seja parcial. Nessa última hipótese, a superação pode se dar mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). Para proteção da confiança depositada no precedente e da igualdade de todos perante a ordem jurídica, a superação do precedente normalmente é sinalizada (*signaling*) pela Corte e, em outras, a

eficácia da superação do precedente só se realiza para o futuro (prospective overruling – como prevê expressamente o art. 927, § 3.º) (MITIDIERO, 2015, p. 7-8).

Desta forma que a superação do precedente “poderá ser “precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (art. 927, § 2.º)” (MITIDIERO, 2015, p. 8). E então, “a superação observará a necessidade de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (art. 927, § 4.º)” (MITIDIERO, 2015, p. 8).

Em outros termos, sobrevém o modo de como o órgão jurisdicional deve examinar, ou seja, se é caso de aplicar ou não, modo este que se dá pelo fenômeno da distinção, onde:

Daí resulta a importância de, diante de um caso concreto ao qual podem ser aplicados os fundamentos determinantes de um padrão decisório anteriormente estabelecido, o juiz ou o tribunal verificar se as circunstâncias que levaram à formação daquele padrão decisório estão ou não presentes neste novo processo. Caso não estejam, torna-se imperioso estabelecer-se a distinção entre os casos e, a partir daí, negar aplicação ao precedente (ou enunciado de súmula) (CÂMARA, 2018, p. 283).

Preliminarmente, quanto a distinção (*distinguishing*), conforme a utilização de um precedente, é preciso saber se ele é realmente aplicável para a solução de uma questão, tendo um raciocínio eminentemente analógico, pois se a questão não for idêntica ou semelhante, e sim conter particularidades fático-jurídicas não presentes no precedente, é caso de distinguir o caso do precedente, realizando uma distinção (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

Como ensina Câmara, a distinção é um meio de respeitar - por meio do diálogo - os fundamentos determinantes que devem incidir, para se chegar, ao fim, em uma integridade e coerência sistêmica (CÂMARA, 2018).

Ainda, no que se refere a aplicação a casos concretos, o CPC/2015, ao discorrer sobre a exigência de fundamentação analítica dos pronunciamentos judiciais, estabelece que não se pode considerar fundamentada a decisão judicial sempre que “o pronunciamento “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” (art. 489, § 1º, VI)” (CÂMARA, 2018, p. 286).

Consoante Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira Junior, ocorrendo o disposto no art. 489, § 1º, VI do CPC/2015, a decisão judicial não fundamentada será considerada nula (JOBIM e JUNIOR, 2021). A razão de ser dessas duas técnicas processuais é pelo fato de a vida e a sociedade serem dinâmicas e, da mesma forma, a construção do direito também será, não tendo como se trabalhar com direito estático (JOBIM E JUNIOR, 2021).

A título inicial, ressalta-se a conexão da *ratio decidendi* para a realização da *distinguishin* nos precedentes:

Ora, partindo do pressuposto que a *ratio decidendi* são as razões determinantes, ou seja, aqueles fundamentos que, extraídos do caso julgado, terão a possibilidade de ser aplicado, como norma de decisão,

no caso futuro, deve ser afirmado nesse momento que, quando se está a falar de precedentes no direito brasileiro, são as razões determinantes do *leading case* que devem ser fundamentais para a vinculação do caso futuro (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 71).

A distinção, anunciada no art. 489, § 1º, VI do CPC/2015, está “vinculada a técnica à normatividade fundamental do Processo Civil pela leitura do art. 11” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 76). Essa técnica, oriunda da tradição jurídica de *Common Law*, não pode ser realizada de forma prática, apenas analisando as diferenças de um caso para outro, por um mero minimalismo (JOBIM e JUNIOR, 2021).

Basicamente, a palavra distinção deste inciso, significa diferenciação, ou seja “trata-se de uma técnica que permite ao julgador realizar juízo para diferenciar um caso concreto de outros que geraram um enunciado de súmula, ou uma jurisprudência ou, ainda, um precedente” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 77). Caso o juiz tenha que se manifestar quanto a aplicação de um precedente pedido pela parte, e tenha que deixar de seguir, terá de realizar a distinção ou superação do entendimento do precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula solicitado pela parte e o caso em concreto (JOBIM e JUNIOR, 2021).

Um dos casos mais famosos de utilização da técnica da distinção pelo sistema Judiciário estadunidense é o estudo do precedente *Escola vs. Coca Cola Bottling Co.*, em que não se foi aceito a aplicação do precedente *Gerber vs. Faber* e, por conseguinte, fora utilizado a *distinguish* (JOBIM, 2014). O caso foi decidido na Suprema Corte da Califórnia e, basicamente, houve uma explosão de uma garrafa de Coca-Cola (ré) em cima da garçonete Gladys Escola (autora), causando sérios danos (JOBIM, 2014). Em suma, após ter sido condenada pelos jurados, a parte ré tentou se isentar da responsabilidade aplicando um precedente (caso *Gerber vs. Farber*), onde Geistfeld (2003 *apud* JOBIM, 2014) aduz que no caso *Gerber vs. Farber* as circunstâncias fáticas foram diferentes, haja vista que neste, além de ser um distribuidor diferente, os clientes tiveram contato com as garrafas antes, podendo terem sacudido antes o acidente, enquanto que no caso da Gladys Escola, a autora fora a primeira a manusear a garrafa.

Assim dizendo:

[...] apesar da matéria de fundo ser aparentemente idêntica entre os casos, qual seja, a explosão de uma garrafa de Coca-Cola e as consequências advindas deste fato, o modo como distribuídas as garrafas foi o diferencial para que houvesse a aplicação da técnica da *distinguish*, o que demonstra a importância da análise fática quando se está ou não para se aplicar um precedente a um novo caso em julgamento (JOBIM, 2014, p. 7)

Como visto até então, o contraditório deve observar a formação do padrão decisório dotado de eficácia vinculante, mas não só isso, deve observar também quando da aplicação desses padrões decisórios, pois é na fundamentação da decisão judicial que se faz a distinção entre o precedente já feito e o novo caso que está sendo analisado (CÂMARA, 2018); dessa forma, é essencial que, consoante art. 10 do CPC (item 2.2.3, capítulo 2 deste artigo), se submeta às partes a questão referente ao padrão decisório ser aplicável ou não em determinado caso concreto, pois se não houver diálogo e colaboração, há uma decisão-surpresa (CÂMARA, 2018).

Além do mais, é inerente ao Estado Constitucional o dever de fundamentação nas decisões judiciais, consoante art. 11 caput do CPC/2015: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 173).

Disto, auferimos que “o dever de fundamentação é informado pelo direito ao contraditório como direito de influência - não por acaso direito ao contraditório e dever de fundamentação estão previstos na sequência no novo Código” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 173).

Basicamente, “o art. 489, § 1º, do CPC/2015, em seus incisos V e VI, prevê a exigência de que o juízo justifique, na fundamentação da decisão, a razão de ter aplicado (ou de ter se afastado do) precedente” (CÂMARA, 2018, p. 288); assim sendo, é mister a fidelidade do contraditório prévio na execução de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante (CÂMARA, 2018).

A posteriori, há a superação do precedente, onde nada mais lógico que essa técnica para evitar a rigidez do direito, não o deixando enclausurado (JOBIM e JUNIOR, 2021). Por certo, a regra é a vinculação do precedente, haja vista que a aplicação de um precedente preserva a confiança das pessoas e a continuidade do entendimento jurídico, todavia, o direito não pode ser engessado, bastando pensar, por exemplo, sobre a jurisprudência do século passado quanto as relações de gênero de família, as quais não se encontram mais hodiernamente (JOBIM e JUNIOR, 2021).

Em outras palavras, a superação é designada para garantir a evolução do ordenamento jurídico, não podendo um padrão decisório ser simplesmente superado porque querem (CÂMARA, 2018). Esta técnica, consoante Alexandre Freitas Câmara, apresenta-se “no Código de Processo Civil de 2015 (art. 489, § 1º, VI), e os §§ 2º a 4º do art. 927 fazem alusão explícita à possibilidade de os tribunais de superposição virem a modificar entendimentos estabelecidos em julgamento de casos repetitivos” (CÂMARA, 2018, p. 295).

A superação do precedente ocorre quando o juiz, ligado aos fundamentos determinantes, observa “a possibilidade do seu afastamento por conta de a uma defasagem (i), falta de vigor frente à experiência (ii), sua incorreção coetânea (iii) ou inconsistência atual (iv)” (JOBIM e JUNIOR, p. 123).

Tendo em vista a congruência social e a coerência sistêmica, o sistema de precedentes augura técnicas para sua superação – seja total (*overruling*) ou parcial, mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*) – (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

Assim sendo, já tendo visto a técnica da distinção, há técnicas de superação do padrão decisório, como a superação total (*overruling*) – sempre pautada no contraditório – que veremos a seguir (CÂMARA, 2018).

“A superação dos precedentes dinamiza o sistema jurídico” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 101). Se um caso sub judice anuncia razão suficiente para superação (revogação) de um precedente, é necessário superar este precedente (*overruling*), afastando sua aplicação (JOBIM e JUNIOR, 2021).

Por conseguinte, ao desaplicar o precedente, há que se justificar:

Primus, uma perspectiva de encaixe, que passa pela consideração de que o precedente se aplicaria ao caso, ou seja, que o caso estaria no alcance de sua incidência (em sua zona de influência - *holding*). *Secundus*, que existe uma razão suficiente a sua não

aplicação, seu afastamento, sua superação, por defeitos próprios a sua formação (endógenos) ou por circunstâncias supervenientes (exógenas) (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 99).

Basicamente, se for verificado que existe um precedente para aquele caso, mas a solução jurídica não está mais adequada à temática, seja pelo vício ou equívoco do precedente que outrora se aplicava, ele não será mais aplicado devido ao mecanismo do *overruling*, que significa a superação do precedente (JOBIM e JUNIOR, 2021). Melhor dizendo, “A técnica do *overruling* permite a justificação da necessidade de uma nova norma jurídica, a despeito da existência de outra pretérita que está sendo superada” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 100).

Conforme Câmara, os precedentes configurados no exercício do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF podem ser superados, forte o § 2º do art. 102 da Constituição da República, que “estabelece que as decisões de mérito proferidas pelo STF em ADI ou ADC produzem “efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário”.” (CÂMARA, 2018, p. 295).

Do mesmo modo, quanto os enunciados de súmula vinculante, a superação é possível, vide “art. 103-A da Constituição da República, que previu originariamente a edição de enunciados de súmula vinculante, expressamente estabelece a possibilidade de que tais enunciados venham a ser revistos ou cancelados” (CÂMARA, 2018, p. 302).

Não obstante, cabe examinar também a superação dos padrões decisórios por incidente de assunção de competência e julgamento de casos repetitivos (CÂMARA, 2018). Quanto ao incidente de assunção de competência, indica o “§ 3º do art. 947 que “[o] acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.” (CÂMARA, 2018, p. 302-303); portanto, há a possibilidade de superação dos precedentes, todavia “desde que se observem as disposições contidas nos §§ 2º a 4º do art. 927 (que, não obstante não se refira expressamente ao incidente de assunção de competência, a ele se aplica).” (CÂMARA, 2018, p. 303). Relaciona-se, este procedimento, com a fulcral observância do contraditório efetivo do art. 7º, CPC/2015, requisito responsável para haver um procedimento participativo de superação de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante, logo, é mister sua divulgação, a fim de propiciar *amici curiae* e realização de audiências públicas (CÂMARA, 2018).

Outrossim, “os precedentes estabelecidos por meio do incidente de resolução de demandas repetitivos são superáveis por procedimentos participativos.” (CÂMARA, 2018, p. 305); com fulcro no inciso II do art. 985 do CPC/2015 que se isto se afirma, tendo em vista que “a tese jurídica fixada no acórdão “será aplicada [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” (CÂMARA, 2018, p. 305). Cabe ressaltar, devido o foco deste artigo - a imposição de limites à modificação do conteúdo de padrões decisórios -, bem como deste tópico, que o procedimento de revisão do precedente:

[...] terá de desenvolver-se de forma participativa, com uma abertura procedimental que viabilize a participação de *amici curiae* ou outros interessados, além da possibilidade de realização de audiências públicas (CÂMARA, 2018, p. 306).

À vista disso, constata-se “a exigência de uma comparticipação qualificada por sua ampliação subjetiva para legitimar a superação do precedente.” (CÂMARA, 2018, p. 308).

Sendo assim, Daniel Mitidiero, Sérgio Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni aduzem:

A superação de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 1005).

Finalmente, “o precedente sofre aqui de uma ausência de integridade superveniente, na medida em que não se encaixa mais no padrão decisório estabelecido pelo tribunal” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 111).

Consoante o art. 927, §2º, CPC, “a superação poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 1005); destaque-se, sobretudo, que “em qualquer caso, a superação observará a necessidade de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, §4º, CPC)” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 1005).

No que concerne a superação parcial, “para patrocinar em parte a sua alteração (*overtuning*) alça-se mão das figuras da transformação (*transformation*) e da reescrita (*overriding*)” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 1006).

De modo amplo sobre o tema, Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte de Oliveira Junior aduzem que “a revogação parcial é fundada na necessidade de compatibilizar o precedente com alguma situação estabelecida posteriormente, permitindo a desvinculação do caso em julgamento” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 115).

Assim sendo, a reescrita - *overriding* - “atua sobre o precedente para diminuir seu campo de incidência” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 136). Não é efetivamente uma revogação parcial, pois a inaplicabilidade do paradigma é só para determinado caso, não se cogitando em uma invalidação do precedente (JOBIM e JUNIOR, 2021).

Já a transformação o tribunal busca “a compatibilização entre o precedente reconfigurado (transformado) em seu conteúdo com o anteriormente emanado” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 138). O tribunal aplica o precedente, mas na motivação altera o conteúdo dele, visando conseguir aplicar no caso atual, ou seja, revoga seu sentido e alcance anterior pelo fato de o conteúdo não ser compatível (JOBIM e JUNIOR, 2021).

Resumidamente, transformação serve para alterar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível, reconfigurando parcialmente o precedente sem admitir o equívoco, sendo quase uma revogação total, tendo apenas como diferença de que com ele a Corte não anuncia expressamente sua revogação, e de outro lado, a reescrita funciona como redefinição do âmbito de aplicação, tendo, de fato, a alteração parcial do precedente, pois algo que não fora considerado no precedente anterior é sopesado, e aí o seu alcance é comprimido (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017).

E, em relação a superação para frente do precedente, evidencia-se que a mudança não pode ocasionar um tratamento não isonômico entre as pessoas que se encontram temporalmente em situações idênticas ou semelhantes, demonstrando a necessidade de proteção da confiança (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). Em observância a segurança jurídica, é importante que a alteração do precedente seja sinalizada pela Corte responsável, pois estaria manifestando sua preocupação com a justiça da solução nele expressa, assim como, outra maneira estaria em permitir a eficácia da alteração do precedente somente para o futuro (*prospective overruling*), chegando à máxima ideia de evitar a traição da confiança legítima do jurisdicionado (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). É por essa razão que o art. 927 §3º, CPC, permite a superação apenas para frente do precedente, aludindo o interesse social para essa possibilidade (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017). Assim sendo:

Com a superação para frente do precedente, todas as ações ajuizadas com base no precedente – até a data da sua alteração – devem continuar sendo julgadas pelo precedente superado, porque do contrário há irretroatividade normativa e ofensa à segurança jurídica (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 1006).

Se perfaz, também, mais 2 tipos de superação: a superação tácita - que não é admitida no ordenamento jurídico brasileira, logo, não será aprofundada - e a superação antecipada, que veremos a seguir (CÂMARA, 2018).

A superação antecipada - *anticipatory overruling* -, segundo Jobim e Junior, é quando o tribunal que proferiu o precedente começa a deixar de segui-lo (dando indícios de superação) e, por isso, o juiz e o tribunal vinculados podem anunciar sua superação por antecipação, abrindo diálogo sobre o precedente fixado (JOBIM e JUNIOR, 2021). É preciso considerar que ela é possível no ordenamento processual brasileiro devido o:

[...] disposto no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, que considera não fundamentada a decisão que “[deixa] 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” (CÂMARA, 2018, p. 330).

É possível pelo fato de haver uma expressa autorização legal para que se afaste um padrão decisório estabelecido demonstrando estar ele superado e, ressaltando-se, ser imprescindível a superação antecipada estar compatível com o modelo constitucional de processo brasileiro (CÂMARA, 2018).

Contudo, essa decisão da superação antecipada de um padrão decisório vinculante, não poderá ser reputada como decisão dotada de eficácia vinculante e, por conseguinte, só poderá ser invocada como padrão decisório dotado de eficácia persuasiva.

Em suma:

[...] a prolação de uma decisão que, em certo caso concreto, se afaste de um padrão decisório vinculante ao fundamento de que há elementos que justificam sua superação antecipada é possível (art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015), mas isto não implica a revogação daquele padrão decisório vinculante, o qual só se tornará verdadeiramente

ineficaz se for revogado (rectius, superado) pelo próprio tribunal que o tenha proferido (CÂMARA, 2018, p. 337).

4.2 O DEVER DE LEALDADE E O RESPEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO - PROTEÇÃO À CONFIANÇA DAS PARTES

Deste modo que Daniel Mitidiero afirma:

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, 2015, p. 8).

Uma forma de fomentar o respeito à segurança jurídica, é a Corte responsável sinalizar essa alteração de precedente, pois:

Pela sinalização, a Corte não distingue o caso nem revoga o precedente no todo ou em parte, mas manifesta sua preocupação com a justiça da solução nele expressa. Essa é uma das maneiras pelas quais se busca evitar a traição da confiança legítima do jurisdicionado nos precedentes judiciais (MITIDIERO, 2015, p. 8).

Ou seja, a “técnica da sinalização” (*technique of signaling*) “serve como uma comunicação à sociedade de que o padrão decisório então vigorante sobre determinada questão (precedente) será objeto de revisitação no futuro” (JOBIM e JUNIOR, 2021, p. 140).

Outra maneira de haver um dever de lealdade do juiz na modificação de uma decisão dotada de caráter vinculante, e, por conseguinte, proteger as expectativas das pessoas, seria:

[...] permitir a eficácia da alteração do precedente somente para o futuro (prospective overruling). É por essa razão que o art. 927, § 3.º, refere que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (MITIDIERO, 2015, p. 8).

Substancialmente, em havendo a superação do precedente apenas para frente, a modulação dos efeitos deve levar em conta “a maior ou menor densidade das normas aplicadas para resolução do caso ou da questão jurídica e a maior ou menor abertura semântica do texto empregado na redação legislativa” (MITIDIERO, 2015, p. 8). Isso significa que:

Quanto menor a densidade normativa (por exemplo, princípio), maior a confiança na sua concretização judicial. Quanto maior a abertura semântica (por exemplo, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), maior a confiança na sua concretização judicial (MITIDIERO, 2015, p. 8)

O imprescindível e fulcral, além da formação participativa objetiva e subjetiva dos padrões decisórios, com legitimação democrática, é “que haja essa participação qualificada nos casos em que haverá o afastamento (por distinção ou superação) dos padrões decisórios” (CÂMARA, 2018, p. 137).

O princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 5º do CPC/2015, consoante Humberto Theodoro Júnior, constitui-se:

[...] em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados (JÚNIOR, 2017, p. 79).

Destarte, o grande destaque do art. 489, § 1º, V e VI, art. 11 e art. 927 § 4º do CPC/2015 é a justificação das decisões, que está intrinsecamente conexa ao direito à publicidade, o qual impõe limites à modificação do conteúdo dos padrões decisórios, haja vista que:

[...] a publicidade interna, destinada ao caso concreto, como instrumento do direito à informação, permitindo, assim, a concreção do direito ao contraditório; e a publicidade externa, com função destinada à ordem jurídica, mostrando-se apta a cumprir missão de permitir, não só às partes do processo, mas igualmente a qualquer pessoa, a constatação da lisura e da legalidade dos atos judiciais (SILVEIRA, 2015, p. 11).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente esboço é, como restou demonstrado nos tópicos anteriores, uma análise da formação e aplicação das decisões vinculantes - na forma do artigo 489, §1º, incisos V e VI - no direito brasileiro, à luz do dever da lealdade processual e do direito fundamental ao contraditório, para se alcançar quais os limites à modificação do conteúdo desses padrões decisórios vinculantes.

A relevância deste tema justifica-se pela mudança de paradigma para o neoconstitucionalismo, com a legislação infraconstitucional aprofundando a abordagem dos direitos fundamentais, buscando atribuir validade a todo direito processual - e aqui, principalmente, para as decisões dotadas de caráter vinculante - , tendo em vista a necessária sobreposição da interpretação constitucional para efetivar as garantias processuais fundamentais na prestação jurisdicional contemporânea e, assim, modificar os padrões decisórios já existentes protegendo as expectativas das pessoas.

Nessa perspectiva, conclui-se que a formação de padrões decisórios com caráter vinculante depende não só de uma deliberação colegiada, como também de um contraditório subjetivamente ampliado – *amici curiae* e audiências públicas - e, o principal, fora desfechado neste estudo que, existindo decisões judiciais dotadas de caráter vinculante e ela vier ser a modificada, por meio de técnicas como distinção e superação, não se pode ser aplicada pro futuro de qualquer jeito, haja vista a necessidade de observância do dever de lealdade do juiz, para se chegar, ao fim, em uma integridade e coerência sistêmica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 out. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Sessão Plenária]. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.316. Relator: Min. Nunes Marques. Julgamento 13 jan. 2010. **Diário da Justiça**: Secretaria Judiciária, Brasília, DF, ano 2000, n. 19, 02 fev. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho124751/false>. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 203, de 15 de março de 2016 [Instrução Normativa nº 39. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**: caderno judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 1939, p. 1-4, 16 mar. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/81692/2016_res0203_in0039_atualizado.pdf?sequence=5&isAllowed=y . Acesso em: 12 jan. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, [São Paulo], v. 126, p. 59-81, ago. 2005. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-21.

CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim científico escola superior do Ministério Público da União**, [Brasília], a.6, n. 24-25, p. 1-27, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-24-e-n.-25-julho-dezembro-de-2007-1/os-efeitos-processuais-da-audiencia-publica>. Acesso em: 14/11/2020.

CALDO, Diego Santiago Y. Amicus curiae no direito norte-americano e no brasileiro. **Revista de processo** [São Paulo], vol. 284, p. 463-491, out. 2018. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-22.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério** – formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. 1. ed. São Paulo: Atlas Ltda., 2018. *E-book*. *E-book* consultado na Base Minha Biblioteca mediante assinatura.

CAMBI, Eduardo. Normas fundamentais no novo código de processo civil. **Revista de Processo**, [São Paulo], v. 290, p. 95-132, abr. 2019. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-29.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Motivação das decisões judiciais: estudo à luz do art. 489 do novo código de processo civil. **Revista de processo**, [São Paulo], vol. 261, p. 53-86, nov. 2016. Artigo consultado na Base de Dados da RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-25.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: Em busca de um modelo de juiz leal**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2017.

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], vol. 237, p. 403-419, nov. 2014. Artigo consultado na Base de Dados da RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-14.

JOBIM, Marco Félix; JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. **Súmula, jurisprudência e precedente - da distinção à superação -**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2021.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015. *E-book*.

Disponível em:

<https://mega.nz/folder/BolhCIQA#KMB4GRSOidFJ3zpbMMkfmw/folder/VpEBiagT>.

Acesso em: 31/08/2020

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. 58. rev. atua. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. rev, atu e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2017. *E-book*. Disponível em:

<https://mega.nz/folder/BolhCIQA#KMB4GRSOidFJ3zpbMMkfmw/folder/VpEBiagT>.

Acesso em: 31/08/2020

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de processo**, [São Paulo], vol. 245, p. 333-349, jul. 2015. Artigo consultado na Base de Dados da RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-12.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, [São Paulo], vol. 71, p. 31-38, jul./set. 1993. Artigo consultado na Base de Dados da RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-8.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, [São Paulo], vol. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-11.

PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues Del. O princípio do máximo rendimento: amicus curiae e audiências públicas. **Revista de processo**, [São Paulo], vol. 224, p. 73-91, out. 2013. Artigo consultado na Base de Dados da RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-14.

REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. **Revista de processo**, [São Paulo], vol. 162, p. 330-351, ago. 2008.

Artigo consultado na Base de Dados da RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-18.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Contraditório, cooperação e precedente: a ampliação do diálogo processual sob a ótica do novo código de processo civil. **Revista eletrônica de direito processual**, [Rio de Janeiro], vol. 15, n. 15, p. 1-39, jan./jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2015.16882>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16882/12527>. Acesso em: 13/11/2020.

SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de processo**, [São Paulo], vol. 248, p. 1-16, out. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.248.03.PDF. Acesso em: 13/11/2020.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de processo**, [São Paulo], vol. 199, p. 139, set. 2011. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-10.