

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

FERNANDO PESSOA DE AQUINO FILHO

**DA FUNDAMENTAÇÃO À PARTICIPAÇÃO: O PRECEDENTE COMO RESULTADO
DE UM PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO E COLABORATIVO**

BRASÍLIA

2022

FERNANDO PESSOA DE AQUINO FILHO

**DA FUNDAMENTAÇÃO À PARTICIPAÇÃO: O PRECEDENTE COMO RESULTADO
DE UM PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO E COLABORATIVO**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier, apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2022

FERNANDO PESSOA DE AQUINO FILHO

**DA FUNDAMENTAÇÃO À PARTICIPAÇÃO: O PRECEDENTE COMO RESULTADO
DE UM PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO E COLABORATIVO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da defesa:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier
IDP

Prof. Dr. Fábio Lima Quintas
IDP

Prof. Dr. Paulo Mendes de Oliveira
IDP

A Jesus Cristo, por me sustentar e conduzir todos os meus passos. A Marina, meu amor e minha esposa, por ser uma só comigo. Aos meus pais, Patrícia e Fernando, por tudo e por tanto. Às minhas irmãs, Paula e Priscilla, pela amizade sincera. Aos meus sócios, Lucas e Guilherme, pelo aprendizado diário. Ao meu orientador, Luiz Wambier, pela lição de que o papel da academia é se preocupar com soluções concretas para problemas reais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PRECEDENTE COMO <i>NORMA</i> DE DECISÃO E COMO CENTRO DO ATUAL MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO.....	8
2 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA SOBRE PRECEDENTES.....	19
2.1 Entre <i>waldron</i> e a função adscritiva da jurisdição: a fundamentação analítica como lampejo de democracia no poder judiciário.....	23
3 O DEVER DE COLABORAÇÃO E O PROCESSO COMO COMUNIDADE ARGUMENTATIVA DE TRABALHO.....	33
3.1 O problema da ementa, do enunciado de súmula e do mero "placar de julgamento": a necessidade de um modelo geral de manuseio refinado dos precedentes.....	39
3.2 A falta de um art. 489, §1º, V e IV às avessas significa que apenas o magistrado precisa descortinar as <i>rationes decidendi</i> em suas manifestações?.....	50
4 A PARTICIPAÇÃO COMO TERCEIRO PILAR PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO: O PRECEDENTE COMO FRUTO DA ABERTURA DO MODELO PROCESSUAL TRADICIONAL.....	53
5 DEMAIS CONTRIBUIÇÕES PARA QUE O PRECEDENTE SEJA RESULTADO DE UM PROCESSO JUDICIAL DEMOCRÁTICO.....	63
5.1 A efetiva participação processual do <i>amicus curiae</i> na formação do precedente.....	63
5.2 Papel do advogado na correta proclamação do julgamento pela corte.....	65
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS.....	69

RESUMO

Há muito se discute quais são os principais requisitos para o fortalecimento de um verdadeiro *stare decisis* no sistema brasileiro de jurisdição. Alguns desses aspectos relevantes para a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios são claros: a uma, um sistema hierárquico e centralizado de tribunais, de modo que caiba ao tribunal superior trazer unidade ao direito ao adscrever sentidos aos *textos* legais, de modo a estimular os tribunais locais a não decidirem de forma contrária em casos nos quais haja semelhança jurídica relevante; a duas, a ampla publicação das decisões, eis que sem a publicidade das *normas* criadas através dos precedentes não haveria modo eficiente de as observar; a três, o interesse em trazer certo grau de *accountability* à função jurisdicional do Estado, eis que o sistema de precedentes, ao contrário daquilo que alguns críticos apressados já falaram, comprovadamente traz controle racional à importante atividade criativa dos juízes, exigindo coerência e racionalidade no exercício da função judicante. Na última década, todos esses aspectos foram bem trabalhados pela doutrina brasileira, capitaneada por grandes processualistas como Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Lucas Buril de Macêdo. Todavia, a presente dissertação se preocupou com outra faceta do respeito aos precedentes: o “durante”. O caminho até a prolação da decisão apta à construção de uma *ratio decidendi*. A pergunta nevrálgica é: qual parece ser o modelo de processo civil adequado à criação democrática de um precedente (norma de decisão)? Logo, ao fim e ao cabo, a pretensão do presente trabalho, através de uma pesquisa descritiva e hermenêutica, é demonstrar que há três pilares para a construção democrática de um precedente através do processo judicial: a fundamentação analítica das decisões; uma visão do processo como comunidade argumentativa de trabalho com ônus simétrico de postulação analítica sobre precedentes (princípio da colaboração); e, por fim, a maximização da participação no processo.

Palavras-chave: Fundamentação; Colaboração; Participação; Precedente.

ABSTRACT

It has been discussed for a long time what are the main requirements for the strengthening of a true stare decisis in the Brazilian system of jurisdiction. Some of these aspects relevant to the adoption of a system of mandatory precedents are clear: one, a hierarchical and centralized system of courts, so that it is up to the higher court to bring unity to the law by assigning meanings to legal texts, in order to stimulate the local courts not to rule otherwise in cases where there is relevant legal similarity; two, the wide publication of decisions, behold, without the publicity of the norms created through precedents, there would be no efficient way to observe them; three, the interest in bringing a certain degree of accountability to the jurisdictional function of the State, behold, the system of precedents, contrary to what some hasty critics have already said, demonstrably brings rational control to the important creative activity of judges, demanding coherence and rationality in the exercise of the judging function. In the last decade, all these aspects have been well worked out by Brazilian doctrine, led by great proceduralists such as Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni and Lucas Buril de Macêdo. However, the present dissertation was concerned with another facet of respect for precedents: the “during”. The path to the rendering of the decision suitable for the construction of a ratio decidendi. The key question is: what seems to be the model of civil procedure suitable for the democratic creation of a precedent (decision rule)? Therefore, in the end, the aim of the present work, through a descriptive and hermeneutic research, is to demonstrate that there are three pillars for the democratic construction of a precedent through the judicial process: the analytical reasoning of decisions; a vision of the process as an argumentative working community with a symmetrical burden of analytical postulation on precedents (collaboration principle); and, finally, maximizing participation in the process.

Keywords: Rationale; Collaboration; Participation; Precedent.

INTRODUÇÃO

O processo judicial é um procedimento em contraditório adequado aos fins do Estado de Direito e, sendo assim, precisa albergar um debate leal entre todos os agentes que dele fazem parte.

Esse dever de debate, regido pela boa-fé (art. 5º, do CPC) e cooperação (art. 6º, do CPC), encontra a sua expressão máxima no momento em que o *bem da vida* de uma demanda é decidido, tendo em vista o dever de fundamentação analítica da sentença, da decisão interlocutória parcial de mérito, do acórdão ou da decisão monocrática.

Afinal, se a jurisdição tem o papel de adscrever sentido a *textos*, transformando-os em *normas*, esse enfrentamento específico acerca da moldura delineada pelos argumentos das partes ao longo do processo, por parte do magistrado, além de ser um consectário lógico do princípio do contraditório efetivo e um reflexo do direito ao processo justo, é também essencial para que se extraia a efetiva *norma* da decisão (o *precedente* ou *ratio decidendi*).

Não é por outro motivo que, ao se falar no processo civil como uma *comunidade argumentativa de trabalho*, é impossível deixar à margem o robusto dever de motivação imposto ao Estado-juiz pelo art. 489, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil (o qual decorre diretamente do art. 93, IX, da Constituição da República).

Aliás, no formato de processo civil democrático destacado pelo atual Código de Processo Civil, a decisão judicial deve ser o produto final de um verdadeiro cenário dialético e colaborativo entre juiz e partes.

Ocorre que, em que pese a importância inegável da motivação (analítica e dialética) das decisões judiciais, o modelo cooperativo de processo não parece desincumbir as partes de postular em juízo com uma responsabilidade semelhante à do magistrado, principalmente quando precisam demonstrar, no “caso-atual” sob julgamento, o *distinguishing* (ampliativo ou restritivo) ou o *overruling* de um *precedente*.

Nesse sentido, através de uma pesquisa de método descritivo e hermenêutico, que envolverá aprofundamento bibliográfico e algumas análises jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as próximas linhas demonstrarão que o princípio da colaboração parece prever uma verdadeira divisão do trabalho entre o juiz e as partes, de modo que, se àquele incumbe o dever de fundamentação dialética de suas decisões, estas também possuem, de maneira reflexa, a responsabilidade argumentativa de alegar suas razões de maneira analítica em todas as suas postulações, principalmente quando advogam a existência de *precedente* (in)aplicável ao caso.

Em suma, o presente trabalho demonstrará que o processo civil, eis que regido pelo dever “circular” de fundamentação analítica e pelo princípio da colaboração, não parece trazer só bônus para as partes, mas, pelo contrário, possui um *outro lado da moeda* cuja influência está em todas as manifestações dos sujeitos parciais do processo e, especialmente, na suscitação de precedentes por parte deles (ex: vedação ao fenômeno da *ementização*), eis que o manejo do sistema de precedentes, com honestidade intelectual acerca das *rationes decidendi* trazidas à tona, é um dever de todos os agentes do processo.

Em que pese os problemas do Poder Judiciário brasileiro, que vêm atrapalhando a implementação efetiva de um efetivo *Stare Decisis*, a exemplo do mero “placar de julgamento” (que em muitos julgamentos do Supremo Tribunal Federal dificulta a extração de uma *ratio decidendi*), demonstrar-se-á também, ao longo do trabalho, a gravidade de as partes usarem meras *ementas* e *enunciados de súmula* como se precedentes fossem, razão pela qual o verdadeiro respeito aos precedentes judiciais, capaz de trazer racionalidade e segurança à Justiça Civil brasileira, mostra-se um desafio que depende de todos os agentes do processo. Trata-se da necessidade de mudança cultural na forma de postular em juízo.

Isso, aliás, não é novidade, eis que o atual sistema processual brasileiro já impõe às partes um ônus bastante parecido (art. 966, §6º, do CPC), visando justamente à estabilidade, à previsibilidade e à cognoscibilidade do Direito.

Nesse sentido, ao fim e ao cabo, o art. 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil, quando interpretado através do princípio da colaboração (art. 6º, CPC), parece não tratar apenas do dever de fundamentação das *decisões judiciais* – mas, a bem da verdade, também instituir um precioso modelo geral de *postulação analítica* acerca de precedentes.

Em um sistema processual em que se reconhece o processo como *comunidade argumentativa de trabalho* (art. 6º, CPC) e no qual há reconhecida força normativa dos precedentes, o ônus ou o dever de manifestação analítica sobre *rationes decidendis* parece ser um modelo geral de atuação.

Isso nos leva à necessidade de um terceiro fundamento essencial ao processo civil democrático, além da fundamentação e da cooperação: a participação.

Pode-se dizer que democratização do processo se inicia pela fundamentação analítica e dialética, passa pela incidência do dever de cooperação (já que o processo não é um fim em si) e alcança o seu ápice na abertura do sistema à ampla participação (inclusive de terceiros, desde que tragam novidades argumentativas ao processo).

O penúltimo capítulo desta dissertação demonstrará, por exemplo, que, se alguns julgamentos podem resultar em normas de decisão que gerarão dever de observação

(precedentes vinculantes), a construção desse ato final do processo (a decisão) deve ser precedida da máxima participação possível, inclusive de terceiros interessados, desde que comprovada a pertinência argumentativa de tal abertura do sistema.

Ao fim, no capítulo final, serão trazidas à tona outras contribuições que visam *democratizar* o itinerário que leva à formação da decisão judicial, apta à formação de um *precedente*.

Se a busca concomitante do Direito por *segurança jurídica e adequação social* é um dilema, certamente um *modelo* de processo civil 1) *colaborativo*, 2) *aberto à participação* e 3) preocupado com a *fundamentação (do magistrado)* com a *manifestação (das partes) analíticas* sobre os *precedentes*, garantindo ampla argumentação circular entre todos que fazem o processo civil, é o formato que melhor garante a legitimidade democrática da decisão final do Estado-juiz.

1 PRECEDENTE COMO *NORMA* DE DECISÃO E COMO CENTRO DO ATUAL MODELO BRASILEIRO DE JURISDIÇÃO

Julgar é uma atividade eminentemente criativa. Se isso não fosse verdade – e o magistrado fosse apenas o proclamador da “vontade do legislador” ou um aplicador mecânico do texto legal –, bastaria ao julgador o fato de ser alfabetizado. Aliás, um robô-juiz seria bem mais produtor, econômico e eficiente para a Administração Pública.

Na verdade, trata-se de incumbência do Poder Judiciário a árdua missão de transformar um texto (elemento significante) em norma (verdadeiro significado)¹. Essa atividade depende da reconstrução de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete e, nesse sentido, a *matéria bruta* utilizada por ele (o texto legal) constitui uma mera possibilidade de Direito².

Através da atividade jurisdicional, parte-se da incerteza do ponto de partida e se chega à certeza obtida com a *norma da decisão*³. Em suma, pelo fato de o *texto* não conter imediatamente a *norma*, esta é construída pelo intérprete no decorrer de um processo ao qual se dá o nome de *concretização* do direito⁴.

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale*. Torino, Editrice Torinese/UTET, p.68. 1990.

² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, p. 45. 2021.

³ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 21. 2019. No mesmo sentido: MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. 2ª. ed. Berlim: Duncker & Humblot, p. 264. 1994.

⁴ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 5ª. ed. Berlim: Duncker & Humblot, p. 169. 1993.

Nesse sentido, Müller afirma que um texto pode parecer claro ou mesmo inequívoco no papel, mas o próximo caso prático ao qual ele deve ser aplicado pode fazer com que ele se afigure extremamente destituído de clareza. Esse fenômeno se evidencia somente na tentativa efetiva da *concretização*, porque nela não se aplica algo *pronto e acabado* a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído⁵.

Construindo uma ponte entre o fenômeno jurídico e a linguagem, também se afirma, sem titubeios, que o *texto* é o sinal linguístico, enquanto a *norma* é o que se revela⁶. Portanto, se as *normas* resultam da interpretação, pode-se afirmar que os *textos*, enquanto meras disposições, nada dizem: eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem⁷.

Através de pensamento bastante refinado, Gadamer justifica que, a bem da verdade, “a *norma* se encontra parcialmente – em *estado de potência* – involucrada no *texto* (também chamado de *enunciado* ou *disposição*) e, assim, cabe ao intérprete desnudá-la, ou seja, incumbe ao julgador fazê-la brotar do *texto*”⁸.

Em rico diálogo transdisciplinar entre o Direito e a Arte, Eros Grau afirma que, bem como a música e o teatro, o direito é uma arte *alográfica*, na qual a obra *objeto da interpretação* (ex: partitura de música ou roteiro de uma peça de teatro) reclama um *intérprete* para que possa, ao fim e ao cabo, ser compreendida.

Se isso é verdade, “o texto legal é *alográfico* justamente porque não se completa no sentido nele impresso pelo legislador”, mas encontra completude somente quando o *sentido* adscrito a ele é construído pelo intérprete, momento em que nasce a *norma*⁹.

Nessa atmosfera de *alografia*, tornando ainda mais clara a distinção entre *texto legal* e *norma jurídica*, Grau traz à tona a metáfora da Vênus de Milo¹⁰:

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si, encomendando-se a eles três Vênus de Milo. Ao final do trabalho desses três escultores teremos três Vênus de Milo perfeitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante, são, definitivamente, três Vênus de Milo – nenhuma Vitória de Samotrácia (...). O que pretendo também, além de sustentar o caráter alográfico da interpretação do direito, é afirmar que diferentes intérpretes – tal qual diferentes escultores produzem distintas Vênus de Milo – produzem, a partir do mesmo texto, enunciado ou preceito, distintas normas jurídicas. Parafraseando Kelsen [1979:467], afirmo que dizer que uma dessas

⁵ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª. ed. São Paulo, Max Limonad, p. 61-62. 2000.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª. ed. Coimbra, Livraria Medina, p. 225. 1991. No mesmo sentido: GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano, Giuffrè, p. 18 e 325. 1993.

⁷ RUIZ, Alicia E. C, e CÁRCOVA, Carlos María. Derecho y transacción democrática. In: MARÍ, Enrique E., *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Abedelo-Perrot, p. 320. 1991.

⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 4ª ed. Salamanca, Ediciones Sígueme, p.381. 1991.

⁹ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, p.37-38. 2021.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, p. 47-48. 2021.

Vênus de Milo é fundada na obra grega não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a obra grega representa. Não significa que ela seja a Vênus de Milo, mas apenas que é uma das Vênus de Milo que podem ser produzidas dentro da moldura da obra grega.

Essa diferença entre texto e norma, típica da Teoria do Direito, dialoga com a teoria dos precedentes. Aliás, a categoria *precedente* pertence justamente à Teoria Geral do Direito¹¹.

É que, diferente daquilo que o senso comum grita aos quatro cantos, precedente não significa uma mera “decisão anterior que trata de razões fáticas e jurídicas idênticas”¹².

A bem da verdade, em sentido próprio, *precedente* é “a norma aplicada pela corte, compreendida especialmente a partir da fundamentação, que se afigura indispensável para resolver o caso concreto”¹³. Dessa forma, “a solução do caso concreto estabelecida pelo juiz no dispositivo de sua decisão não integra o precedente, apesar de poder servir de norte para seu esclarecimento”¹⁴.

Logo, comprovando a íntima relação entre *precedente* e *norma de decisão* (o resultado da interpretação do *texto*), pode-se afirmar, justamente, que aquele nada mais é que a *norma* compreendida a partir de toda a decisão, por um processo construtivo próprio, e a ela não se limita. Este é um conceito próprio de precedente, que se confunde com *ratio decidendi* ou *norma decisória*¹⁵. Pode-se falar, ainda, em *norma do precedente*.

No direito brasileiro, não raro, o termo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para fazer referência ao precedente é *razões de decidir* ou *motivos determinantes*¹⁶.

Pois bem.

Para que uma *ratio decidendi* (resultado da interpretação do *texto*) seja aplicada basta que haja *relevantes semelhanças* ou *identidade essencial* entre os casos - já que nenhum caso é

¹¹ DIDIER JR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, p.162-164. 2012.

¹² Essa ideia, de cunho relacional, de precedente como “caso anterior” pode ser usada apenas impropriamente. Nesse sentido: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. “Precedent in the United Kingdom”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). *Interpreting precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p.323. 1997.

¹³ CROSS, Rupert. HARRIS, J.W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, p. 39-41. 2004.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, p.221. 2011.

¹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 80. 2019.

¹⁶ BRASIL – STF – Rcl 5216 AgR/PA, Relatora Ministra Carmem Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2012, publicado no DJ em 18.09.2012; utilizando o termo “motivos determinantes”. BRASIL – STF – RE 630705 AgR/MT, Relator Ministro Dias Tóffoli, Primeira Turma, julgado em 11.12.2012, publicado no DJ em 08.02.2013; usando o termo “razões de decidir. No âmbito do STJ, tem-se o MS 15920/DF, no qual foi utilizado pelo relator, ministro Mauro Campbell Marques, o termo “motivos determinantes” e o AgRg no REsp 786612/RS, no qual fora utilizado pelo mesmo ministro relator o termo “razões de decidir”.

absolutamente idêntico a outro. Essa *ratio* é moldada e esclarecida nos casos posteriores, que delimitam melhor sua abrangência através de distinções ampliativas ou restritivas.

À guisa de exemplo histórico, em *MacPherson v. Buick Motor Company* (caso julgado pela *New York Court of Appeals* em 1916) se decidiu que a fábrica de automóveis seria responsável diante do consumidor pelos danos causados por força de um pneu defeituoso incorporado pela *Buick* ao automóvel, mas fabricado por outra empresa, nada obstante a falta de vínculo contratual entre a fabricante do pneu defeituoso e o consumidor final. Em *Donoghue v. Stevenson* (caso julgado pela *House of Lords* em 1932) decidiu-se que a *Stevenson*, uma fabricante e engarrafadora de cerveja de gengibre, era responsável diante do dano causado à consumidora pelo fato de encontrar um caracol morto em decomposição dentro da garrafa de cerveja.

Embora inexista *semelhança natural* entre os fatos¹⁷ (afinal automóveis com pneus defeituosos não se confundem com caracóis mortos em decomposição encontrados em garrafas de cervejas), há uma cristalina *semelhança jurídica* entre *consumidores e produtos defeituosos*. É a partir desses *atos jurídicos essenciais* e das *razões* que serviram para a solução desses casos que se forma o *precedente*¹⁸: o fornecedor de um serviço/produto, embora não esteja diretamente vinculado (por contrato) ao consumidor final, é responsável civilmente perante este último por *fato* ou *vício* do produto, eis que compõe a “cadeia de consumo”.

Percebe-se, pois, que a aplicação de *normas de decisão* não se resume jamais a “copiar e colar” a fundamentação do julgado anterior. Trata-se, em verdade, da necessidade de encontrar a *norma* que possui pertinência ao sistema jurídico a partir de uma decisão do passado (caso-precedente) – e esse processo é, acima de tudo, argumentativo e dialético – para aplicá-la no que se chamará, neste trabalho, de “caso-atual”¹⁹.

Em momento epistemológico da ciência jurídica no qual *texto* é diferente de *norma*, a ressonância do precedente tem vinculação porque encarna a própria interpretação da Constituição (STF) ou da legislação federal (STJ). Nesse sentido, aduz Daniel Mitidiero:

Se a Constituição é a interpretação da Constituição e a lei federal é a interpretação da lei federal, então é evidente que *qualquer dissociação entre norma e interpretação* - dentro da administração da Justiça Civil - *só pode ser vista como um subterfúgio para escapar da eficácia vinculante da própria Constituição ou da lei federal*²⁰

¹⁷ SCHAUER, Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, p. 50. 2009.

¹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 113-114. 2018.

¹⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 294. 2019.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. - 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 101. 2018.

A teoria dos precedentes, pois, está relacionada à teoria de interpretação e à atividade de aplicação dos direitos pelos tribunais²¹.

A bem da verdade, principalmente em sistemas jurídicos *mistos* ou *híbridos* como o brasileiro²², nos quais é perceptível uma tendência de autorização constitucional e legal para a efetiva vinculação aos *precedentes*, não há contradição entre a valorização do precedente e o princípio da legalidade²³. Há, pelo contrário, pertinente complementação: a lei se preocupa em criar norma abstrata, genérica e pendente de interpretação; enquanto o precedente, após a interpretação típica da atividade jurisdicional, cria uma norma contextualizada a um caso concreto que também deverá ser seguida pelos tribunais, de modo a conceder unidade, coerência e racionalidade ao Direito.

Se o próprio Poder Legislativo autoriza a integração de conteúdo pelo Poder Judiciário, dentro da moldura da lei e da Constituição, insistir na irrelevância dos precedentes seria *voltar no tempo* e negar a criatividade intrínseca ao ato de julgar.

Nesse sentido, apontam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini²⁴:

Na *civil law*, modelo em que se enquadra o Brasil, o primado é da lei positiva. Isso, porém não significa que as decisões judiciais limitem-se a declarar ou descobrir o sentido da lei. O direito é fato, valor e norma. O texto escrito da lei, em si, pouco representa. O seu significado não é meramente extraído, mas construído, definido, não apenas a partir da letra da lei (que não deixa de ser elemento de grande importância), mas também dos valores sociais, políticos, econômicos e culturais reinantes na sociedade. Esse papel construtivo é atribuído não apenas aos órgãos judiciais, mas a todos aqueles que aplicam, vivenciam, diariamente o direito.

O fato de o *precedente* ser admitido como efetiva *fonte do direito* não significa que o Judiciário está *criando o direito*, eis que a sua positividade, no sentido de direito *posto* pelo órgão formalmente habilitado para a sua produção (Legislativo), não exclui a função *criativa e adscritiva de sentido* da jurisdição²⁵.

²¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 5. ed. – São Paulo: JusPodivm, p. 313. 2021.

²² Para melhor compreender o sistema *híbrido* do direito brasileiro (um “caminho do meio” entre *civil law* e *common law*): DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 13 ed. Salvador: JusPodivm, p. 41-43. 2011.

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014; no mesmo sentido: NEVES, Marcelo. *Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. - 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. v. 2. 20. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 745. 2021.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 38-39. Na mesma perspectiva: CALMON DE PASSOS, J.J. *Súmulas Vinculantes. Ensaios e Artigos*. v. II. Salvador: Juspodivm, p. 87-103. 2015.

Isso é verdade até mesmo nos países tipicamente adeptos ao *common law*, eis que, nos sistemas constitucionais contemporâneos, pelo fato de o direito escrito vincular fortemente, os precedentes são robustamente vinculados às leis pelo princípio democrático. Por tal razão uma *lei posterior* é capaz de reformar um *precedente*²⁶.

Nesse sentido, pode-se definir precedentes, sob a perspectiva da teoria do direito, da seguinte forma²⁷:

São os fundamentos determinantes universalizáveis externalizados no julgamento de um caso anterior aplicáveis para os casos futuros análogos ou similares independentemente de suas boas razões, desde que decididos pela autoridade competente para interpretar o direito para o caso e que vinculem a própria autoridade e todas as demais autoridades competentes para interpretar o direito a ela vinculadas, aderentes às circunstâncias fáticas dos casos que deram origem à decisão e permitida sua excepcional superação somente pela autoridade que os estabeleceu

Como se extrai da citação acima, o sistema de precedentes homenageia a segurança jurídica independente das boas razões daquela *norma* de decisão.

Nesse sentido, o professor José Flóscolo da Nóbrega²⁸ dizia ser possível a existência de um sistema jurídico *seguro e injusto*, mas não haver possibilidade de um sistema jurídico *inseguro e justo*.

A partir do momento em que a jurisdição decide com justeza apenas alguns casos, mas julga outros, embora idênticos, de maneira diversa, rasga-se qualquer sonho de justiça isonômica. Por isso, um sistema de justiça *inseguro* é - por consectário lógico - *injusto*, sendo inconciliável qualquer ideia de justiça perante a insegurança jurídica. Por outro lado, caso o Direito seja *seguro*, a pior das hipóteses é que todos sofram igualmente com uma suposta *injustiça*, até que ela seja superada (passando a beneficiar todos).

Em verdade, tem-se dificuldade de pensar a existência do próprio Estado de Direito distante das noções de cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade. Cidadãos que vivem sem a noção prévia do que (não) podem fazer como membros vida em sociedade são qualquer coisa, menos livres.

Aliás, relevante parte da doutrina entende que a segurança jurídica é a própria meta do Direito. E isso não se limita ao campo da ciência jurídica.

O economista Friedrich A. Von Hayek advoga que o conhecimento do Direito (*laws of the state*), assim como o conhecimento das leis da natureza (*laws of nature*), faz com que o

²⁶ MERRYMANM John; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, p. 27. 2007.

²⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 5. ed. – São Paulo: JusPodivm, p. 314. 2021.

²⁸ NÓBREGA, José Flóscolo, *Introdução ao direito*, 8. ed. João Pessoa: Linha d'água, 2007.

indivíduo planeje sua atuação social, constituindo condição essencial para a sua própria liberdade e para que possa alcançar seus objetivos de vida²⁹.

Além de Hayek, outros vencedores do prêmio Nobel da Economia, como Douglass North e Ronald Coase, defendem que o papel-chave das instituições, em um Estado de Direito, é o de reduzir incertezas. É que, com instituições sólidas e previsíveis, abre-se caminho para uma sociedade que realmente cumpra as "regras do jogo", o que se converte naturalmente em um ambiente social propício para a feitura de negócios, cumprimento de contratos e cooperação³⁰.

Entre tais instituições, essenciais para um desenvolvimento social-econômico racional, está o sistema de Justiça, tanto em sua faceta criadora das leis (função legislativa) quanto na aplicação delas (jurisdição estatal).

No Direito, quando se trata de um sistema racional de precedentes, não se pode esquecer de que outra função essencial é promover a adequação social. Como é cediço, a sociedade avança e se transforma constantemente, cabendo ao Direito (tentar) acompanhá-la, sob pena de novas realidades não estarem tuteladas pelo fenômeno jurídico.

Conclui-se, pois, que embora a segurança jurídica seja, indiscutivelmente, um corolário do Direito, não pode ser buscada como algo imutável. Se assim fosse, estaríamos criando uma segurança "engessada", que nunca se adaptaria às transformações culturais, aos avanços tecnológicos etc.

Por isso, embora a segurança jurídica, em suas facetas de cognoscibilidade e de previsibilidade sejam indispensáveis para que os jurisdicionados tenham uma mínima "capacidade de planejamento" de suas vidas, há um outro braço da segurança jurídica do qual não se pode olvidar: a estabilidade.

É através dela que o sistema jurídico respeita a sua necessidade da adequação social. Não há, pois, uma recalcitrância ao acompanhamento das mudanças sociais, mas, sim, um rechaço às mudanças desprovidas de critério. A perspectiva da segurança jurídica como estabilidade requer certo grau de continuidade e preservação da consistência, convivendo com

²⁹ AYEK, Friedrich A. Von. *The constitution of liberty*. Chicago: Chicago University Press. 1960, p.142-153. No mesmo sentido: NÓBREGA, José Flóscolo, *Introdução ao Direito*, 8. ed. João Pessoa: Linha d'água, 2007, p. 101-102, aduzindo que: "*O Direito é técnica da segurança, o que não significa que não tenha por finalidade a justiça*". Ainda no mesmo sentido: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: Metódica da segurança jurídica no sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011, p. 32-33; e ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89.

³⁰ NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990. p. 97.; COASE, Ronald. H. *O problema do custo social*. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**: textos escolhidos. Tradução Francisco Kummel F. Alves e Renato Vieira Caovilha. São Paulo: Saraiva, p. 81. 2010.

níveis de flexibilidade³¹. Em outras palavras: um sistema estável é aquele no qual as mudanças causam poucos danos à sociedade³².

Há, também, de modo não menos importante, uma razão *ética* para se observar os precedentes.

É de Luiz Guilherme Marinoni a tese de que, além de o *stare decisis* se justificar no próprio desenvolvimento da teoria da norma jurídica, ele também possui um robusto cunho *ético*³³.

Para fundamentar seu ponto de vista, o processualista trabalha com o conceito de *homem cordial*, criado pelo sociólogo Sérgio Buarque de Holanda, para demonstrar um modo de comportamento pessoal típico à formação da cultura brasileira, qual seja ao cidadão avesso à impessoalidade e à racionalidade³⁴

Através do *homem cordial*, afirma Luiz Guilherme Marinoni:

A esfera pública é invadida pelos ares do círculo familiar, do privado, passando o funcionário a se portar como se tivesse um cargo para dele usufruir, inclusive a favor daqueles que lhe são íntimos, e esses a reivindicarem benefícios, e curiosamente também os seus reais direitos, sempre com base em artifícios de cordialidade, animados por gestos de simpatia e busca de intimidade³⁵

O maior inimigo dele, então, é a racionalidade e a objetividade (encaminhada a fins impessoais) da vida estatal burocrática.

Esse “patrimonialismo”, no âmbito da função jurisdicional do Estado, é perceptível no eventual caráter pessoal das decisões, isto é, justamente na falta de respeito aos precedentes das Cortes de Vértice.

De acordo com Sérgio Buarque, as características do *homem cordial*, que representam a personalidade do brasileiro, remete-nos às causas das históricas mazelas da Administração Pública brasileira³⁶. O *homem cordial* é a exata antítese da ideia de que a lei é para todos e, por

³¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013.

³² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, p. 124. 2011.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

³⁴ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras. [1936] 1995; ideia também presente em: BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **O homem cordial**. São Paulo: Companhia das Letras e Penguin Group, 2012.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 82. 2019.

³⁶ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras. [1936] 1995, p. 81-82.

consectário lógico, o patrimonialismo que se incorporou à cultura brasileira é completamente avesso a uma ordem jurídica coerente e a um sistema racional de distribuição da justiça³⁷.

Luís Roberto Barroso, em recente obra, também advoga que o *jeitinho brasileiro* alimenta o mito do brasileiro *cordial*³⁸.

Nesse sentido, pode-se afirmar, em verdade, que há uma justificativa de raízes profundas para o sistema de precedentes: uma de cunho *ético*. A máxima de que “casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma” é insuportável àqueles que se acham no direito de ter suas reivindicações tratadas de maneira especial³⁹.

Pois bem.

O cenário até aqui delineado, fundamentado não apenas juridicamente, mas também passando pela Economia e pela Sociologia, é importante para que se entenda a importância do *precedente* e, claro, de um *sistema de precedentes*.

Ao mesmo tempo em que o *stare decisis* densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma interpretação *lógico-argumentativa* da lei (adscrição de sentidos a textos pelo Judiciário), também goza de instrumentos típicos da busca por adequação às frenéticas mudanças sociais: a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*).

O primeiro instrumento serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso em apreço está fora do âmbito do precedente e, por isso, aquela *ratio decidendi* universalizada não deve ser aplicada. Já a segunda ferramenta é a própria superação da norma do precedente, a qual deve ocorrer apenas no âmbito dos órgãos que foram encarregados pela sua formulação e mediante um complexo ônus argumentativo, que envolve a demonstração de desgaste do precedente no que se refere à sua congruência social e adequação ao sistema jurídico⁴⁰.

Isso não faz do sistema de precedentes uma panaceia. O dilema entre segurança jurídica e adequação social é certamente o tema que gera os mais profundos trabalhos no âmbito da

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 93. 2019.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. 1. ed. Rio de Janeiro: História Real, p. 152. 2020.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 99. 2019.

⁴⁰ EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, p. 104-105. 1991.

teoria do Direito, valendo citar, no Brasil, os de Humberto Ávila⁴¹, o de Marcelo Neves⁴² e o de Paulo Mendes⁴³. A teoria dos precedentes, portanto, passa longe de esgotar o tema, mas, irrefutavelmente, ajuda-nos a conviver com um Direito seguro e racional, mas não petrificado.

No contexto do direito brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 não traz à tona um sistema de precedentes, isoladamente, apenas em seus artigos 926 e 927. Há, sem dúvidas, uma estrutura de respeito às *normas* de decisões, algumas delas com efeito vinculante - e não meramente persuasivo.

Depreende-se do código, por exemplo, como bem indicou Lucas Buril de Macedo⁴⁴, que o precedente formado tem previsão legal de obrigatoriedade (artigo 927); torna-se estável, gerando o dever de coerência, estabilidade e integridade para os tribunais (artigo 926); embasa antecipações de tutela com base na evidência do Direito (artigo 311, II); resulta na improcedência liminar de pedidos que vão de encontro à sua norma (artigo 332); impõe ao magistrado o dever de enfrentá-lo através de uma decisão fundamentada analítica e extrinsecamente (artigo 489, §1º, V e VI; amplia os poderes do relator para barrar recursos que o vilipendie (artigo 932, IV e V); e traz uma série de efeitos na admissibilidade de recursos excepcionais (artigo 1.030, I, "a").

Da mesma forma, parece haver uma clara relação entre o sistema de precedentes e o julgamento de casos repetitivos (art. 927, III, CPC). É que, em que pese um sistema pautado em *normas de decisão* ter como *objetivo primeiro* o seu compromisso com a segurança, com a liberdade e com a igualdade, eis que se mostra um instrumento permeado pela racionalidade, capaz de implementar, verdadeiramente, um Projeto para a Justiça Civil⁴⁵, não se pode deixar de admitir que, como reflexo, os precedentes também resultam, naturalmente, em uma melhor *gestão* de processo no âmbito do Poder Judiciário, principalmente no que se refere aos chamados *processos de massa*, inibindo ajuizamento de ações e possivelmente desafogando a jurisdição

O Código de Processo Civil, de fato, homenageia um sistema no qual impera a máxima do *treat like cases alike*. A despeito disso, pode-se afirmar que a justificativa para um *Stare*

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁴² NEVES, Marcelo. **Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

⁴³ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁴⁴ MACEDO, Lucas Buril de. **Influência do sistema brasileiro de precedentes no interesse recursal**. Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis (org. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim). São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 337-378.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. - 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 88. 2018.

Decisis não vem apenas do Direito Processual Civil. Há uma justificativa maior, pautada na própria evolução da teoria do Direito.

Se o Direito não é apenas revelado pela decisão judicial e se o texto legal não é portador de um único sentido intrínseco que é apenas declarado pelo Poder Judiciário, mas é de algum modo (re)construído pelas decisões judiciais, então a fidelidade ao precedente é o meio através do qual a ordem jurídica ganha unidade, tornando-se um ambiente verdadeiramente seguro, livre e isonômico⁴⁶.

Nesse sentido, ao tratar do assunto de fontes do direito, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam, com contundência, o protagonismo dos precedentes como uma espécie de fonte capaz de desvendar o significado das demais fontes do fenômeno jurídico, tendo em vista a função *adscritiva de sentido* de jurisdição: “o significado das fontes - ao menos para que as pessoas possam se autodeterminar e serem tratadas isonomicamente diante da administração da Justiça Civil - deve ser apreendido de acordo com as razões que são sustentadas pelas Cortes Supremas para a solução da casos concreto”⁴⁷.

Pois bem.

Malgrado o presente trabalho, a partir dos próximos capítulos, traga à tona que o processo civil deve se reger por três grandes pilares (a fundamentação, a cooperação e a participação), perceber-se-á que tais corolários serão analisados justamente sob as lentes do sistema de precedentes e da necessidade de se homenagear uma dialética sobre *rationes decidendi*, seja na decisão, na postulação ou na participação (das partes ou de terceiros).

O precedente não será perdido de vista durante este trabalho.

Ele é o maestro no atual processo civil brasileiro, eis que modificou toda a forma de se pensar o sistema processual.

É justamente devido à sua importância que o presente processo defenderá que, ao fim e ao cabo, parece ser uma responsabilidade comum de todos os agentes do processo a *manifestação analítica sobre precedentes*. Para isso, o processo civil deve estar extremamente fundado em três pilares: a fundamentação dialética das decisões, a cooperação e a participação.

O próximo capítulo examinará o primeiro desses corolários.

⁴⁶ BENDITT, Theodore. *The Rule of Precedente*, Precedent in Law. Oxford: Oxford University Press, p. 94. 1987.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v. 1 - 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 40. 2020.

2 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA SOBRE PRECEDENTES

As decisões que contêm *ratio decidendi* são justamente aquelas que acrescentam *sentido* aos *textos* da lei relevantes para a solução de questões jurídicas⁴⁸.

É que, se a decisão simplesmente “aplica a lei”, como uma subsunção mecânica do fato social ao *texto* jurídico, sem acrescentar conteúdo relevante que resulte de *interpretação* ou da *adscrição de sentido*, a sua “vinculação” é apenas um consectário lógico da lei (que também vincula)⁴⁹.

O reconhecimento da *norma de decisão* como importantíssima *fonte do direito*, todavia, não vem desacompanhado de um aumento considerável na responsabilidade do órgão julgador com o efetivo contraditório, com a dialeticidade e com um direito processual cada vez mais democrático, aberto e cooperativo.

Como se verá mais adiante neste trabalho, a atmosfera processual *prévia* para a transformação de texto em norma deve se confundir com uma *comunidade argumentativa de trabalho*⁵⁰.

Afinal, como o Poder Judiciário não é constituído democraticamente (pelo voto popular), pode-se afirmar, sem exageros, que boa parte de sua legitimidade está na construção dialética da decisão judicial. Esta deve ser fundamentada analiticamente, configurando verdadeiro *fruto* de um processo colaborativo, dialógico, participativo e democrático⁵¹.

Diante do déficit político-democrático da jurisdição, a sua legitimação no Estado de Direito se dá mediante a possibilidade de participação sincera dos interessados na construção do *ato de poder* (decisão).

Em outras palavras, ao passo em que os poderes políticos (executivo e legislativo) são legitimados mediante um processo de ampla participação democrática, o poder jurisdicional se legitima justamente através da possibilidade de as partes participarem ativamente na construção da *ato de poder* que que resolverá a lide.

A função Judiciária do Estado é *democrática* justamente quando possibilita a participação efetiva e dialógica dos interessados (partes, terceiros intervenientes, *amicus curiae*

⁴⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 5. ed. – São Paulo: JusPodivm, p. 333. 2021.

⁴⁹ SCHAUER, Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009.

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 119. 2019.

⁵¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Contra o processo autoritário**. O novo código de processo civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, p. 267-282. 2015.

etc.) na construção da decisão - a qual, a bem da verdade, acaba sendo um *ato de poder* construído por todos, e não verticalmente pelo magistrado.

O constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, ao tratar do art. 93, IX, da Constituição da República, traz à tona algo que não raro passa despercebido:

a motivação das decisões judiciais e administrativas corrobora um princípio tão sério e magnânimo que o legislador constituinte prescreveu, no inciso IX do art. 93, uma *norma sancionadora*. Não se comportou no sentido tradicional de simplesmente estabelecer direitos e deveres⁵²

O fenômeno apontado pelo autor merece destaque. De fato, a Constituição da República, em regra, não se preocupa em sancionar condutas, mas sim com os fundamentos e objetivos da república, com a organização do Estado, com direitos e garantia individuais, com a incumbência de cada poder etc.

Ao tratar da necessidade de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB), no entanto, o constituinte fez questão de prever uma cristalina sanção de nulidade para a decisão despida de fundamentação: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”.

Não por acaso se diz que o Estado de Direito é o *Estado que se justifica*.

O Código de Processo Civil andou bem ao prever, em seu rico artigo 489, alguns requisitos para que se considere uma decisão como fundamentada. Não cabe, aqui, analisar casa inciso de dispositivo, mas em geral, percebe-se que a fundamentação das decisões consiste na *última manifestação do contraditório*⁵³.

Afinal, se todo o andamento do processo civil é pautado no *prévio diálogo* entre juiz e partes para que ocorra uma *seleção do material* que servirá à interpretação e à aplicação do direito, é justamente através da fundamentação do *ato de poder* decisório que as partes passam a saber que foram ouvidas - ou, em outras palavras, que os *materiais selecionados* dentro da moldura controversa da lide foram efetivamente enfrentados e apreciados.

Essa expectativa legítima das partes de que a decisão será fundamentada dentro da *moldura* delineada pelo debate processual constitui verdadeira manifestação da segurança jurídica e da vedação às decisões-surpresa.

Há, portanto, um *laço umbilical* entre a inafastabilidade da jurisdição, o contraditório efetivo e o dever de motivação das decisões, sem o que não há de se falar em processo justo⁵⁴.

⁵² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, p. 707. 2015.

⁵³ ALVIM, Teresa Arruda. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: ed. RT, p. 389. 2005.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 509-510 2020; MITIDIERO, Daniel.

Todo o exposto até aqui faz referência à evolução de uma teoria *cognitivista* (*critério intrínseco da motivação*) para uma teoria *não cognitivista* (*critério extrínseco da motivação*) da fundamentação das decisões judiciais.

Outrora, quando se via o contraditório como um princípio unicamente atinente às partes, dizia-se que a decisão judicial não podia ter como parâmetro de correção ou de legitimidade a atividade das partes em juízo.

Ou seja, para ser “motivada” bastava que a decisão demonstrasse quais razões justificavam seu dispositivo. Ela se justificava por si. Não havendo contradição entre as proposições constantes da sentença, ela era plenamente válida. Tratava-se de um critério intrínseco para aferição do dever de motivação, o qual estava agasalhado por uma perspectiva puramente *cognitivista* da interpretação do direito⁵⁵.

Felizmente, essa visão retrógrada se encontra em total descompasso com o atual direito processual civil.

Se o direito ao contraditório significa, hoje, um *direito de influir* (arts. 7º, 9º e 10, CPC), é evidente que deve imperar um *dever de debate* durante todo o processo. Não é possível aferir se a influência das partes foi efetiva se não há dever judicial de *considerar* as razões por elas suscitadas.

Hoje, com fulcro em uma teoria *não cognitivista* da interpretação do direito, não basta o critério da “não contradição”: a fundamentação, além de não poder ser contraditória com o dispositivo decisório, tem a sua completude baseada em um critério *extrínseco*, qual seja a consideração dos argumentos suscitados pelas partes em suas manifestações processuais⁵⁶.

Diante disso, depreende-se que a *fundamentação analítica* da decisão judicial é condição básica para sua existência válida e eficaz, ou seja, para a sua *não nulidade*.

Sem decisões dialéticas e que efetivamente demonstrem uma *escolha interpretativa justificada*, a jurisdição volta à abominável perspectiva *cognitivista* da interpretação do direito, o que fere de morte o Estado de Direito (por este ser diametralmente oposto àquela).

O abandono, pela jurisdição, de uma visão *cognitivista* da interpretação, na qual se imaginava o juiz como *oracle of the law* ou como *êtres inâtime*, marca uma nova era: passa-se a interpretar textos de maneira a *adscrever* sentido a eles, transformando-os em normas. Esse

Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 62. 2005.

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 2. ed, São Paulo: ed. RT, p. 35-41. 2014.

⁵⁶ STRICKLER, Yves. *Procédure civile*. 8. ed. Bruxelas: Bruylant, p. 215 e ss. 2018.

fenômeno⁵⁷, como já dito, demonstra a transformação de um elemento significante (texto) e um verdadeiro significado (norma)⁵⁸.

Assim, se nas teorias clássicas da jurisdição o juiz *declarava a lei* (magistrado *esclave de la loi*) ou, no máximo, *criava uma norma individual a partir da norma geral* (magistrado *ministre d'équité*)⁵⁹, hoje ele *reconstrói* a norma jurídica a partir da interpretação como uma *atividade adscritiva* de sentido ao texto legal⁶⁰.

Não é imaginável, pois, a *criação de normas* através de decisões judiciais (fontes do direito) sem uma específica, coerente e dialógica fundamentação.

Pois bem.

Estando claro que precedente é *norma* e que as decisões judiciais precisam ser fundamentadas *analítica e dialeticamente*, faz-se pertinente destacar que, embora tenha sido notória a preocupação do Código de Processo Civil de 2015 em esquematizar um sistema de precedentes no direito brasileiro⁶¹, pode-se concluir que a *questão-chave* deste trabalho – a necessidade de um sistema jurídico que trabalhe, através de um esforço conjunto de todos os agentes do processo, com *rationes decidendi* – é matéria tão próxima da Teoria do Direito como é do Direito Processual Civil.

Justamente porque *texto* é diferente de *norma* que se deve buscar uma segurança jurídica construída através de *normas de decisão*.

Aceitar isso nada mais é que compreender o avanço da Teoria do Direito: a jurisdição, definitivamente, despiu-se de uma visão cognitivista da interpretação, na qual se imaginava o juiz como *oracle of the law* ou como *êtres inâtime*.

Entender *precedentes* como *normas* e compreender o sério dever de fundamentação analítica das decisões judiciais são requisitos essenciais para uma real compreensão do presente trabalho.

Compreender o dever – constitucional e legal - de fundamentação analítica das decisões judiciais é o primeiro importante pilar deste trabalho. Nesse sentido, passa-se a um aprofundamento da relação entre fundamentação decisória e democracia.

⁵⁸ MACEDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. - 3. ed. - Salvador: Juspodivm, p.84. 2019.

⁵⁹ ROSS, Alf. **Theorie der Rechtsquellen (1929)**. Darmstadt: Aalen. p. 39. 1989.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 53. 2014.

2.1 Entre *WALDRON* e a função *ADSCRITIVA* da jurisdição: a fundamentação analítica como lampejo de democracia no poder judiciário

Embora não possua uma multidão de defensores de suas ideias, Jeremy Waldron é coerente e racional naquilo que expõe. Para ele, em sociedades razoavelmente democráticas - cujo principal problema não é o fato de suas instituições legislativas serem disfuncionais, mas sim o fato de seus membros discordarem sobre direitos -, o controle de constitucionalidade é inapropriado.

Waldron advoga que é plenamente possível que, no âmbito legislativo, parlamentares discordem ferrenhamente sobre direitos e, concomitantemente, estejam os levando a sério.

Em sua obra *The Core of the Case Against Judicial Review*⁶², cuja leitura se faz imperativa para o a melhor compreensão deste tópico, o autor aduz que dois fatores são necessários para que as discordâncias entre direitos sejam sanadas: primeiramente, a adoção de procedimentos que respeitem vozes e as opiniões de pessoas - milhões delas - cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las como iguais nesse processo; secundamente, a garantia de que tais procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam.

O Legislativo, na sua ótica, cumpre melhor esses requisitos, enquanto o Judiciário, por ser carente de legitimidade democrática, traz uma *ofuscação legalista* das questões morais em jogo. Não é possível trazer à tona todas as razões que levam Waldron a essa conclusão, mas, com esforço sintético, serão levantados alguns de seus principais argumentos a partir de agora.

A uma, de forma incisiva como de praxe, o autor desmente o argumento de Michael Moore⁶³ de que “os juízes estão mais bem posicionados para fazerem o discernimento moral da legislação, porque os magistrados têm experimentos mentais morais apresentados a eles todos os dias, com todo tipo de detalhe e envolvimento pessoal concreto necessários para o discernimento moral”:

Mas isso é principalmente um mito. No momento em que as ações alcançam os níveis recursais mais altos sobre os quais estamos principalmente falando em nossa discussão sobre o judicial review, praticamente todos os traços originais de detentores de direitos de carne e osso desaparecem e o argumento como tal gira em torno da questão abstrata do direito questionado. Os autores ou petionários são escolhidos por defensores de uma causa precisamente para incorporar as características abstratas que estes desejam enfatizar como parte de uma discussão geral de política pública. As idiosincrasias dos litigantes individuais normalmente já foram perdidas de vista no momento em que a

⁶² WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Editora: Lumen Juris, p. 93-158. 2010.

⁶³ MOORE, Michael S. *Law as a Functional Kind*, em *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, p.188, 1992. (Robert P. George ed., 1992).

Suprema Corte dos Estados Unidos examina a questão, e a Corte quase sempre examina a questão em termos gerais⁶⁴

Trazendo para a realidade brasileira, o autor, em suma, afirma que os advogados dos *partidos políticos com representação no Congresso Nacional* (art. 103, VIII, CRFB) e das *confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional* (art. 103, IX, CRFB) seriam os reais responsáveis por *escolher a dedo* as discussões jurídicas que são travadas na arena do Supremo Tribunal Federal.

A duas, Waldron destaca que os juízes não estão preocupados com o enfrentamento direto das *questões morais*. Isso se daria ao fato de o Poder Judiciário estar tão preocupado com sua falta de legitimidade democrática que prefere “se agarrar aos textos legais que lhe concede autoridade e debater sua interpretação” que, efetivamente, aventurar-se na discussão das razões morais dos direitos em questão⁶⁵.

A três (e este tópico merece destaque por estar umbilicalmente ligado ao tema “fundamentação decisória”), o autor rebate com veemência a ideia de que “a grande vantagem da tomada de decisão judicial sobre questões de direitos individuais é o raciocínio explícito e a sua fundamentação”:

Os legisladores apresentam as razões para seus votos, tal como os juízes. As razões são dadas naquilo que chamamos de debate e são publicadas no *Hansard* (relatório oficial do debate do Parlamento inglês ou canadense) ou nos *Anais do Congresso*. A diferença é que os juristas aprendem a estudar a fundo as razões apresentadas por juízes; eles não recebem treinamento para estudar a fundo o raciocínio legislativo (embora ocasionalmente o vasculhem com propósitos interpretativos). Talvez este argumento não seja realmente sobre a presença ou ausência da fundamentação, mas, antes, sobre sua qualidade. Do meu ponto de vista, contudo, as razões que os tribunais tendem a apresentar quando exercem os poderes de *judicial review* sobre a legislação raramente são as razões que seriam examinadas em uma discussão deliberativa plena, e o processo de pesquisar, de citar, de avaliar e de comparar o peso de tais razões é bem diferente para os tribunais em comparação a um debatedor político ideal⁶⁶

Para o autor neozelandês, os tribunais estariam demasiadamente preocupados com a legitimidade de sua tomada de decisão e, por isso, concentrariam sua "fundamentação" nos fatos que tendem a demonstrar que eles estão juridicamente autorizados - pela constituição, por lei ou por precedentes - a decidirem. Como as cortes estariam *distraindas* por essas questões de legitimidade, concentrar-se-iam no que outros tribunais fizeram ou no que diz o texto da lei,

⁶⁴ WEDDINGTON, Sarah. *Roe v. Wade: Past and Future. Discurso proferido na Faculdade de Direito da Universidade de Suffolk, The Donahue Lecture Series* (7 de dezembro de 1989), in 24 Suffolk U. L. Rev. p. 601, 602-03, 1990.

⁶⁵ TUSHNET, Mark. *Taking The Constitution Away From The Courts*. [S.l.:s.n.], 1999.

⁶⁶ WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Editora: Lumen Juris, p. 131. 2010.

enquanto os legisladores - apesar de todos os seus defeitos - tenderiam ao menos a *ir diretamente ao cerne da questão*⁶⁷⁶⁸.

Continuando neste ponto, Waldron aduz que os debates legislativos, malgrado não recebam a devida atenção do ensino jurídico mundo afora, possuem *raciocínio rico* em países onde não há protagonismo do *judicial review*.

À guisa exemplificativa, o autor cita os debates da Câmara dos Comuns inglesa sobre o “Projeto de Lei de Interrupção Médica da Gravidez de 1966”, momento no qual se discutia a liberação do direito de aborto⁶⁹:

O segundo debate de interpretação desse projeto é um ótimo exemplo do que se pode encontrar quando uma instituição política discute questões morais. É um debate longo - cerca de 100 páginas no *Hansard* - e envolveu trabalhistas pró-vida e pró-aborto, conservadores pró-vida e pró-aborto, discutindo e focalizando todas as questões que precisam ser abordadas quando se debate o aborto. Eles debateram as questões apaixonadamente, mas também de maneira minuciosa e honrada, prestando atenção às questões de direitos, de princípios e pragmáticas de ambos os lados. Foi um debate no qual, ao final, venceram os que apoiavam o projeto; a facção pró-aborto prevaleceu. O notável foi que todos que participaram do debate, os deputados pró-vida (quando viram para qual lado os votos estavam indo), louvaram o respeito com o qual suas posições tinham sido ouvidas durante a discussão. Pensem nisso: quantas vezes já ouvimos qualquer um do lado pró-vida louvar a atenção e o respeito com que sua posição foi discutida, digamos, pela Suprema Corte em *Roe v. Wade*?

Diante disso, o autor, mesmo não negando que o raciocínio legislativo também pode ser vergonhoso - na medida em que as maiorias legislativas agem por pânico, despreocupadamente ou simplesmente papagueando *slogans populares* ou *sectaristas* em seus debates -, defende que os *defeitos de deliberação* no legislativo são menos drásticos.

A quatro, Waldron acusa os tribunais de “tomarem suas decisões por meio de votação, aplicando o princípio da decisão majoritária a seus poucos membros”. Sendo assim, mesmo que apresentem *fundamentações*, no final das contas, tudo se resumiria à contagem de votos individuais⁷⁰ (cinco votos a quatro no exemplo da Suprema Corte dos EUA ou seis votos a cinco no caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro).

Para o autor, o princípio da *decisão majoritária* é apropriado para pessoas que tenham uma razão moral para insistir em serem vistas como iguais em alguns processos decisórios, no

⁶⁷ WALDRON, Jeremy. Legislating with Integrity. 72 *Fordham L. Rev.* [S.1.], 373, 2003.

⁶⁸ WALDRON, Jeremy. *Moral Truth and Judicial Review*. 43 *Am. f. Juris.* 75, 1998.

⁶⁹ WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Editora: Lumen Juris, p. 132. 2010.

⁷⁰ WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Editora: Lumen Juris, p. 141. 2010.

entanto, Waldron “não consegue ver qualquer base moral para essa razão no caso dos Juizes da Suprema Corte”⁷¹.

Aliás, para o autor, mesmo que os defensores do *judicial review* insistam que juizes têm, de fato, credenciais democráticas (eles são nomeados e confirmados por autoridades eleitas), essas credenciais estão longe de competir com as *credenciais democráticas de legisladores eleitos*. Além disso, na medida em que aceitamos os juizes têm credenciais democráticas, nós enfraquecemos o argumento-central que é apresentado a favor do *judicial review* como uma *forma nitidamente valiosa de um processo decisório político*.

Na lógica apresentada pelo autor, o argumento deixaria de ser a favor do *judicial review* em si e partiria para uma questão de *legitimidade*, esfera em que o Judiciário “levaria uma surra” do Legislativo, poder eleito diretamente pelo voto popular.

A seis - e por último -, Waldron afirma que as pessoas tendem a depositar suas esperanças no *judicial review* quando querem maior peso para suas opiniões do que conseguiriam com a política eleitoral. Em vez dos de os cidadãos tratarem a via judicial como um “modo adicional” de acesso à participação do cidadão no sistema político, são estimulados a partir para uma *arena* na qual os debates não são pautados no princípio de *igualdade política* normalmente visto como crucial para a democracia. O Poder Judiciário, para Waldron, deveria ser um *modo de acesso* pertinente quando as outras vias de mudança política estivessem, por algum motivo, bloqueadas.

Para o autor neozelandês, cuja sinceridade e honestidade intelectual são admiráveis, talvez haja circunstâncias - patologias peculiares, instituições legislativas disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas de preconceito endêmico - nas quais os custos de *ofuscação legalista* do Judiciário valham a pena ser suportados por certo tempo.

Todavia, segundo Waldron, os defensores do *judicial review* devem começar a fazer suas alegações a favor da prática de forma mais franca e ponderada - e não como se o *judicial review* fosse a *utopia do perfeito respeito aos direitos* e um *elemento normal (e normativamente desejável)* da moderna democracia constitucional.

Como se percebe, a visão de Waldron é diametralmente oposta àquela demonstrada exaustivamente neste trabalho, capitaneada por autores como Marcelo Neves, Humberto Ávila, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, os quais veem a norma jurídica como resultado de uma atividade *criativa* da jurisdição (teoria da interpretação *adscritiva* dos textos jurídicos).

⁷¹ WALDRON, Jeremy. *Deliberation, Disagreement, and Voting*. In *Deliberative Democracy And Human Rights*. 210 [S.l.:] Harold Hongju Koh & Ronald C. Slye eds., 1999.

Para os autores supracitados, como já exposto, as *rationes decidendi* das decisões judiciais - por serem normas jurídicas que resultam da interpretação -, ao mesmo tempo em que são fontes do direito, também possuem o condão de atribuir significado às demais fontes do fenômeno jurídico. Afinal, segundo essa *teoria adscritiva*, seria justamente no âmbito da jurisdição que se transformaria texto (significante) em norma (significado).

Jeremy Waldron, indubitavelmente, não concorda com isso tudo. Tampouco os últimos autores citados dialogam academicamente com a defesa feita por Waldron de um Estado de Direito mais pautado na *representatividade* democrática.

As próximas linhas se dedicarão, pois, a analisar se (in)existem alguns *lampejos* de democracia (efetiva representatividade e participação) especificamente no que se refere a um tema nevrálgico do Direito Constitucional e do Processo Civil brasileiros: o dever de fundamentação analítica das decisões judiciais.

Diferente de Waldron, cujas ideias não possuem tantos discípulos declarados, a teoria *adscritiva* da jurisdição possui uma fila de (bons) defensores. Isso não significa, entretanto, que não se possa pesquisar a (falta de) efetiva legitimidade democrática no âmbito das decisões do Poder Judiciário. A ideia deste tópico do presente trabalho parte, irrefutavelmente, do *constrangimento intelectual* provocado pela leitura dos textos de Jeremy Waldron.

Embora o presente trabalho tenha assumido uma postura de isenção no que se refere aos dois “lados da moeda” trabalhados na introdução, a história recente brasileira não vai ao encontro da teoria *waldroniana*.

Pois bem.

Mesmo autores profundos como Oscar Vilhena Vieira - dedicado ao estudo dos direitos humanos, da desigualdade e da subversão do Estado de Direito - comentam a importância do Poder Judiciário como instrumento capaz de democratizar, mesmo que minimamente, sistemas políticos que marginalizam os *invisíveis*⁷² e os *demonizados*⁷³:

Como mostra a experiência recente de muitos países extremamente desiguais como Índia, África do Sul, Brasil e Colômbia, a comunidade jurídica em geral e as cortes em particular podem, em algumas circunstâncias, responder às demandas dos menos favorecidos economicamente quando eles pleiteiam reparações através do sistema jurídico. Assim, qualquer esforço para utilizar as leis para melhorar o próprio Estado de Direito pressupõe que haja por trás uma mobilização social e política. Devido a algumas características formais igualitárias do Estado de Direito, discutidas acima, os interesses que seriam sufocados em uma arena puramente política podem conseguir algum status em um meio-ambiente mais influenciado pelo Direito. Embora as instituições jurídicas

⁷² Estes, para o autor, são os extremamente pobres.

⁷³ Já estes, para o autor, são os que ousam desafiar o sistema.

também sejam extremamente vulneráveis à subversão dos poderosos, elas podem eventualmente produzir curtos-circuitos nos sistemas políticos⁷⁴.

O autor, em que pese suas ressalvas ao uso do direito como instrumento a favor dos *poderosos*, defende que a jurisdição traz uma esperança à ordem democrática na medida em que, ao se traduzir uma demanda social em uma demanda jurídica, desloca-se de um ambiente de competição por puro poder para um processo no qual as decisões devem ser fundamentadas analiticamente. Para Vieira, *a necessidade de justificativa legal reduz o espaço de pura discricionariedade*⁷⁵.

Foi, por exemplo, no âmbito da ADPF 130 que o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do poeta-ministro Carlos Ayres Britto, julgou total procedente os pedidos, no sentido de declara a Lei de Imprensa de 1967 integralmente inconstitucional. Em trecho do acórdão⁷⁶, aduziu o ministro relator:

A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. (...) assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados.

É evidente que tal decisão foi ao encontro do *espírito* da Constituição da República, o que reforçou o papel emancipador de direito da Poder Judiciário, eis que significou um avanço (mesmo que mínimo) do combate ao *entulho autoritário* deixado pela ditadura militar no ordenamento jurídico brasileiro.

A expressão “entulho autoritário” foi ventilada em 1979 pela oposição ao presidente militar Joao Baptista Figueiredo para designar a caótica ordem jurídica brasileira após a revogação dos atos institucionais. A partir disso, a expressão se firmou no vocabulário político brasileiro - pós-constituente de 1988 - para designar um conjunto bastante heterogêneo de permanências jurídicas e institucionais do passado.

O professor Conrado Hübner Mendes, em inteligente analogia, afirma que *o entulho autoritário não era entulho, mas estoque*⁷⁷. O autor explica, nesse sentido, que no ventre da democracia de 1988 foram criadas formas renovadas e originais de autoritarismo:

O exemplo mais recorrente desse entulho é a manutenção da blindagem das polícias militares e das Forças Armadas na Constituição de 1988. Sua arquitetura e estrutura de

⁷⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6, ano 4, 2007.

⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil. Celso Campilongo (org.). *Direito, cidadania e justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁷⁶ Íntegra do acórdão disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/4/art20190408-09.pdf>

⁷⁷ MENDES, Conrado Hübner. O entulho autoritário era estoque. **Quatro Cinco Um: a revista dos livros**, 2020.

mando, seus mecanismos corporativos de controle e sua filosofia pré-democrática seriam incompatíveis com padrões democráticos de organização do poder e das funções de defesa e segurança pública. Algo que se tornou consenso entre estudiosos do tema. O segundo exemplo invocado foi a ausência de acerto de contas e responsabilização pela violência política e repressão de dissidentes durante a ditadura militar. A Lei de Anistia teria impedido uma condenação pública — simbólica e judicial — dos responsáveis pelas violações. A esses exemplos auto evidentes, autores diversos somaram um conjunto heterogêneo de outras leis, arranjos institucionais e privilégios corporativos: as prerrogativas de grupos específicos de burocratas — militares, juízes, promotores, agentes da administração pública — que a Constituição, leis e decisões judiciais preservaram; ou a hipertrofia do Poder Executivo federal, produto da sua multiplicidade de competências exclusivas e unilaterais que permaneceram isentas de parâmetros de controle. Somaram outros exemplos: desde a regulação da mídia, alegadamente “oligopolizante e autoritária”, até o sistema de concessões minerárias, supostamente “intervencionista e autoritário.

O autor ainda cita, como exemplo desse *estoque renovado* do autoritarismo: o grau de institucionalidade que adquiriram a prisão arbitrária, a tortura e a letalidade policial, acobertadas por estratégias como a invocação do “crime de desacato” e, além disso, o fracasso de novas tentativas de prestação de contas com o passado autoritário — como a Comissão Nacional da Verdade.

O artigo 103 da Constituição da República, ao abrir um leque de sujeitos com competência ativa para o ajuizamento das ações concentradas de constitucionalidade, também deu indícios de que a jurisdição deve ser usada, antes de tudo, para a emancipação de direitos fundamentais e para a expurgação de “fósseis” autoritários.

Os legitimados ativos com *maior representatividade cidadã*, tais quais o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional, vêm fazendo uso, com altivez, dessa via constitucional.

Por fim, no âmbito acadêmico, discute-se o papel fundamental do Judiciário na contraposição ao fenômeno do *constitucionalismo abusivo*.

Esse fenômeno é trazido à tona professor David Landau, que o define como um mecanismo de mudança constitucional utilizado com o propósito de corroer a ordem democrática, subdividindo-se em ferramentas como emendas constitucionais ou substituição constitucional para minar a democracia de “dentro para fora”, sob uma aparência de legalidade⁷⁸.

Como o uso de métodos tradicionais de derrubada da democracia, como golpes de estado, estão em declínio há décadas, pelo grande perigo que causam ao mundo contemporâneo

⁷⁸ LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. UC David Law Review, v. 47, n. 1, nov, p. 189- 260. 2013.

(por serem abruptos e evidentes), o uso do constitucionalismo abusivo é a “bola da vez” para os entusiastas do *constitucional hardball*⁷⁹.

No artigo, Landau trabalha com os exemplos do que ocorreu em países como Colômbia, Venezuela, Equador e Hungria. Em todos esses países houve eleições (a aparência democrática foi mantida), mas ao mesmo tempo, depreendeu-se um sinuoso “estoque de medidas” contra aqueles que tentam destituir os titulares pseudodemocráticos do poder (Álvaro Uribe, Hugo Chávez e o partido Fidesz).

Após tratar da importância dos conceitos de *democracia militante*, da limitação às *emendas em camadas* e da *teoria das emendas constitucionais inconstitucionais*, Landau traz à mesa algumas ferramentas de defesa da ordem democrática. Para o autor, todavia, malgrado a relevância das ideias, elas continuam pouco eficazes para mapear, fiscalizar e conter as ameaças ambíguas do constitucionalismo abusivo.

Há, entretanto, um elemento citado pelo autor que merece atenção (e que envolve um papel forte da jurisdição constitucional): a ideia de *teoria de substituição constitucional inconstitucional*. Resumidamente, trata-se da genial possibilidade da aplicação, pela Suprema Corte, de tese que gerasse vinculação do novo texto constitucional - em alguma medida - a princípios fundamentais do texto constitucional pré-existente.

A ideia parece, de fato, ajudar a evitar a experiência de constitucionalismo abusivo vivida, por exemplo, na Venezuela, onde Hugo Chávez, sob um lençol de “poder constituinte originário”, convocou nova assembleia constituinte (com a aprovação da Suprema Corte) e, logo após, abruptamente, suspendeu o Congresso e fechou a própria Suprema Corte, criando um conselho encarregado de expurgar o Judiciário.

No Brasil, diante do início da crise sanitária causada pelo Covid-19 - um momento clássico de agigantamento do Executivo em qualquer país - foi a Suprema Corte que evitou uma série de medidas, no mínimo, desarrazoadas, como a campanha “O Brasil não pode parar”, amplamente cogitada pela presidência da república, entre várias outras⁸⁰.

Tudo isso reforça, de fato, que a jurisdição constitucional é *criativa*, tem a pertinente capacidade de *adscrever* sentido a textos (como quando, no bojo dos Recursos Extraordinários nº 330817 e nº 595676, reconheceu, com repercussão geral, a imunidade tributária aos livros

⁷⁹ Expressão utilizada na obra “Como as Democracias Morrem”, de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, cuja tradução é “jogo duro constitucional” e faz referência ao uso extremo e abusivo de ferramentas (permitidas constitucionalmente) com finalidade autoritária e antidemocrática.

⁸⁰ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/bolsonaro-acumula-derrotas-em-serie-no-stf-em-meio-a-pandemia-relembre-os-casos.shtml>.

eletrônicos, embora o art. 150, VI, *d*, CRFB apenas trate do vocábulo “livros”) e possui papel relevante da *emancipação* de direitos fundamentais.

Conclui-se, pois, que houve, no decorrer da história jurídica brasileira, inequivocamente, uma derrota para as ideias de Waldron.

Aliás, isso fica ainda mais evidente com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o qual trouxe em seus arts. 926 e 927 um *dever de observância* aos precedentes judiciais vinculantes, deixando cristalina a ideia de que a jurisdição cria normas jurídicas através de *adscrição* de sentido a textos, sendo *arena de debate* tão importante quanto o parlamento.

Em que pese tudo isso, demonstrar-se-á, a partir de agora, que a derrota de Waldron não é completa.

É através da fundamentação analítica de suas decisões que o Poder Judiciário passa a ter a legitimidade democrática que realmente lhe faltava (em comparação às outras duas funções do Estado - eminentemente políticas).

O constituinte e o legislador ordinário parecem ter percebido, então, a necessidade de *calibrar* a atuação de um Poder que, ao menos de início, não possuía tanta legitimidade democrática para decidir.

Como este tópico do trabalho parte de um *salutar constrangimento* gerado pela leitura de Waldron, faz-se pertinente destacar, desde já, que a palavra “lampejo” não foi posta por acaso. O dever de fundamentação analítica das decisões judiciais, como será bem demonstrado, trata-se de um *brilho momentâneo* ou de um *caminho do meio* para aquilo que o Jeremy Waldron advoga.

Não há dúvida alguma de sua “derrota”, como ficou claro anteriormente, todavia também não se pode afirmar que suas ideias saem completamente vencidas no que se refere ao direito brasileiro.

Se é verdade que Jeremy Waldron não conseguiu evitar o crescimento (e, de certa forma, o protagonismo) do *judicial review* no Brasil, também é verdade que o Poder Legislativo garantiu, através de sua própria função legiferante (amplamente democrática), uma *calibragem* do papel da jurisdição.

Isso se deve à previsão *atipicamente incisiva* do dever de fundamentação analítica das decisões judiciais na Constituição da República e, também, à elaboração do primeiro código brasileiro que teve toda a sua elaboração realizada em *período político completamente democrático*: o Código de Processo Civil de 2015.

Mesmo que indiretamente (sem combater o *judicial review* em si), pode-se imaginar a felicidade de Jeremy Waldron ao saber que, hoje, no direito brasileiro, a fundamentação

analítica e dialética das decisões judiciais é algo cuja imperatividade é clara, *sob pena de nulidade* da decisão (art. 93, IX, da CRFB).

Ao fim e ao cabo, pode-se afirmar, sim, com base em tudo que foi construído nos tópicos anteriores da presente pesquisa, que Jeremy Waldron sai vencido no *mérito* da questão. Afinal, no Brasil, não só há amplo *judicial review* como ele vem se mostrando muito importante para a preservação do Estado de Direito.

Todavia, na *forma* através da qual as decisões judiciais são tomadas, acredita-se que, mesmo que indiretamente, o direito constitucional e processual civil brasileiro se preocuparam com a falta de “legitimidade natural” do Poder Judiciário, tão defendida por ele.

Se o Poder Judiciário fosse detentor, por si, de legitimidade democrática - assim como o *debatedor político ideal* é - qual seria o sentido do dever minucioso de fundamentação analítica de suas decisões (art. 93, IX, CRFB e art. 489, §1º, CPC)?

Jeremy Waldron sai derrotado, mas não desconsiderado.

A teoria *adscritiva* de construção da norma jurídica é, praticamente, uma realidade. Doutrinadores da mais alta estirpe encabeçam essa tese, que não é nada mais que a evolução natural (e louvável) da teoria da interpretação judicial, como demonstrado nos tópicos iniciais do presente trabalho.

Entretanto, essa atividade de *adscrição de sentido* protagonizada pelo Estado-juiz não pode(ria) ser desregrada.

Jeremy Waldron, embora critique a ideia de que “*a vantagem da tomada de decisão judicial sobre questões de direitos individuais é o raciocínio explícito e a sua fundamentação*”⁸¹, eis que advoga que profundidade com a qual o Poder Legislativo enfrenta *diretamente* as *razões morais* é mais salutar ao Estado de Direito, com certeza prefere um *judicial review* calibrado por um dever de fundamentação analítica das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB e art. 489, §1º, CPC) a um modelo de protagonismo jurisdicional ilimitado e sem balizas.

Se é verdade que a forma de trabalho do parlamento brasileiro está muito distante da Câmara dos Comuns inglesa, também não se pode olvidar de afirmar que se tem, aqui, um Poder Judiciário que - sob pena de nulidade de suas decisões devidamente inculpada no texto constitucional - deve prolatar decisões *dialéticas*.

⁸¹ WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Editora: Lumen Juris, p. 131. 210.

O dever de fundamentação analítica das decisões é o mais importante *pilar democrático* da atividade jurisdicional. Em suma, é na fundamentação de suas decisões que o magistrado ganha legitimidade democrática (ou, no mínimo, mitiga a ausência dela).

A fim e ao cabo, quando o Poder Judiciário se afasta da noção de precedentes como *norma de decisão*, da importância da fundamentação dialética de seus atos decisórios e da necessária cooperação entre os membros de uma *comunidade argumentativa de trabalho* (o processo judicial), o que se vislumbra, na prática, são algumas mazelas que serão retratadas a seguir, tais quais a aplicação acrítica e “automática” dos meros *textos* dos enunciados de súmula, o uso irresponsável de *ementas* como se *rationes decidendi* fossem e, por fim, o problema da deliberação por meio de “placares de julgamento”.

Antes de tratar de tais mazelas, no entanto, deve-se compreender o segundo pilar da presente pesquisa: o dever de colaboração (ou de cooperação) entre os agentes do processo.

3 O DEVER DE COLABORAÇÃO E PROCESSO COMO COMUNIDADE ARGUMENTATIVA DE TRABALHO

Uma leitura apressada do art. 6º do Código de Processo Civil pode levar à conclusão de que o princípio da colaboração gera um dever de cooperação das partes *entre si*.

Ocorre que, diferentemente do que ocorre no âmbito do direito privado, onde as partes geralmente possuem interesses convergentes ao, por exemplo, pactuarem um contrato de compra e venda, o processo civil é marcado pelo fato de cada parte perseguir seus interesses, os quais são, via de regra, completamente divergentes.

Dessa forma, a melhor interpretação dada ao princípio da colaboração é aquela *do juiz para com as partes* - e não destas entre si⁸². Pensar o contrário é imaginar uma *ingenuidade de interesses* no bojo do processo judicial; o que não ocorre na vida real.

De fato, o que as partes possuem é um dever de agir de boa-fé no processo (art. 5º, CPC), mas o fato de elas deverem agir *lealmente* não significa que o processo deixa de ser uma *guerra*, na qual há um conflito em que os litigantes possuem interesses contrapostos⁸³.

⁸² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 108. 2019.

⁸³ DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, p. 32-37. 2010.

O ponto nevrálgico de um modelo cooperativo de processo é que, embora este não seja uma *conversa trivial* entre seus agentes integrantes, há regras nessa disputa, dentre as quais se sobressaem a *dialeticidade* e a *boa-fé*⁸⁴.

Não poderia ser diferente.

O Código de Processo Civil foi o primeiro código cujo processo legislativo teve início e fim em período político completamente democrático, razão pela qual prevaleceram, no diploma, regras que irradiam substancialmente o *espírito* do Estado Constitucional.

Afinal, o modelo cooperativo de processo hoje vigente é marcado por deveres de diálogo, esclarecimento, prevenção e auxílio⁸⁵, tendo o juiz ocupado uma relevante *dupla posição*: paritário na condução do processo (mantendo o diálogo processual durante a formação da moldura de pontos controvertidos) e, por óbvio, assimétrico quando da decisão da causa⁸⁶.

Nesse momento de *assimetria*, em que o juiz se distancia do modelo paritário através do qual conduziu a demanda e passa a decidir, é imperioso que o faça de forma criteriosa, mantendo diálogo direto com a atividade prévia dos sujeitos parciais durante o processo, de maneira que a decisão judicial também passe a compor a noção de *contraditório* no processo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do MS nº 25.787/DF, cuja relatoria ficou sob a batuta do Min. Gilmar Mendes, já observou que “*o direito fundamental ao contraditório importa em direito das partes a ver os fundamentos arguidos em suas manifestações processuais considerados pela decisão jurisdicional*”⁸⁷.

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessária a menção à decisão prolatada no âmbito do Recurso Especial nº 1.676.027PR, de relatoria do Min. Herman Benjamin, a qual, sem exageros, demonstra, com brilhantismo, as novas lentes (colaborativas e dialéticas) através das quais se devem enxergar a decisão judicial:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS. APLICAÇÃO DO ART. 10 DO CPC/2015. PROIBIÇÃO DE DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE. 1. Acórdão do TRF da 4ª Região extinguiu o processo sem julgamento do mérito por insuficiência de provas sem que o fundamento adotado tenha sido previamente debatido pelas partes ou

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 105-106. 2019.

⁸⁵ Sobre os deveres de cooperação: SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 63-66; DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 14-22; GRASSI, Lúcio. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 6, p. 50-53; CUNHA, Leonardo Carneiro. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 67-70; SANTOS, Igor Raatz dos. *Processo, igualdade e colaboração*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, ano 36, vol. 192, p. 62-73.

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 114; PEIXOTO, Ravi. *Rumo à construção de um processo cooperativo*. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, p. 114. 2011.

⁸⁷ Inteiro teor disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12842210>

objeto de contraditório preventivo. 2. O art. 10 do CPC/2015 estabelece 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. 3. Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu. 4. A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial. 5. O novo sistema processual impôs aos julgadores e partes um procedimento permanentemente interacional, dialético e dialógico, em que a colaboração dos sujeitos processuais na formação da decisão jurisdicional é a pedra de toque do novo CPC. 6. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador. 7. O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código. 8. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas. Haverá afronta à colaboração e ao necessário diálogo no processo, com violação ao dever judicial de consulta e contraditório, se omitida às partes a possibilidade de se pronunciarem anteriormente "sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício" (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 209). 9. Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como de democratização do processo e de legitimação decisória (...). (STJ - REsp: 1676027 PR 2017/0131484-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2017).

Já durante a direção do rito processual, deve o magistrado se despir completamente da função de mero *árbitro*, estaticamente equidistante das partes, para realmente *interferir* de modo colaborativo.

Nesse sentido, ganha relevo a lição de Guilherme Guimarães Feliciano⁸⁸:

⁸⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, nº 48, **Processo Social, Princípio da Cooperação Processual e Poderes Assistenciais**: aplicações ao processo civil e ao processo do trabalho. 2016.

Assim, o juiz pode/deve, entre outras coisas: solicitar o esclarecimento ou o completamento de alegações factuais ambíguas ou incompletas; promover a alegação suficiente de todos os fatos relevantes para a causa (inclusive os que foram originalmente omitidos); fixar com as partes o sentido dos conceitos jurídicos por acaso utilizados (evitando ulteriores divergências nos processos de subsunção e prevenindo alegações e provas sobre fatos juridicamente irrelevantes); discutir e dar a conhecer às partes as possibilidades de solução do pleito, tanto no que atine à apreciação da prova como no que diz respeito ao direito aplicável, ou ainda à própria conciliação (prevenindo, de todo modo, as “decisões-surpresa”); aconselhar as partes, no limite, à alteração da causa de pedir ou do pedido, quando isso for necessário a um deslinde pleno e meritório do litígio (evitando a propositura de novas ações a esse respeito).

É que os deveres cooperativos no âmbito do processo civil são, antes de tudo, uma *divisão de trabalho entre o juiz e as partes* na busca por uma *decisão de mérito justa e efetiva a ser prolatada em tempo razoável* (art. 6º, CPC).

Portanto, ao juiz, além de *dirigir* o processo, caberá a missão de exarar uma decisão analiticamente fundamentada. Enquanto isso, as partes terão o ônus de *delimitar o mérito da causa* através de suas manifestações.

Essa construção do *objeto litigioso* por parte delas deve ser feita através de alegações pormenorizadas, tanto na petição inicial (ou no recurso) como na defesa (ou contrarrazões), como um reflexo natural do dever de fundamentação analítico imposto ao juiz (art. 489, §§1º e 2º, CPC).

Este trabalho visa à demonstração de que só há de se falar em efetiva *colaboração* no processo civil se todos os sujeitos nele envolvidos cumprirem seus ônus de manifestações analíticas e dialéticas. Afinal, o processo civil não é apenas uma comunidade de trabalho, mas uma comunidade *argumentativa* de trabalho⁸⁹.

Pois bem.

A partir de agora jogar-se-á luz sobre um ponto igualmente interessante, mas bem menos trabalhado pela doutrina.

É que o princípio da colaboração, ao passo em que prevê um perene diálogo entre *juiz e partes*, não o faz de maneira unilateral. Estas também devem, indubitavelmente, cooperar com aquele - trata-se de uma *via de mão dupla*⁹⁰.

O Código não exime as partes de algumas responsabilidades (sejam elas ônus ou deveres processuais).

⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 119. 2019.

⁹⁰ VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile* (1978). 6. ed. v. I. Napoli: Jovene Editore, p. 99. 2002.

Por exemplo, embora o sistema brasileiro seja marcado pela *ampla embargabilidade*, o uso abusivo e inócuo do importante recurso de embargos declaratórios é penalizado *pecuniária e processualmente* pelo art. 1026, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC.

Seguindo a mesma lógica - de que é a dosagem que diferencia o remédio do veneno -, o art. 1021, §4º, do CPC também penaliza pecuniariamente o recorrente que interpõe agravo interno pautado apenas na máxima do “*nada de novo foi dito; nada de novo foi respondido*”⁹¹, ou seja, sem cumprir com a resistência *específica e dialética* à decisão do relator.

Embora mereçam ser citadas, não são essas sanções previstas pelo Código de Processo Civil que mostram, efetivamente, o *outro lado da moeda* do princípio da colaboração.

Este, na verdade, é um reflexo direto do dever de fundamentação analítica das decisões imposto ao magistrado pelo art. 489, §§1º e 2º, do CPC (o qual decorre diretamente no art. 93, IX, da CRFB).

O *ponto-chave* de um modelo cooperativo de *mão dupla* é o fato de que incumbe também às partes uma responsabilidade *de alegação analítica* no processo civil⁹², o qual emerge naturalmente como reflexo do dever de fundamentação analítica do magistrado.

Se é verdade o processo civil é uma *comunidade argumentativa de trabalho*, depreende-se que, concomitantemente, as partes têm o ônus de alegar e o juiz tem o dever de decidir argumentando com razões jurídicas. Em ambos os casos há a necessidade de essas interpretações (feitas pelas partes ao alegar ou pelo juiz ao decidir) estejam em conformidade com o Direito (arts. 1º, CRFB, e 1º e 8º, CPC).

Advogando essa responsabilidade cooperativa mútua entre as partes e o Estado-juiz, afirma Daniel Mitidiero⁹³:

Daí que se o juiz tem o dever de fundamentação analítica (art. 93, IX, CF/1988, e art. 489, §§ 1º e 2º, CPC), as partes têm o ônus de alegação específica (arts. 6º, 9º e, analogicamente, 489, §§ 1º e 2º, CPC). Isso quer dizer que, em todas as suas postulações (seja com a propositura da ação, seja com o oferecimento da defesa, seja com a interposição do recurso, seja com a apresentação das contrarrazões), as partes têm o ônus de alegar de forma especificada: i) a conexão da norma com o caso; ii) o significado do termo vago emprestado; iii) o significado do princípio invocado e dos postulados empregados para a solução de eventuais antinomias normativas; e iv) as distinções devidas entre os precedentes debatidos em juízo (analogamente, arts. 6º, 10 e 489, §§ 1º e 2º, CPC).

⁹¹ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 577-580. 2019.

⁹² Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: ed. RT, 2019. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. II. Na jurisprudência do STJ, defendendo o ônus de alegação analítica das partes: 2ª Turma, AgInt no Ag em REsp 853.152/RS, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 13.12.2016.

⁹³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 118-119. 2019.

Há, portanto, uma *divisão do trabalho argumentativo* entre o juiz e as partes no processo civil.

Trocando em miúdos, enquanto é defeso ao magistrado prolatar uma decisão que julgue a demanda genericamente, fundamentando-a de forma vaga e desconectada do caso concreto, também é inadmissível que a parte alegue genericamente suas assertivas de direito na petição inicial.

Ao autor, em sua petição inicial, cabe sustentar justificadamente suas posições jurídicas, ao passo em que cabe ao réu, da mesma forma, fazer o mesmo em sede de contestação ou reconvenção. A situação é idêntica no âmbito recurso, devendo o recorrente (no recurso a ser interposto) e o recorrido (em suas contrarrazões) agirem semelhantemente.

O legislador foi expresso acerca disso, por exemplo, no art. 966, §6º, CPC, ao tratar da petição inicial da ação rescisória fundada em violação de precedente em que não se realizou o devido *distinguishing* no acórdão rescindendo: “*Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica*”.

Esse ônus de alegação específica das partes parece ser, pois, uma *regra* para quaisquer outras postulações delas no modelo cooperativo de processo⁹⁴. Devendo, claro, em caso alegação injustificada, omissa ou contraditória, o magistrado proceder com a intimação da parte para jogar luz sobre suas alegações ininteligíveis (art. 321, CPC).

Fazendo um real reflexo, voltados às partes, dos deveres insculpidos no art. 489, §§ 1º e 2º, CPC, pode-se afirmar, por exemplo, que *i)* não atende ao art. 319, II, CPC a simples indicação, reprodução ou paráfrase de texto de lei, ou seja, a parte deve contextualizar e concatenar suas alegações de fato com as normas jurídicas vigentes (analogia com o art. 489, § 1º, I, CPC); *ii)* da mesma forma, a simples suscitação de julgados - muitas vezes através de meras ementas -, sem destrinchar as suas *rationes deciedi* (analogia com o art. 489, § 1º, V e VI, CPC); *iii)* também não basta a simples referência a normas-regra ou normas-princípio cuja vagueza é expressa, como dignidade da pessoa humana, função social e boa-fé - por analogia com o art. 489, § 1º, II e §2º, CPC.

⁹⁴ MITIDIÉRO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 118-120. 2019.

É somente com base nesse modelo *colaborativo* de processo civil, no qual há uma real *distribuição de ônus argumentativos* entre partes e magistrado, que se pode falar no manejo racional e efetivo do sistema de precedentes no direito brasileiro.

Feitos esses esclarecimentos introdutórios acerca de um modelo geral de manifestação analítica, passa-se, agora, às mazelas do sistema jurídico que decorrem, justamente, da falta de responsabilidade geral (de todos os agentes do processo) com o manuseio refinado de *rationes decidendi*.

3.1 O problema das ementas, do enunciado de súmula e do mero “placar de julgamento”: a necessidade de um modelo geral de manuseio refinado dos precedentes

Dentro do dever de *alegação analítica e específica* das partes, um dos seus desdobramentos merece destaque: o combate ao triste fenômeno da *ementização*.

Em meio ao debate inato ao *modelo cooperativo* de processo, tanto as partes como o magistrado possuem vários *ônus argumentativos* decorrentes diretamente do sistema de precedentes, sejam eles em matéria de antecipação de tutela fundada na evidência, de improcedência liminar do pedido, de poderes do relator, de dever de observância de precedentes vinculantes ou de admissibilidade de recursos excepcionais para as cortes supremas.

Se, como já explicado, o *texto legal* não é portador de um único sentido intrínseco que é apenas declarado pelo Poder Judiciário, mas é de algum modo *(re)construído* pelas decisões judiciais, então a *fidelidade ao precedente* é o meio através do qual a ordem jurídica ganha *unidade*, tornando-se um ambiente verdadeiramente *seguro, livre e isonômico*⁹⁵.

Ocorre que, para que os magistrados cumpram os precedentes suscitados pelas partes, ou para que façam a correta *distinção* entre o caso concreto e o precedente trazido à tona, a *ratio decidendi* deve estar posta com clareza.

Não é razoável, em uma comunidade argumentativa de trabalho, cobrar do Estado-juiz uma postura de analítica apreciação do precedente suscitado pela parte quando esta não o *destrincha*, ou seja, quando não o manuseia com técnica e apego à verdadeira *norma* que dele se extrai,

Nesse sentido, o fenômeno da *ementização* é algo digno de apontamento.

Membros da advocacia de Estado, do Ministério Público (quando atua como parte), da defensoria pública e os advogados privados, não raro, tecem críticas severas - com razão - ao

⁹⁵ BENDITT, Theodore. *The Rule of Precedente*, Precedent in Law. Oxford: Oxford University Press, p. 94. 1987.

império do livre convencimento motivado, afinal não há Estado de Direito quando cada magistrado age como de fosse uma *ilha de jurisdição* e como se estivesse *marginalizado* de um sistema de justiça que visa, precipuamente, ao tratamento isonômico dos cidadãos, contribuintes e jurisdicionados.

Todavia, são aqueles mesmos críticos que, com frequência, não cumprem o *ônus de alegação específica* de suas razões.

O melhor exemplo disso é o costume de se postular em juízo “vomitando” ementas em cada petição, mas esquecendo de jogar luz sobre a *norma* que se extrai daquele julgado conveniente à tese jurídica do postulante.

Essa *ementização*, além de demonstrar uma *atecnia* e uma falta de refinamento por parte de quem postula em juízo, possui uma consequência mais drástica: desestimula que, na prática, o sistema de justiça realmente trate precedentes como *fontes do direito* e como *normas* resultantes da *adscrição* de sentido aos textos jurídicos⁹⁶.

Lucas Buril de Macedo parece ter entendido, a gravidade desse problema⁹⁷:

Ressalte-se que essa confusão *não é conceitual, mas pragmática*. É dizer, o juiz não utiliza a ementa pensando se tratar propriamente do precedente, ou que ementa e precedente significa a mesma coisa. O problema é mais profundo. Na verdade, há a utilização da ementa como se fosse o *núcleo* do precedente, evitando-se a análise cuidadosa dos fatos e da argumentação expedida. Trata-se de um atalho com graves efeitos prejudiciais à prática dos precedentes judiciais.

Embora o autor tenha se remetido à atividade dos magistrados ao fazer a crítica supracitada, esta se estende perfeitamente à atuação dos sujeitos parciais do processo.

Eis o cerne da questão: a *ementa* se trata apenas de um elemento imperativo dos acórdãos (art. 943, §1º, CPC) que se presta ao resumo do entendimento do tribunal, especialmente para fins de divulgação⁹⁸; por outro lado, o *precedente* (como fonte do direito que é) figura como a *norma* que se depreende da análise de todo o *texto* da decisão judicial.

Por tal razão, mostra-se inconcebível o uso de *um dos elementos do texto da decisão* (ementa) como se fosse a *ratio decidendi extraída do julgado* (precedente)⁹⁹. a

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 68-71. 2018.

⁹⁷ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 93. 2019.

⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A ementa nos acórdãos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, v. 21, p. 109-110. 2004.

⁹⁹ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 93. 2019.

Maurício Ramires, em mais uma crítica pertinente à *ementização* praticada pelos magistrados (repito: também usada e abusada pelas partes), aduz¹⁰⁰:

Se a menção isolada do texto da lei é uma fundamentação deficiente, pouco há a dizer da decisão que simplesmente se ancora em um ou mais verbetes jurisprudenciais, citando-os como se trouxessem a solução invencível do caso jurídico presente. Tanto mais quando se trabalha em um sistema jurídico que conhece precedentes diretamente contrários entre si, não raro no mesmo tribunal.

Caminhando na mesma direção, o professor José Rogério Cruz e Tucci, em valiosa obra - de cunho prático - voltada tanto aos recém ingressos na advocacia como aos mais experimentados juristas¹⁰¹, alertou:

Um acórdão atual, colacionado como paradigma, numa hipótese concreta análoga, mesmo com sua eficácia simplesmente persuasiva, constitui significativo subsídio. Nesta situação, cabe ao advogado cotejar os fatos do precedente judicial com aqueles do caso a ser julgado. Não se deve citar simplesmente a ementa. O advogado deve esquadriñar a *ratio decidendi* e procurar demonstrar ao juiz a tese jurídica sufragada pela turma julgadora que, em tudo, abona aquela por ele sustentada na defesa de seu cliente.

Problema parecido afeta também o uso dos enunciados de súmula.

Embora, em um primeiro olhar, imagine-se o *texto* apenas como o *texto da lei*, os enunciados de súmula – que seriam uma espécie de *texto judicial* – também são, inequivocamente, apenas *textos*. Afinal, não raro, são escritos em uma ou duas linhas e em muito se assemelham ao texto da lei, eis que contêm previsão abstrata de um dispositivo textual e até mesmo um procedimento específico de criação e revogação

O *enunciado de súmula*, como “texto judicial” que é, não pode jamais se confundir com *precedente*¹⁰². Para que se crie um enunciado de súmula se tem um procedimento específico e diferente do processo judicial – que é o meio através do qual se criam *rationes decidendi*.

Logo, enquanto o *texto julgado* possui um rito mais formal e engessado para a sua criação, inclusive com previsão se quórum específico para tal (art. 103-A, da Constituição da República), laborar com precedentes é algo que exige dos agentes do processo uma perene postura *relacional e interpretativa* para identificar a *ratio decidendi* do julgado e saber se ela é aplicável¹⁰³.

¹⁰⁰ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45. 2010.

¹⁰¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Exercício da Advocacia: prazos, estratégias e honorários*. São Paulo: ConJur Editorial, p. 40

¹⁰² SILVA, Ovídio A. Baptista da. “A função dos Tribunais Superiores”. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 300-301. ABOUD, Georges. “Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 33, v. 165, p. 218-220. 2008.

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 110. 2018.

Trocando em miúdos, trabalhar de forma refinada com *normas de decisão* impõe ao Estado-juiz a identificação de uma *relevant similarity*¹⁰⁴ ou a necessidade de uma *distinguishing*¹⁰⁵ entre os casos, exatamente como já se demonstrou, no presente trabalho, através dos exemplos dos casos *MacPherson v. Buick Motor Company* (caso julgado pela *New York Court of Appeals* em 1916) e *Donoghue v. Stevenson* (caso julgado pela *House of Lords* em 1932).

Pois bem.

Diferente da *norma da decisão*, parece que os enunciados de súmula passam a deter uma espécie de *vinculatividade própria*¹⁰⁶, independentemente de trabalho *relacional e argumentativo* do julgador. Trata-se um *texto* que, em si, pretende iniciar e acabar um *significado* - o que, de acordo com tudo que consta no primeiro capítulo deste trabalho, parece impossível.

É dizer que não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes (art. 926, §2º, do CPC)¹⁰⁷.

Caso o texto do enunciado de súmula não se ativesse às circunstâncias fáctico-jurídicas dos *precedentes* que deram azo à criação de do enunciado, este não teria nem sentido nem eficácia alguma. O precedente, ele sim, é o elemento da *hipótese fática da norma* que permite a edição do enunciado de súmula¹⁰⁸.

Em uma palavra, o enunciado de súmula se trata apenas de um *extrato*¹⁰⁹.

Comprovando, com “infeliz acuidade”, o que aqui se afirma, Leonardo Greco evidenciou que os enunciados nº 622, 625 e 626 da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal não guardam qualquer correspondência com normas que se extraem dos acórdãos paradigmas¹¹⁰.

¹⁰⁴ SCHAUER, Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, p. 45. 2009. BENDITT, Theodore. *The Rule of Precedente, Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 90. 1987

¹⁰⁵ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 113. 2008.

¹⁰⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 358. 2019.

¹⁰⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, p. 85-86. 2016. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os Padrões Decisórios a Sério*. São Paulo: Atlas, p. 221. 2018.

¹⁰⁸ MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 357. 2019.

¹⁰⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.322. 2015.

¹¹⁰ GRECO, Leonardo. “Novas Súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 10, p. 44-54. 2004.

Descortinando esse mesmo problema, Patrícia Perrone Mello analisou os enunciados de súmula vinculante de nº 1, 2 e 3 e, malgrado os dois primeiros sejam compatíveis com as *normas de decisão* que lhes deram origem, no que se refere ao último enunciado, três dos quatro precedentes invocados para a autorização da edição do *texto judicial* tratavam única e exclusivamente como *obiter dictum* da matéria do enunciado¹¹¹.

Reafirma-se: enquanto a *norma de decisão* demanda a leitura acurada da fundamentação, com argumentação analítica acerca da moldura fática relevante, bem como no sentido de *distinguir* ou *superar* aquela tese jurídica adotada, o enunciado de súmula, em regra (na prática forense), é aplicado a partir da mera invocação de seu texto¹¹².

Nas precisas palavras de Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia¹¹³:

O que há aí é um renascimento (se é que entre nós houve uma morte) dos postulados da escola da exegese, da crença na oitocentista na clareza do texto e mais, no poder racionalizador do mesmo: crê-se que as Súmulas Vinculantes, por serem *Súmulas*, tornam “claro” o sentido (verdadeiro) da norma e, acredita-se que, por serem *Vinculantes*, impediriam qualquer outra interpretação

Caso o direito brasileiro operasse eficientemente como um *Stare Decisis*, a importância de instituir enunciados de súmula ou de súmula vinculante seria reduzida a nada, pois as *normas de decisão* - formadas através de um processo judicial aberto e dialético – já teriam eficácia obrigatória, sendo desimportante, pois, a elaboração de um *texto* curto e abstrato que pretende, erroneamente, capitanear a segurança jurídica nos tribunais.

Parece improvável esgotar toda a riqueza do precedente (*norma jurídica* extraída da decisão judicial), o qual é diferente do texto da lei justamente à sua forte ligação com os fatos da causa, em um enunciado ou frase¹¹⁴.

É que, se ao Judiciário cabe a árdua atividade, dotada de profundo ônus argumentativo, de transformar *texto* em *norma*, não parece salutar ao sistema jurídico a produção de *textos judiciais* postos em súmulas como uma verdadeira panaceia.

Para Luiz Guilherme Marinoni, “*sem a busca da história que deu origem à súmula, como percebeu o §2º do art. 926 do Código de Processo Civil, jamais seria possível concebê-la como auxiliar do desenvolvimento do direito*”. Afinal, ainda segundo Marinoni, “*os fatos só têm importância, para a distinção de casos futuros, quando são relacionados com as razões ou*

¹¹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 166-173. 2008.

¹¹² MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 358. 2019.

¹¹³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. “As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 206, p. 364. 2012.

¹¹⁴ ROSSI, Júlio César. “O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, v. 208, p. 205-206. 2012.

com os fundamentos da decisão-precedente, que obviamente não podem ser retratados em um simples enunciado de súmula”¹¹⁵.

Logo, pela irradiação necessária do art. 489, §§1º e 2º, do CPC também para a atuação das partes em juízo, não é plausível que, dentro da *comunidade argumentativo de trabalho* que é o processo civil, nenhum dos sujeitos do processo se limite à utilização, em suas manifestações, desses *verbetes jurisprudenciais*, como bem pontuou Maurício Ramires. Sejam esses *verbetes* ementas ou enunciados de súmula isolados.

É que para a compreensão precisa e segura da norma jurídica gerada ou especificada em um precedente, é imprescindível a leitura cuidadosa da integralidade da uma decisão judicial, tomando em conta os *fatos* da causa, a *argumentação* realizada por cada uma das partes e, principalmente, os *fundamentos* que levaram à tomada da decisão¹¹⁶.

Ademais, parece que os adeptos da *ementização* se preocupam mais com a *similitude fática* entre as causas que com a efetiva *semelhança jurídica* entre elas, quando, a bem da verdade, a *ponte* que deve conectar o precedente à causa presente é eminentemente *jurídica*, e não necessariamente *fática*.

Extrair o *precedente* (a *ratio decidendi*) de uma decisão judicial é um trabalho que exige refinamento e profundidade.

Exige-se, na verdade, que o julgador posterior ao *caso-precedente*, fazendo um *juízo de fit* (adequação), identifique na decisão judicial as questões de fato e as semelhanças jurídicas essenciais ao deslinde do *caso-atual*¹¹⁷, devendo delinear de forma explícita a tese jurídica adotada para sua análise, o que vai demonstrar todo o caminho fático e lógico que fora necessário percorrer para se chegar ao dispositivo da decisão.

Afinal, a *ratio decidendi* é moldada, refinada e calibrada justamente nos casos posteriores, que delimitam melhor sua abrangência através de distinções ampliativas ou restritivas, não fazendo, portanto, o menor sentido a mera suscitação de ementas ou de enunciados de súmulas como se devessem ser aplicados acriticamente ou simplesmente com base na subsunção daqueles “textos” aos fatos do caso-atual.

Nesse sentido, pondera José Rogério Cruz e Tucci¹¹⁸:

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 23. 2017.

¹¹⁶ MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, p. 94. 2019.

¹¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, p. 162. 2001.

¹¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 97-132, p. 114-122.

Cumpra esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individualizada pelo órgão que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a “norma legal” (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta.

Sobre isso, na doutrina do *constructivismo lógico semântico*, afirma Aurora Tomazini de Carvalho¹¹⁹:

Para o constructivismo lógico semântico a norma veículo introdutor do precedente será uma norma geral e concreta, mas o produto dessa norma será uma norma geral e abstrata (norma-precedente). Isso ocorre porque a norma introduzida se abstrativiza para a sua aplicação a casos futuros.

O que se percebe, todavia, no direito brasileiro, é uma total falta de compromisso com a definição da *norma* da decisão até mesmo em julgamentos colegiados do Supremo Tribunal Federal, o que impede que os juízes dos casos posteriores encontrem o efetivo *precedente* advindo daquele julgado.

Isso aconteceu claramente no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886 RG-AL, no qual se apreciou ação de execução de acórdão condenatório do Tribunal de Contas da União em que se firmou a tese 899¹²⁰, pelo que o STF reconheceu ser prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas.

A tese criada em sede de repercussão geral trouxe à comunidade jurídica, através da interpretação do 37, §5º, da Constituição da República, a possibilidade de prescrição das ações de execução das decisões condenatórias de Tribunais de Contas, a despeito de antigo entendimento da mesma Corte.

Pois bem. Logo na ementa do acórdão, transcrita pelo Relator, Min. Alexandre de Moraes, restou assentado que a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos, reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas, prescreve em cinco anos na forma da Lei 6.830/80 (Lei da Execução Fiscal).

Isso porque, em seu voto o ministro Alexandre de Moraes considerou que a decisão do TCU, formalizada em acórdão, tem eficácia de título executivo e seria executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), por se enquadrar no conceito de dívida ativa *não tributária* da União.

Ou seja, para o Ministro Relator, não há de se falar em imprescritibilidade, devendo ser aplicado integralmente o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional em conjunto

¹¹⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito (Constructivismo Lógico-Semântico)*. 6ª ed. São Paulo: Noeses, p. 372-376. 2019.

¹²⁰ “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

com o art. 40 da Lei nº 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal, fixando o prazo de cinco anos para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração de prescrição intercorrente.

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes, embora acompanhando o Relator quanto ao desprovemento do recurso, participando no resultado da composição de um mero “*placar final de julgamento*”, utilizou outra *razão* para sua decisão, com manifesta divergência ao entendimento do relator, pois considerou que uma vez reconhecida a dívida definitivamente pelo Tribunal de Contas e ajuizada a demanda executiva frente ao Poder Judiciário dentro do prazo quinquenal, ocorre a interrupção da prescrição na forma da legislação civil, somente voltando a correr na subespécie intercorrente, em caso de desídia ao exequente.

Em resumo, reportou o Min. Gilmar Mendes que a incidência da norma que rege a prescrição só incide até que seja exercido o direito de ação, conforme dispõe os arts. 202, I, do Código Civil e 240 e 802 do Código de Processo Civil.

O Recurso Extraordinário nº 636.886 RG-AL, pois, mostra que a *razão de decidir* exposta pelo Min. Alexandre de Moraes, condutor da ementa do acórdão, não obstante tenha conduzido o Supremo Tribunal Federal a um mesmo *placar final*, qual seja, o julgamento pela *prescritibilidade* em cinco anos da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, divergiu totalmente da *ratio decidendi* exposta no voto do Min. Gilmar Mendes, uma vez que este fundamenta a prescrição na legislação cível, ao tempo em que Moraes construiu todo o seu voto na Lei de Execução Fiscal.

A necessidade de o Supremo Tribunal Federal buscar um caminho minimamente uníssono, em plenário, para transformar *texto* em *norma* (criar *rationes decidendi*), não está evidenciada apenas nesse caso.

Esse fenômeno do mero *placar de julgamento* é gravíssimo.

Afinal, paradoxalmente, em um julgamento colegiado no âmbito de qualquer Corte Constitucional, *a vontade dos julgadores importa porque a vontade da Corte é a única coisa que tem relevo*¹²¹.

Se, por exemplo, há um julgamento colegiado proferido por três a dois, só existe *ratio* se os três votos vencedores afirmarem o mesmo fundamento.

Já na ADPF nº 130/DF - na qual se colocou em debate a recepção constitucional da antiga Lei de Imprensa, publicada em 09 de fevereiro de 1967 - a coerência entre as *normas de decisão* também parece *não* ter se verificado. Como é evidente, tal texto legislativo não foi

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 30. 2017.

imune ao contexto político vivido à época, sendo ainda complementado pelo Decreto Lei nº 1.077/70, que regulamentou a censura prévia.

Por clara maioria, a Corte Suprema concluiu que a Lei de Imprensa não possuiria compatibilidade com a Constituição da República de 1988, razão pela qual não deveria seguir hígida no ordenamento jurídico brasileiro.

O relator da arguição de descumprimento de preceito fundamental foi o ministro Carlos Ayres Britto, que assentou em seu voto a ideia de que liberdade de imprensa seria um direito pleno e sufragou, também, a visão de que essa plenitude obstaría a possível atuação estatal na matéria, por meio de regulamentação ou regulação. Em frase do relator que ganhou ressonância popular: “*a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade*”.

Sustentou o Min. Relator que a relevância de uma imprensa livre para a construção de uma sociedade democrática teria ensejado sua proteção absoluta pela Constituição da República de 1988, não havendo legitimidade em uma postura regulatória do Estado e cabendo apenas às relações entre imprensa e sociedade civil ditar os deslindes de sua atuação.

Assim sendo, no conflito entre liberdade de imprensa e direitos de personalidade, por exemplo, não haveria que se cogitar de um trabalho de *ponderação* pelo Poder Judiciário, pois a própria Constituição teria estabelecido a prevalência da imprensa livre e seu poder paralisante.

Do mesmo modo, para Ayres Britto, em seu voto, não haveria legitimidade constitucional para se pensar em uma lei mediadora da atividade de imprensa.

Pois bem. Acompanhando o Ministro Relator, pactuaram o então Ministro Eros Roberto Grau, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia.

Apresentando voto-vista, o então ministro Carlos Alberto Menezes Direito também acompanhou o Relator quanto à procedência da ADPF e à ausência de recepção constitucional da lei de imprensa. Não obstante, em sua fundamentação apresentou uma modificação na *ratio decidendi*, gerando contornos diversos da fundamentação de Ayres Britto, coincidindo mesmo tão somente no placar de julgamento.

Os fundamentos inseridos na razão de decidir do voto-vista não apresentam divergência quanto ao reconhecimento do importante papel desenvolvido por uma imprensa livre na construção da democracia, tornando esta premissa consensual.

Por outro lado, a *ratio decidendi* extraída do voto-vista caminhou no sentido de admitir a regulamentação da imprensa pelo estado sem que isso ferisse de morte a sua liberdade constitucional. Mais que isso, os fundamentos da decisão de Menezes Direito indicaram que esta atuação estatal seria essencial para conformá-la adequadamente a tópicos como a pluralidade e a dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Menezes Direito suscitou que a colisão em potencial entre *liberdade de imprensa* de um lado e de *direitos de personalidade* do outro não encontraria resposta em uma determinação constitucional de prevalência absoluta da primeira, havendo espaço para o exame casuístico do Poder Judiciário por meio de técnicas como a ponderação.

Para ele, portanto, em caminho diametralmente oposto ao defendido por Ayres Britto (malgrado o resultado de ambos, no *placar decisório*, tenha sido idêntico), deixa-se de conceber a liberdade de imprensa como direito pleno ou absoluto, sendo reconhecida sua inevitável relevância, mas sujeitando sua proteção a uma leitura *integrativa* no quadro dos demais princípios constitucionais, sem colocar a liberdade de imprensa em uma posição de *super norma-princípio* (insuscetível a ponderações).

Acompanharam os fundamentos do voto de Menezes Direito os ministros Celso de Melo, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Logo, diante da manifesta divergência entre os julgados, que se coincidem somente no dispositivo decisório, propício apenas à formação do *placar final*, torna-se uma missão impossível extrair qual seria a *ratio decidendi* a ser aplicada em um caso futuro, uma vez que há diferença determinante a respeito da possibilidade de se pensar, inclusive, em uma nova Lei de Imprensa, bem como de qual deve ser o papel do Poder Judiciário e do próprio Estado diante dos conflitos em que a liberdade de informação se apresente como objeto postulado.

Diante dos exemplos dados, percebe-se, sem maiores dificuldades, que o acórdão (muito menos a ementa) desses julgados em nada colabora com um efetivo e honesto *Stares Decisis*.

Luiz Guilherme Marinoni apontou bem para a gravidade desse cenário¹²²:

Os acórdãos das Supremas Cortes não têm se preocupado em expressar os fundamentos dos votos ou a *ratio decidendi* mediante a qual se chegou à solução do recurso ou do caso. A única preocupação é declarar se o recurso foi provido ou não, uma vez que a função das Cortes Supremas é ainda presa à tutela do litigante e à solução do caso concreto. Isso não ocorreria se houvesse consciência de que a decisão, enquanto precedente, é a regra determinada pela função interpretativa da Corte.

Em incisiva crítica ao modelo de deliberação do Supremo Tribunal Federal, em ações de controle abstrato de constitucionalidade, por meros “placares”, o autor da presente pesquisa fundamentou em artigo publicado no site ConJur¹²³:

A força vinculante dos precedentes (artigos 926 e 927 do CPC/15), que está diretamente alinhada à produção de normas (*rationes decidendis*) pelo Judiciário, não visa ao agigantamento dos magistrados. Muito pelo contrário! O *stare decisis* protege o cidadão de um Judiciário anti-isonômico, imprevisível e ineficiente, “forçando-o” a julgar casos idênticos da mesma forma (*treat like cases alike*).

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas. 2. ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, p. 127. 2017.

¹²³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-25/aquino-filho-deliberacao-stf-aco-es-controle-concentrado-constitucionalidade> Acesso em: 10 jun.2022.

Todavia, o conceito (próprio) de precedente não é o mesmo de "decisão anterior que versa sobre caso semelhante". Precedente é a razão de decidir daquele julgado anterior. É a norma (significado) que se extrai dele. É a *ratio decidendi*. Deve-se ignorar, portanto, os "argumentos de passagem" (*obiter dictum*) da decisão para depreender uma norma jurídica. Essa norma não estará meramente na fundamentação daquele julgado, sendo também moldada e esclarecida nos casos posteriores.

Por que, então, o Supremo Tribunal Federal, em decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade, continua julgando apenas a (in)constitucionalidade do texto legal, sem definir, na verdade, qual é a *ratio decidendi* vencedora?

Tendo em vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado é precedente vinculante (artigo 927, I, CPC), deveria-se discutir ali a razão de decidir vencedora, e não estabelecer um mero "placar" pela (in)constitucionalidade do texto legal. O que se vê, na prática, é que, não raro, os ministros "vencedores", apesar de formarem maioria, fundamentam seus votos em motivos completamente distintos. Dessa forma, tem-se uma decisão acerca da constitucionalidade do texto, mas não há uma *ratio decidendi* (norma/significado) clara.

É com base na universalização de "razões de decidir" que se forma um verdadeiro sistema de precedentes. Tendo em vista o caráter vinculante das decisões tomadas pela Suprema Corte em sede de controle abstrato de constitucionalidade, parece conveniente (e necessária!) uma busca por maior clareza sobre a razão de decidir vencedora no órgão plenário da Corte.

Algo próximo ocorre nas decisões em sede de controle incidental de constitucionalidade, ao serem elaboradas as teses jurídicas firmadas em sede repercussão geral. Entretanto, no que se refere aos julgamentos das ações de controle concentrado, há a mera construção de um "placar" que declara a (in)constitucionalidade do texto.

Como toda fonte do Direito, a norma do precedente deve ser cristalina; de clareza solar. Para que possamos gozar da eficiência, da racionalidade e da previsibilidade que um sistema de precedentes traz consigo, devemos adequar o Direito brasileiro às necessidades que ele nos impõe, como: consagração das cortes de vértice como tribunais capazes de afirmar em decisão final o Direito; ampla publicidade das decisões (principalmente de suas fundamentações); rigorosas sanções à litigância de má-fé etc.

Pois bem. A miopia causada pelos fenômenos da *ementização*, do *uso de enunciados de súmula como precedentes* e da *falta de comprometimento do colegiado com a ratio decidendi extraída de seus julgamentos* afastam da prática forense um efetivo uso (refinado) da teoria dos precedentes.

Tais problemas se tornam ainda mais graves quando protagonizados pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que, tratando-se de Justiça Civil, são as duas *Cortes Supremas* que, como *Cortes de Vértice*, têm a função de conceder uniformidade à interpretação do direito (constitucional ou federal)¹²⁴.

As Cortes Supremas não são cortes de *controle*, preocupadas com a exata e "mais correta" aplicação da lei. São, eminentemente, cortes de *interpretação*, que repousam suas preocupações na uniformização do direito¹²⁵.

¹²⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. 3. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 79-86. 2018.

¹²⁵ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Isso ocorre porque, conforme demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, o *texto legal* depende de interpretação, sendo a *norma* o resultado final do trabalho do Poder Judiciário: *adscrever sentido* a textos, interpretando-os.

Diante do cenário apresentado neste tópico, passa-se à reflexão seguinte.

3.2 A falta de um art. 489, §1º, V e IV às avessas significa que apenas o magistrado precisa descortinar as *Rationes Decidendi* em suas manifestações?

Diante dos problemas delineados no tópico anterior, é preciso fazer, com honestidade intelectual, uma reflexão: único culpado por essa falta de refinamento ou de preocupação para trabalhar com *rationes decidendi* não é só Poder Judiciário, afinal, como já esclarecido neste trabalho, tem-se, no Brasil, uma Justiça Civil eminentemente *colaborativa* entre todos os sujeitos do processo.

Diante de todo o exposto até aqui, embora a doutrina critique ferrenhamente a *ementização*, o *uso de enunciados de súmula como precedentes*, a *falta de comprometimento do colegiado com a ratio decidendi extraída de seus julgamentos* e outras condutas de magistrados que não cumprem com o dever de *fundamentação analítica* das decisões ao lidar com precedentes, pouco (ou quase nada) se fala sobre a mesma prática reiterada, às avessas, pelas partes.

Não cumprir rigorosamente, como parte, o ônus de *alegação analítica* em suas postulações é distanciar o processo civil da *obtenção, em tempo razoável, de uma decisão de mérito justa e efetiva* (art. 6º, CPC).

Se o princípio da colaboração tem essa finalidade, incontroversamente prevista no Código de Processo Civil, o ônus de *manifestação específica e analítica* é de todos os integrantes da *comunidade argumentativa de trabalho* que é processo civil.

Afinal, não há de se falar em verdadeira *comunidade*, em sentido algum, se alguns de seus membros apontam os erros e ônus dos outros sem cumprirem, com honestidade intelectual, o *lado da moeda* que lhes é imposto.

Sobre o dever de manifestação analítica das partes, aduz Daniel Mitidiero, trabalhando com o bom exemplo do art. 966, §6º, do Código de Processo Civil¹²⁶:

Embora o legislador tenha sido expresso a respeito do ponto apenas no que tange à petição inicial da ação rescisória fundada em violação de precedente em que não se realizou a devida distinção no acórdão rescindendo (art. 966, §6º, do CPC, incluído pela Lei

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 120. 2019.

13.246/2016), é certo que semelhante ônus de alegação específica se aplica a toda e qualquer postulação das partes. A referência expressa no art. 966, 6º, CPC, constitui apenas um elemento que atesta a coerência de semelhante solução. Não tendo a parte desempenhado adequadamente o seu ônus de alegar justificadamente, tem o juiz o dever de determinar o esclarecimento de suas alegações (art. 321, CPC).

A ausência, pois, de um artigo semelhante ao 489 §§ 1º e 2º direcionado taxativamente para as partes não as exime de cumpri-lo por reflexo.

Afinal, se assim fosse, o princípio da colaboração, em vez de promover uma *equilibrada distribuição da cota participação para cada um dos participantes do processo*¹²⁷, seria um obstáculo à feitura da melhor justiça possível ao caso concreto.

Nesse sentido, Hermes Zanetti Júnior afirma que demonstrar a *distinção* do caso-atual em relação ao caso-precedente é uma incumbência de todos¹²⁸:

Distinguir é uma tarefa para o intérprete. Os precedentes vinculantes não afastam a atividade de cada um dos profissionais do direito de interpretar o caso anterior. Ao olhar para o precedente, seus fatos e a solução jurídica aplicada, deve ser analisado, de forma justificada, até que ponto esses fatos se assemelham ao caso que está sendo objeto de julgamento agora.

O autor, esclarecendo que o *distinguishing* exige uma refinada técnica de todos os sujeitos do processo, continua¹²⁹:

Um caso de contaminação de produto alimentício por objetos que não deviam estar lá, seja o produto cerveja, extrato de tomate, refrigerante ou um pacote de balas açucaradas, sejam os objetos insetos, lesmas, preservativos usados ou uma unha humana será o mesmo ponto de vista do precedente. Isso porque as circunstâncias fáticas são assemelhadas por classes, não se exige a identidade absoluta, mas uma semelhança que justifique a igualdade de tratamento jurídico da questão (...) a distinção entre o caso-precedente e o caso-atual é uma tarefa extremamente técnica, a exigir formação específica dos profissionais do direito, sendo capaz de identificar as categorias fáticas e jurídicas nas quais se enquadram o precedente. Não se trata de uma mera casuística de identificação de casos idênticos em todos os pormenores, mas de extração de fatos materialmente relevantes para a aplicação do direito.

Se, portanto, a decisão judicial é um *ato de poder* construído através da *moldura* gerada pelo *debate processual* em amplo contraditório, não se pode esperar, por exemplo, uma refinada *distinção* feita pelo julgador se as partes, ao alegarem a inaplicabilidade do caso-precedente ao caso-atual, não cumpriram o ônus de ir à raiz da *ratio decidendi* (as categorias fáticas e jurídicas nas quais se enquadram o precedente e que demonstrariam não haver uma semelhança que justifique a igualdade de tratamento jurídico da questão).

¹²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 118-107. 2019.

¹²⁸ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 5. ed. – São Paulo: JusPodivm, p. 344-345.2021.

¹²⁹ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 5. ed. – São Paulo: JusPodivm, p. 345. 2021.

Afinal, como é cediço, cabe ao Estado-juiz a regra da *inércia* e o julgamento de acordo com a moldura de argumentos criada, justamente, pelas alegações das próprias partes em juízo.

Logo, se os precedentes são importantíssimas *normas de decisão* cuja função é trazer unidade, racionalidade e segurança ao sistema jurídico, devem as partes, em suas manifestações processuais, mostrarem, analiticamente, a razão pela qual o *precedente* se aplica ou não e, sendo o caso, demonstrar as devidas distinções entre o caso-precedente e o caso-atual (aplicação reflexa do art. 489, §1º, V e VI, do CPC)¹³⁰.

E, como já demonstrado no presente trabalho, as ementas e os enunciados de súmula, bem como a mera reprodução, nas petições, de “placares de julgamento” pelo (des)provimento de um recurso extraordinário ou especial, jamais serão suficientes para suprir essa incumbência de manifestação analítica sobre precedentes.

Não é por outro motivo que as partes devem, pois, postular em juízo com o ônus da *alegação específica e específica* de suas razões - evitando, por exemplo, o uso avulso de textos legais (não concatenados com o cenário fático), de citações doutrinárias incabíveis e, principalmente, das *ementas* inócuas (as quais não se confundem, nem de perto, com a *norma* depreendida do precedente).

Como já dito, se decisão judicial é um *ato de poder* elaborado com base no debate protagonizado por todos os sujeitos do processo, recomenda-se que qualquer um deles deixe de se manifestar da forma que melhor colabore com uma decisão justa e efetiva.

O saudoso professor Teori Zavascki certa vez afirmou que “*do ponto de vista do juiz, não existe auxiliar melhor da sentença que um bom advogado*”. Essa frase marcante mostra que um processo colaborativo não é aquele em que há uma *conversa trivial* entre as partes, mas sim aquele que exige, também do advogado, o ônus de alegar as assertivas de direito de quem ele representa de forma clara, específica e analítica.

Como já elucidado ao longo do presente trabalho, o princípio da colaboração fez emergir, no processo civil brasileiro, uma *simetria de ônus* entre os agentes do processo.

Pois bem.

Se de acordo com o art. 489, §1º, V e IV, do Código de Processo Civil, *não se considera fundamentada qualquer decisão judicial* que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no

¹³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 120. 2019.

caso em julgamento ou a superação do entendimento”, não seria razoável esperar das partes o mesmo ônus argumentativo?

Pensando na real efetivação de um refinado e racional sistema de precedentes na Justiça Civil brasileira, crê-se que sim.

Todavia, para que, de fato, seja possível vislumbrar um modelo geral de manifestação analítica sobre precedentes no processo civil brasileiro, é preciso analisar mais um importante pilar do sistema (além da fundamentação das decisões e do dever de colaboração): a participação.

Só através desses três pilares (fundamentação, cooperação e participação) se faz possível enxergar, de fato, o precedente como resultado de um processo judicial aberto e democrático.

4 A PARTICIPAÇÃO COMO TERCEIRO PILAR PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO: O PRECEDENTE COMO FRUTO DA ABERTURA DO MODELO PROCESSUAL TRADICIONAL

Não se vislumbra, hoje, um modelo de processo judicial “engessado” ou *rígido* na justiça civil. Ao contrário, vem-se notando a rica possibilidade de um processo civil *flexível*.

Pode-se chamar de procedimento *rígido* aquele pautado pelas alternativas legislativas pré-fixadas, as quais impõem - verticalmente - um caminho procedimental já definido para as partes. Já um processo *flexível* é aquele no qual as partes - horizontalmente - têm a oportunidade de construir um procedimento *adequado* às suas necessidades, fugindo da regularização procedimental apenas de cunho legislativo.

O *procedimento comum* brasileiro traz fortes demonstrações de seu caráter flexível.

Seja na flexibilização operada pelo juiz (art. 139, II e VI, CPC) ou naquela acordada pelas partes (negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC), é indubitável que o direito brasileiro se abriu, de fato, à adequação versátil e horizontal do procedimento comum¹³¹.

Como *espécies* de flexibilidade procedimental, vale citar aquela que é operada pelo legislador por meio de padrões formais genéricos (hoje considerada insuficiente) e aquela que é criada através de um acordo ou de um trabalho cooperativo entre os agentes processuais, visando à melhor “estrada” procedimental a ser percorrida no caso concreto.

Estas últimas, as flexibilizações *horizontais*, que surgem criativamente para melhor responder ao caso concreto (homenageado a racionalidade, a coerência e a liberdade), pode ser dividida em: operada pelo juiz (*case management*) e operada de forma *negocial* entre as partes.

¹³¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. 2. ed. - Salvador: Editora juspodivm, p. 90. 2021.

Isso não nos faz abandonar a flexibilização procedimental *legislativa*, mas apenas demonstrar que esta não é a única e suficiente espécie de adequação do procedimento.

Dentro da uma *segunda* visão do processo civil, mais relacional e complexa, percebe-se que a definição do procedimento entre *comum* e *especial* depende das lentes com que os enxergamos.

Dessa forma, há um claro *diálogo de fontes* entre os procedimentos especiais e o procedimento comum¹³². O que há entre eles, na verdade, é uma relação de complementaridade, pautada pela compatibilidade e adequação da técnica especial ao procedimento (comum ou especial) no qua será aplicada.

Assim sendo, pode-se afirmar, com segurança, que o procedimento comum não só exerce como também se vale de uma *força atrativa* de outras técnicas previstas em procedimentos especiais compatíveis com seu rito. É justamente nesse sentido que o procedimento comum permite uma incorporação de diversas técnicas de diferenciação procedimental (arts. 327, §2º, e 1.049, parágrafo único, CPC).

Pois bem.

O assunto da *participação* no processo civil talvez seja a mais clara demonstração de que o sistema processual avançou e se desenvolveu.

Por exemplo, pode-se afirmar que o rol de intervenções de terceiros previsto no Código de Processo Civil não é taxativo. Afinal, as modalidades interventivas tradicionais, assim como a clássica concepção do que seria “interesse jurídico”, não são suficientes para abarcar, atualmente, todas as possibilidades de participação no processo civil.

Há intervenções *inominadas*, ou seja, aquelas que, embora previstas em lei ou permitidas pelo sistema, não estão agasalhadas sob o título de “intervenção de terceiro” no Código de Processo Civil, tais quais a que ocorre na ação de alimentos (art. 1698, CC/02) e na demarcação (art. 575, CPC).

Parece, pois, que o sistema processual poderia (ou deveria) trilhar um caminho de racionalização das intervenções de terceiro, deixando de lado as meras *descrições [na lei] dessas situações legitimantes*¹³³, para enunciar cláusulas gerais capazes de abranger todas as modalidades interventivas, sem previamente atrelá-las a situações materiais “típicas”¹³⁴

¹³² DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. 2. ed. - Salvador: Editora juspodivm, p. 102. 2021.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de Terceiros**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, p. 25. 2009.

¹³⁴ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 167. 2020.

Nesse sentido, defende-se atualmente que, para atender às variadas finalidades pretendidas com a participação do terceiro, podem os sujeitos do processo negociarem sobre, por exemplo, *delimitação de centros de atuação e restrições à extensão e conteúdo das manifestações*¹³⁵; sobre *restrições parciais e fixação de parâmetros para a produção de prova*¹³⁶; sobre *consolidação de manifestações, nomeação de porta-vozes e realização de atos extrajudiciais para alinhamento*¹³⁷ etc.

É possível afirmar, então, que o processo civil fugiu do mero *interesse-necessidade* para as *zonas de interesse*.

O binômio *interesse-necessidade*¹³⁸ retratava uma visão individualista, inspirado sobre o ideal liberal que ressalta a relação de direito material deduzida em juízo, ao afirmar-se uma lesão a direito de titularidade do sujeito, num contexto conflituoso próprio da “lide” em sentido *carneluttiano*¹³⁹.

Para o professor Antônio do Passo Cabral, por exemplo, a legitimidade não mais deve ser *ad causam*, mas sim *ad actum*. Ela deveria ser vista, então, como um atributo transitivo, verificado em relação a um determinado estado de fato, ou seja: uma legitimidade analisada de acordo com certos *momentos processuais*¹⁴⁰.

As lentes que se prestam à análise da legitimidade, pois, são formadas por aspectos de *função* e das *específicas posições processuais* em que praticados os atos (ônus, direito, poder, faculdade etc.). Segundo Cabral, deve-se analisar, ainda, o complexo de alternativas que estejam abertas para o sujeito numa determinada fase processual.

Devemos estudar o interesse de agir, tanto para as partes quanto para os terceiros, como um filtro mais amplo do que atualmente vem considerado, compreendendo o complexo de atividades que são permitidas aos sujeitos ao longo de todo o curso do procedimento,

¹³⁵ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 366. 2020.

¹³⁶ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 369. 2020.

¹³⁷ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 373. 2020.

¹³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, p.74. 1968.

¹³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. Roma: Foro Italiano, 2ª ed., p.8. 1941.

¹⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda**. *Revista Forense*, v. 404, ano 105, jul-ago, p. 9-10. 2009.

franqueando sua atuação desde que o ato específico tenha atual e concreta utilidade para o requerente¹⁴¹.

Para Cabral, as zonas de interesse, ao analisarem um ou alguns atos processuais, permitem a segmentação da participação processual, permitindo a atuação e a intervenção para finalidades específicas no processo, desde que úteis ao postulante.

Elas podem servir ainda para os casos, em que não seja tão simples identificar com precisão todas as posições subjetivas correlatas que estejam em jogo ou que possam sofrer interferências da discussão no processo e, além disso, elas podem servir, por exemplo, para uma maior compreensão do interesse processual nas ações populares, nas ações de improbidade, e em todas as atuações processuais desvinculadas de um interesse material específico.

Feitas essas ponderações sobre o novo modelo de processo civil que se vê atualmente, bem mais *aberto e flexível*, é chegada a hora de explicar o porquê do tema “participação” se mostrar mais um pilar essencial para que implementação de um modelo geral de manifestação analítica (e mais técnica e refinada) sobre precedentes.

Hoje, defende-se a ampla participação de *terceiros interessados* em demandas suscetíveis à formação de uma *ratio decidendi*.

Sérgio Cruz Arenhart, por exemplo, esclarece que o que acarreta influência nos interesses dos *amici curiae* não é a decisão em si, mas a *universalização* da fundamentação do ato decisório: o precedente judicial¹⁴².

Ainda nesse sentido, tendo a percepção de que os terceiros podem participar da construção da tese (ou norma) jurídica que regerá seus casos futuros, Sofia Temer aduziu que é necessário desenvolver uma nova forma de intervenção para esse tipo de problemática¹⁴³.

É que, a bem da verdade, embora o conceito de *interesse* tenha sido historicamente assimilado com a ideia de *lide*, e desenvolvido para o contexto de um conflito bilateral, tal concepção é, hoje, insuficiente.

Atualmente, nem sempre é possível vislumbrar a simetria da posição do sujeito na lide com a posição do sujeito no processo, havendo situações nas quais o sujeito atua independentemente

¹⁴¹ MARINELLI, Marino. *La clausola generale dell'art.100 C.P.C.* Origini, metamorfosi e nuovi ruoli. Trento: Alcone, p.167-168. 2005.

¹⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. **O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes.** Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo, Thomson Reuters Brasil, v.11, p. 436. 2007.

¹⁴³ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** 4ª ed, Juspodivm, p. 141-150. 2020.

de estar na relação substancial referida como objeto da demanda ou, ainda, de modo desvinculado em relação ao “polo” que ocupa no plano do direito material¹⁴⁴.

Trocando em miúdos, não é adequada a concepção clássica de *interesse* quando as atuações não se encaixarem como ação exercida ou resistida. A visão de *interesse* como pressuposto da intervenção de terceiro deve ser compreendida como ampla e dinâmica, devendo ser analisado o *interesse* e a *legitimidade* para cada ato processual.

É nesse sentido que se pode afirmar que o *interesse* deve, em verdade, ser aferido não apenas em relação à *demand*a, mas sim “*para cada módulo ou zona de interesse pertinente ao ato ou conjunto de atos que o sujeito deseja praticar*”¹⁴⁵.

Ora, dar a chance ao terceiro de participar na formação do precedente é permitir que o “ato de poder” do magistrado, ao criar uma *norma* (precedente) quando decidir, seja ainda mais democrático.

Isso legitima ainda mais o precedente, de maneira a gerar maior “conformação” nos litigantes e evitar futuras *aventuras* processuais.

No caso da intervenção de terceiro em processos aptos à formação de precedentes, principalmente os que possuem caráter vinculante previsto expressamente na legislação (art. 927, CPC), é essencial que, para a constatação de *interesse*, baste a existência de *contribuição argumentativa inovadora*.

É que, malgrado desde de muito antes do Código de Processo Civil de 2015 já se falasse, com brilhantismo, na possibilidade da intervenção de terceiros para “evitar precedente prejudicial”¹⁴⁶, tendo em vista a natural reverência do órgão jurisdicional às suas decisões anteriores em casos que apresentem semelhança jurídica (e ou fática) relevante, o tema ganhou ainda mais relevância após a criação, no CPC/15, de um verdadeiro sistema de respeito às *rationes decidendi* (arts. 926 a 928, CPC).

Já que a *norma* que será extraída do precedente nos casos futuros terá aptidão para formar um *padrão decisório*, existe ali um terreno fértil para que interessados contribuam, através de debate qualificado, com o resultado da função jurisdicional: adscrever sentido a *textos* de forma democrática.

¹⁴⁴ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação - Salvador: Editora JusPodivm, p. 204. 2020.

¹⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, v. 404, ano 105, jul-ago, p.28. 2009.

¹⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões Prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, p. 94-95. 1967.

Sofia Temer, em obra que retrata de forma singular a necessidade de se enxergar um *novo processo civil* sob as lentes da efetiva abertura do sistema para uma participação de interessados¹⁴⁷, confirma que o próprio Código de Processo Civil pareceu se preocupar com o tema:

Nesse sentido, já há no CPC/2015 diversas previsões explícitas a respeito da atuação de “terceiros” e “interessados na controvérsia” (arts. 983, 1.035, 1.038), reforçando o que já previam algumas leis especiais, como a referente ao controle de constitucionalidade (Art. 6º da Lei 9.882/99, dentre outros). Acreditamos, portanto, que há uma espécie de atuação judicial que não se encaixa nas modalidades nominadas, que visa a direcionar a formação de padrões decisórios

No âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), por exemplo, a doutrina já defende que, por se tratar de procedimento que visa à formação de precedente com força vinculante (Art. 927, III, CPC), a decisão judicial de cognição exauriente deve ser precedida pela participação de *inúmeros sujeitos processuais* que possuem na *solução comum e em bloco* que será construída¹⁴⁸.

Os sujeitos *sobrestados*, por exemplo, malgrado não possuem qualquer relação jurídica direta com aquela deduzida especificamente no IRDR, serão impactados por estarem discutindo em juízo matéria idêntica, de modo que aquela conclusão a ser tomada no *precedente*, que possuirá efeito vinculante no direito processual civil, causará impacto crucial sobre a esfera jurídica desses terceiros¹⁴⁹.

Tendo em vista que o próprio art. 138 do CPC admite a participação do *amicus curiae* “em razão da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou repercussão social da controvérsia”, entende-se que o dispositivo já foi capaz de esclarecer que o conceito de *interesse* para participar da formação do precedente passa longe de ser tão somente jurídico, podendo ser de natureza política, econômica, social, religiosa, dentre outras¹⁵⁰.

Aliás, a postulação do terceiro interessado preocupado na formação de uma *norma vinculante* capaz de gerar um *padrão decisório* não parece se limitar aos sujeitos que serão

¹⁴⁷ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 251. 2020.

¹⁴⁸ CABRAL, Antônio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1423. No mesmo sentido, prevendo a possibilidade de atuação de diversos sujeitos do debate que precede a formação de um precedente vinculante em sede de IRDR: ARENHART, Sérgio Cruz. *O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes*. Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2007, v.11, p. 425 e MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.232.

¹⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes**. Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo, Thomson Reuters Brasil, v.11, p. 424-438. 2007.

¹⁵⁰ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 252-253. 2020.

prejudicados em suas esferas jurídicas, mas também àqueles que têm capacidade de contribuir com o que Sofia Temer chama de *pluralização do universo de intérpretes*¹⁵¹, em analogia ao conceito de Peter Häberle, que trata da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” no bojo do controle concentrado de constitucionalidade, tão bem explicado pelo Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto¹⁵².

Nesse sentido, um adendo se faz importante: parece ser importante, de fato, como Sofia Temer defende, diferenciar a intervenção do terceiro que busca apenas *colaborar com a prestação de informações para o debate judicial* daquele que, de forma visivelmente parcial (e não menos importante) será afetado pela *formação do padrão decisório*¹⁵³.

Isso, sem dúvida, afastaria a fundamentada crítica de que, não raro, a figura do *amicus curiae* é mais “amiga da parte” que “amiga da corte”¹⁵⁴, justamente pelo fato de não existirem outras formas explicitamente positivadas no Código de Processo Civil de intervenção de terceiros que, sim, de forma parcial, precisam defender seus interesses dentro daquele processo que formará um *precedente* com aptidão para talvez aniquilar suas pretensões jurídicas.

Um recente (e importantíssimo) caso reflete tais distinções de *formas de participação*, embora ambas tenham sido intituladas de *amicus curiae*.

Trata-se do Recurso Especial nº 1.644.077, julgado sob o rito dos repetitivos (Tema 1.076), decidido por 7 votos a 5 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no dia 16 de março de 2022, sob a relatoria do Min. Og Fernandes.

O cenário fático em torno do recurso é o seguinte: trata-se de uma execução fiscal ajuizada contra os sócios de uma empresa no valor de R\$ 1.600.000 (um milhão e seiscentos mil reais) no ano de 1997. Em petição de três páginas, o advogado de um dos sócios, em sede de exceção de pré-executividade (EPE), pleiteou o reconhecimento da ilegitimidade passiva. Como resultado da EPE, o sócio de fato foi excluído do polo passivo da execução e controvérsia passou a girar em torno da parametrização dos honorários sucumbenciais de seus advogados.

¹⁵¹ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 253. 2020.

¹⁵² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, versão eletrônica, p. 581. 2012.

¹⁵³ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 253.2020.

¹⁵⁴ Refletem muito bem a justa crítica ao “mito do desinteresse” do *amicus curiae*: NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT: 2015, p. 2.333 e, no direito estrangeiro, ANDERSON, Helen A. *Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae*. University of Richmond Law Review, v. 49, p. 361-416. 2015.

No caso, a Corte Cidadã, em clara vitória para a advocacia brasileira, vetou a fixação, como regra, dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, com a proposição de duas teses pelo ministro relator:

- 1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.
- 2) Apenas se admite o arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

O relator, Min. Og Fernandes, foi acompanhado pela maioria dos ministros – Jorge Mussi, Mauro Campbell Marques, Luís Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raúl Araújo e João Otávio de Noronha, permitindo a formação de maioria a favor da tese da advocacia. Acompanharam a divergência aberta pela ministra Nancy Andrichi os ministros Herman Benjamin, Laurita Vaz, Isabel Gallotti e Maria Thereza de Assis Moura.

Pois bem.

No bojo desse importante recurso especial foram admitidos para atuar como *amicus curiae* as seguintes instituições: O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB); o Colégio Nacional de Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG); a União; o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e a Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNEP).

De pronto, se maiores delongas, percebe-se que as entidades representativas da advocacia (pública ou privada) brasileira, o CFOAB e o CONPEG, possuíam evidente interesse parcial na formação de um padrão decisório aceito pelo Superior Tribunal de Justiça por maioria de votos, eis que os advogados privados e públicos, quando vencedores na demanda, são os destinatários dos honorários sucumbenciais (Art. 85, CPC).

De igual modo, também é evidente que a União, que também fora aceita como *amicus curiae*, não buscava simplesmente *pluralizar o debate* sobre o tema de modo *imparcial*, mas sim garantir que a Administração Pública, ao, por exemplo, ajuizar execuções fiscais de alto valor, não corresse o risco de sucumbir total ou parcialmente e pagar os honorários advocatícios na forma do art. 85, §2º, do CPC, mas apenas por mera apreciação equitativa (art. 85, §8º, CPC) – o que acontecia com frequência antes da formação do recente e importante *precedente* que se extrai do Recurso Especial nº 1.644.077, o qual possui força vinculante por ter sido julgado sob rito dos repetitivos, na forma do art. 927, III, do CPC.

Essa participação, com apenas uma *capa de imparcialidade*, não é rara, podendo ser citado como exemplo, também, a intervenção da Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE) e da Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM) como *amici curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, na qual se apreciava a potencial criminalização da homofobia.

Por outro lado, percebe-se que as outras duas instituições aceitas para atuarem como *amicus curiae* no caso, o IBDP e a ANNEP, que são notadamente formadas por juristas das mais variadas vocações jurídicas (incluindo, além dos advogados, também professores, magistrados, membros do Ministério Público, notários etc.) e têm como *razão de ser* a imparcial disseminação do Direito Processual como ramo do direito, realmente representaram, de modo não passional, a função precípua de *colaborar com a prestação de informações para o debate judicial*.

Isso não quer dizer, jamais, que as demais intervenções tenham sido menos importantes apenas por terem sido parciais. Na verdade, comprova, tão somente, a necessidade de se distinguir, como já dito, a atuação do terceiro que busca apenas *colaborar com a prestação de informações para o debate judicial* da intervenção do terceiro que é afetado pela *formação do padrão decisório*.

Finalizado esse adendo, o ponto realmente nevrálgico de assunto é a necessidade de que a formação do precedente seja antecedida por um processo cooperativo, aberto e dotado do ônus circular de manifestação analítica. Só assim a fundamentação do *ato final* (decisão judicial) possuirá ampla legitimidade democrática e representará, de fato, um símbolo final do contraditório efetivo, eis que todos os interessados poderão se sentir efetivamente “respondidos” pelo Estado-juiz.

Como se extrai das linhas da presente pesquisa, a *dialeiticidade* e a responsabilidade de todos os agentes do processo com seus *ônus argumentativos* são o centro do atual *modelo de processo civil*.

Logo, também se faz importante delimitar que tais intervenções de terceiros interessados, não limitadas às formas já positivadas no CPC/15, malgrado sejam valiosas, não estão desacompanhas de pressupostos e de condições. O requisito central para que essa participação do *interessado* seja legítima é, justamente, o da *contribuição argumentativa*, seja ela parcial ou imparcial.

Em resumo, Sofia Temer advoga que é possível a intervenção daqueles que tiveram seus processos sobrestados para aguardar o julgamento do incidente de resolução de demandas

repetitivas, desde que haja alguma *contribuição argumentativa*, sendo esta a medida da admissibilidade da intervenção e o seu limite¹⁵⁵.

Trocando em miúdos, a participação do terceiro, desde que não se limite a repetir argumentos já tecidos (o que seria cristalinamente *irracional*), é bem-vinda. Em frase de precisão cirúrgica, Sofia Temer define que a intervenção do terceiro interessado será útil “justamente nos espaços em que a potencialidade de influência ainda não tenha sido exercida”¹⁵⁶.

Ao fim e ao cabo, o presente tópico desta pesquisa buscou demonstrar que o atual modelo de processo é *flexível, aberto* e relacionado com uma complexidade de interesses (não apenas *jurídicos*).

Nesse sentido, ao tratarem do *método de formação* do precedente, afirmaram Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini¹⁵⁷:

Em comum, em todos esses procedimentos (de formação do precedente), há a especial atenção dada à garantia do contraditório em uma extensão que vai além das partes do caso que serve de base para a consolidação jurisprudencial: ampla publicidade da instauração do procedimento, admissão da intervenção dos *amicus curiae*, possibilidade de realização de audiências públicas etc.

A formação do precedente parece ser, pois, uma construção que deve observar três grandes corolários: um processo dotado de 1) cooperação, de 2) participação e finalizado com 3) fundamentação analítica.

Tudo isso regado a um *ônus circular* de manifestação sobre as *rationes decidendi* pertinentes para o caso concreto, aptas a demonstrar a possibilidade de *distinção* ou de *superação* da norma de decisão vindoura.

Pois bem.

Malgrado estejam postos os três pilares capazes de trazer democratização para a função jurisdicional, faz-se importante trazer à tona, na presente pesquisa, demais exemplos de contribuição para um modelo de processo aberto, democrático e com manifestação analítica sobre precedentes. O tópico seguinte se incumbirá dessa missão.

¹⁵⁵ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4ª ed, Juspodivm, p. 166-182. 2020.

¹⁵⁶ TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4ª ed, Juspodivm, 2020.

¹⁵⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. v. 2 - São Paulo: Thomson Reuters, p. 754. 2021.

5 DEMAIS CONTRIBUIÇÕES PARA QUE O PRECEDENTE SEJA RESULTADO DE UM PROCESSO JUDICIAL DEMOCRÁTICO

Durante a elaboração da presente pesquisa, alguns outros pontos passaram a merecer menção, eis que relacionados justamente ao modelo de processo aqui defendido como compatível com a formação democrática do precedente.

Nesse sentido, espera-se que o presente tópico, já desvinculado propriamente dos três pilares até aqui suscitados, mas indiretamente conectados com um ou com todos eles, seja capaz de *jogar luz* sobre exemplos de atitudes ou de institutos processuais que contribuem (ou contribuiriam) sobremaneira com o itinerário democrático, aberto, cooperativo e participativo do processo judicial até o momento da prolação da decisão de cognição exauriente apta a formar uma *ratio decidendi* que terá *status* vinculante ou pelo menos persuasivo (o precedente).

5.1 A efetiva participação processual do *amicus curiae* na formação do precedente

As linhas anteriores do presente trabalho trataram de um tema em comum, direta ou indiretamente: o aumento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e da Justiça Civil como um todo.

Tal tema leva os processualistas e os teóricos do direito, inevitavelmente, a tratarem, por exemplo, de audiências públicas, de *accountability* e do papel do *amicus curiae*.

Este último instituto – o *amicus curiae* – merece atenção novamente. Não no que se refere às suas facetas de *colaborar com a prestação de informações para o debate judicial* imparcialmente ou de argumentar parcialmente como terceiro que será afetado pela *formação do padrão decisório*¹⁵⁸, mas sim quanto à sua efetiva participação processual (independentemente do grau de passionalidade do *amicus* pelo mérito da causa debatida).

Pois bem.

Já há muito, nos Estados Unidos, rompeu-se com a antiga concepção de que a participação do *amicus curiae* deveria estar limitada à apresentação de peças escritas ou *briefs*, sendo a ele reconhecidas, atualmente, as possibilidades de, por exemplo, requerer provas, realizar sustentação oral e tomar outras providências típicas de quem é *parte* no processo¹⁵⁹.

¹⁵⁸ TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação** - Salvador: Editora JusPodivm, p. 253. 2020.

¹⁵⁹ SHAPIRO, David L. *Some thoughts on intervention before Courts. Agencies, and arbitrators*, Harvard Law Review, 81, p. 752-753.

Se cabe ao *amicus*, de modo parcial e imparcial, representar efetivamente uma pessoa (natural ou jurídica) ou um órgão ou entidade especializada (art. 138, CPC), não parece haver guarida para se rejeitar, no direito brasileiro, o requerimento, pelo *amicus*, de provas relevantes como o depoimento de técnicos ou de especialistas sobre o tema.

É justamente por não figurar como um mero auxiliar da parte (assistente simples) que é permitida ao *amicus curiae* a oposição de embargos de declaração (art. 138, §1º, CPC) independentemente de as partes lançarem mão de tal recurso.

Sobre a independência e altivez do *amicus curiae* para fazer uso dos embargos declaratórios, inclusive para requerer potencial modulação dos efeitos da decisão, aduz Luiz Guilherme Marinoni¹⁶⁰:

De modo que, nem mesmo quando a parte se conforma com a decisão, não apresentando embargos de declaração, deixa o *amicus* de ter poder para deles se servir. Isso não apenas porque um grupo pode ser prejudicado por uma decisão de modo diferente ao da parte que sucumbiu, mas também porque o *amicus*, ao assumir a função de representar parcela da sociedade, não pode estar submetido à vontade da parte.

No mesmo sentido, apesar da antipatia do *caput* do art. 138 do Código de Processo Civil sobre o tema (afirmando ser “irrecorrível” a decisão do relator sobre a admissão do *amicus*), o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a interposição, pelo *amicus curiae*, de agravo regimental contra a decisão que indefere sua participação na demanda¹⁶¹.

Aliás, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, parece existir, de modo reflexo, outra interessante prerrogativa democrática do *amicus curiae*: insistir no julgamento do caso apto à formação do precedente.

É que, no bojo no Recurso Especial n 1.308.830, a 3ª Turma, enfrentando questão de ordem, negou o pedido de desistência do recurso subscrito por ambas as partes¹⁶².

Em decisão que serve de paradigma para o autorreconhecimento do STJ como efetiva *Corte de Precedentes*, a relatora, Min. Nancy Andrighi, alegou que, pelo fato de o julgamento do recurso especial servir diretamente à definição do sentido do direito federal, a deliberação do tribunal não pode ficar refém da livre disposição das partes, eis que caberia ao STJ *não simplesmente dar a última palavra em âmbito infraconstitucional, sobressaindo-se o seu dever de fixar teses de direito que servirão de referência para as instâncias ordinárias de todo o país*¹⁶³.

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 835. 2021.

¹⁶¹ Nesse sentido: Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 817338, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, maioria de votos, DJe 25.06.2019.

¹⁶² REsp nº 1.308.830, Questão de ordem, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.06.2012.

¹⁶³ REsp nº 1.308.830, Questão de ordem, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.06.2012.

Nesse sentido, por reflexo, também parece indubitável que, independentemente da vontade das partes de prosseguirem com a tramitação e julgamento do caso, o *amicus curiae* tem o direito de requerer sua continuidade, principalmente porque possui interesse social e relevante capacidade de contribuição técnica com a deliberação da Corte.

A efetividade da participação do *amicus curiae* vai ao encontro de tudo aquilo que este trabalho procurou demonstrar: a cooperação argumentativa, a participação e a mais ampla e dialética fundamentação possível parecem ser três essenciais pilares para que *normas* de decisão sejam melhor prolatadas.

O nível de participação independente e ativa do *amicus curiae*, independente do seu grau de (im)parcialidade perante o *bem da vida* processual discutido, parece ser, sem exageros, um bom termômetro para o grau de *democratização* de um sistema de justiça.

5.2 Papel do advogado na correta proclamação do julgamento pela corte

O presente trabalho, quando tratou do pilar do dever de colaboração como elemento capaz de catalisar da *democracia* no processo judicial, não desincumbiu as partes e os interessados postularem de forma *analítica* quando suscitassem alguma *ratio decidendi* para fins, por exemplo, de distinção ou superação.

Como defendido mais cedo, o processo deve ser visto e vivido como uma séria e racional *comunidade argumentativa de trabalho*. O que não representa para as partes apenas um direito (do qual se espera, passivamente, a observância pelo magistrado), mas também um dever de manifestação analítica, tal qual aquele destinado à fundamentação das decisões judiciais no art. 489, §1º, V e IV do Código de Processo Civil.

Pois bem.

Nesse sentido, parece ser preciosa a tese do professor Luiz Guilherme Marinoni de que o advogado, com fulcro nos princípios do contraditório e da vedação à decisão surpresa, tem relevante papel na correta proclamação do resultado do julgamento pela Corte em decisões aptas à formação de precedente vinculante¹⁶⁴.

O bom exemplo disso ocorreu no Recurso Extraordinário nº 590.809 (caso Metabel x União).

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento das cortes supremas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 130. 2017.

Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de sete votos, tinha chegado à conclusão de que não cabe ação rescisória em face de acórdão que, na época de sua prolação, estiver em compatibilidade com a jurisprudência predominante da Corte.

Ocorre que o pano de fundo ali discutido era de matéria tributária (creditamento do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados) e, por tal razão, o advogado interessado na causa, que no caso era o representante da Procuradoria da Fazenda Nacional, fez pertinente uso da tribuna no momento da proclamação do resultado para questionar aos ministros se a tese se aplicaria apenas à questão do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), ou se, pelo fato de o recurso ter sido afetado como de repercussão geral, a tese seria aplicável a todos os casos (independente do pano de fundo ser o creditamento de IPI ou qualquer outro cenário tributário).

Após a participação do advogado, os ministros foram estimulados a deixar claro que a verdadeira *norma* extraída da decisão que estavam a prolatar era a que *a alteração superveniente de orientação jurisprudencial do STF não pode se qualificar como hipótese de rescindibilidade do julgado a que se refere o inciso V do art. 485 do CPC* (Min. Celso de Mello) ou, nas palavras do Min. Marco Aurélio (Relator), estava-se *afirmando que, pela respeitabilidade das decisões do Supremo, pronunciamentos judiciais em harmonia com essas decisões não são rescindíveis*.

O exemplo é bom pois dele se depreende que, devido à provocação levantada da tribuna pelo advogado, no momento da proclamação do resultado, toda a comunidade jurídica compreender, com clareza, que aquela *ratio decidendi* se aplicarem indistintamente a todos os casos, e não apenas aos litígios de natureza tributária.

Sobre o exemplo, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni¹⁶⁵:

A alusão à intervenção do Procurador da Fazenda Nacional objetiva apenas e tão somente demonstrar a importância de se dar ao advogado a possibilidade de participar da discussão sobre o perfil da *ratio* (...). Não é por outro motivo que, à tarefa de delineamento da *ratio* por parte da Corte Suprema, soma a interpretação conferida ao precedente pela academia e, especialmente, pelos advogados e juizes dos casos futuros. Admitir o delineamento da *ratio* no momento do julgamento não tem o efeito de eliminar a possibilidade de sua interpretação ou de proibi-la por parte das cortes inferiores. A proclamação da *ratio* tem uma natureza relativa, aberta à conformação pelas cortes inferiores. Isso porque é da própria essência da *ratio* a adaptação, ou melhor, a contenção e a expansão em face dos casos que estão por vir.

No caso, chegou-se a imaginar que a *ratio* decidida seria restrita às questões de natureza tributária, todavia, através da participação democrática do advogado e de sua efetiva

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento das cortes supremas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 132. 2017.

participação no momento da proclamação do resultado, os ministros foram estimulados a afirmar que não importava a natureza do direito material em jogo.

Certamente a doutrina e as vindouras interpretações das cortes locais (tribunais de justiça e tribunais regionais federais) chegassem à mesma conclusão, mas a “calibragem” da *ratio* já no momento de sua proclamação se mostrou salutar – o que, claro, não impede futuras *distinções* restritivas ou ampliativas nos casos futuros.

Ainda sobre a efetiva participação das partes, representadas por seus procuradores ou advogados, na formação dialogada e democrática do precedente judicial, merecem destaques outros apontamentos feitos pelo professor Luiz Guilherme Marinoni em sua recente obra *Processo Constitucional e Democracia*, tais quais a importância do advogado poder sustentar depois do voto do relator¹⁶⁶, a formulação de perguntas aos advogados¹⁶⁷ e a possibilidade de existir uma fase, prévia ao início do processo deliberativo, unicamente voltada às sustentações orais¹⁶⁸.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 633-638. 2021.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 638 e 639. 2021.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 641 e 642. 2021.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início da elaboração desta dissertação, seu *problema* inicial era apenas responder à seguinte pergunta: as partes, assim como os magistrados (art. 189, §1º, V e VI, CPC), também devem identificar e suscitar os *fundamentos determinantes* dos precedentes em suas postulações?

Ocorre que, à luz do princípio da colaboração, que transformou o processo civil em uma *comunidade argumentativa de trabalho*, tal *problema* pareceu se resolver, mostrando que, em que pese a ausência de expressa previsão legal, parece ser um *ônus circular* de todos os agentes do processo a manifestação de precedentes de modo a, de fato, enfrentar suas *rationes decidendi*, sem mera limitação às ementas ou aos textos de enunciados de súmula.

Em determinado ponto da pesquisa, tal problema se mostrou *microestrutural*.

O ponto nevrálgico, dentro de uma perspectiva *macro*, passou a ser, de fato, através de uma pesquisa jurisprudencial, bibliográfica e teórica (dissertativa), encontrar onde residiam as falhas do sistema processual brasileiro no que se refere à formação do precedente.

Encontrando as falhas, seria possível elencar alguns caminhos (ou pilares) para que a *norma de decisão*, encontrada no precedente, fosse, realmente, o resultado de um processo judicial desenvolvido de modo democrático.

Percorrendo caminhos entre o Direito e ciências afins (Economia e Sociologia), entre a representatividade popular do Legislativo e a importância do Judiciário, entre autores brasileiros e estrangeiros, entre análise de decisões do STJ e do STF e entre debates de teoria do direito e de processo civil e constitucional, as linhas desta pesquisa parecem concluir que a fundamentação dialética da decisão judicial, a colaboração argumentativa e a flexibilidade do sistema apta a admitir a efetiva participação de interessados são as três grandes colunas capazes de sustentar um processo civil democrático.

A partir desses pressupostos, a humilde pretensão desta pesquisa é contribuir para que mais trabalhos acadêmicos parecidos com o “capítulo 5” surjam, demonstrando, na prática, outras contribuições para que o precedente seja resultado de um processo judicial verdadeiramente democrático.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 33. 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4664977/mod_resource/content/1/ABBOUD%2C%20Georges.pdf Acesso em: 15 jun.2022.
- ALVIM, Teresa Arruda. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: ed. RT, 2005.
- ANDERSON, Helen A. Frenemies of the Court: **The Many Faces of Amicus Curiae**. University of Richmond Law Review, v. 49, 2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **O recurso de terceiro prejudicado e as decisões vinculantes**. Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2007.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- AYEK, Friedrich A. Von. **The constitution of liberty**. Chicago: Chicago University Press. 1960.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 206. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/1578376/As_Súmulas_Vinculantes_e_a_Nova_Escola_da_Exeges_e Acesso em: 15 jun.2022.
- BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. “Precedent in the United Kingdom”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). **Interpreting precedents**. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis**. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, 1968.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões Prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- BENDITT, Theodore. **The Rule of Precedente, Precedent in Law**. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **O homem cordial**. São Paulo: Companhia das Letras e Penguin Group, 2012.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras. [1936] 1995.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. **Revista Forense**, v. 404, ano 105, jul-ago/2009. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/despolarizacao-do-processo-e-zonas-de-interesse-sobre-migracao-entre-polos-da> Acesso em: 15 jun.2022.

CALMON DE PASSOS, J.J. Súmulas Vinculantes. **Ensaios e Artigos**. v. II. Salvador: Juspodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª. ed. Coimbra, Livraria Medina, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del nuovo processo civile italiano**. Roma: Foro Italiano, 2ª ed., 1941.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito (Constructivismo Lógico-Semântico)**. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2019.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert. HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Contra o processo autoritário**. O novo código de processo civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Exercício da Advocacia: prazos, estratégias e honorários**. São Paulo: ConJur Editorial, 2021.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: ed. RT, 2012.

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

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A ementa nos acórdãos. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, v. 21. 2004. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2004:10007160> 78. Acesso em: 12. jun.2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. **Curso de direito processual civil**, v. II, 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. 2. ed. Salvador: Editora juspodivm, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de Terceiros**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Processo Social, Princípio da Cooperação Processual e Poderes Assistenciais: aplicações ao processo civil e ao processo do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, nº 48, 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108710> Acesso em: 15 jun. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 4ª ed. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991.

GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: Dialética, n. 6. 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/34856923/Cognição_processual_civil_atividade_dialética_e_cooperação_intersubjetiva_na_busca_da_verdade_real Acesso em: 15 jun.2022.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

GRECO, Leonardo. “Novas Súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, 2004. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2004;1000676730>. Acesso em: 11 jun.2022.

GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto e l'interpretazione**. Milano, Giuffrè, 1993.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. UC David Law Review, v. 47, n. 1, nov. 2013.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINELLI, Marino. **La clausola generale dell'art.100 C.P.C. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli**. Trento: Alcione, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Conrado Hübner. O entulho autoritário era estoque. **Quatro Cinco Um: a revista dos livros**, 2020. Disponível em: <https://www.quatrocincoum.com.br/br/artigos/d/o-entulho-autoritario-era-estoque> Acesso em: 17 jun.2022.

MERRYMANM John; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 2. ed, São Paulo: ed. RT, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MOORE, Michael S. **Law as a Functional Kind, em Natural Law Theory: Contemporary Essays** 188, 1992.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

- MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 5ª. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª. ed. São Paulo, Max Limonad, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. 2ª. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1994.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.
- NÓBREGA, José Flóscolo, **Introdução ao Direito**, 8. ed. João Pessoa: Linha d'água, 2007.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 97.; COASE, Ronald. H. *O problema do custo social*. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: textos escolhidos**. Tradução Francisco Kummel F. Alves e Renato Vieira Caovilha. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.040. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT: 2015.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança Jurídica e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, 2011. Disponível em: https://www.academia.edu/6940674/Rumo_à_construção_de_um_processo_cooperativo_Revista_de_Processo_219_2013 Acesso em: 15 jun.2022.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ROSS, Alf. **Theorie der Rechtsquellen (1929)**. Darmstadt: Aalen. 1989.
- ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 208. 2012. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/80077> Acesso em: 17 jun.2022.
- RUIZ, Alicia E. C; CÁRCOVA, Carlos María. Derecho y transación democrática. In: MARÍ, Enrique E., **Materiales para una teoría crítica del derecho**. Buenos Aires, Abedelo-Perrot, 1991.
- SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 36, v. 192. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113290> Acesso em: 17 jun.2022.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional, Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, versão eletrônica. 2012.

SCHAUER, Frederick Schauer. **Thinking like a Lawyer**. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, David L. **Some thoughts on intervention before Courts**. Agencies, and arbitrators, Harvard Law Review, p.81. 1968. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1339526> Acesso em: 17 jun.2022.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A função dos Tribunais Superiores**. Sentença e coisa julgada. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

STRICKLER, Yves. **Procédure civile**. 8. ed. Bruxelas: Bruylant, 2018.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 4ª ed, Juspodivm, 2020.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil**: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: Metodica da segurança jurídica no sistema constitucional tributário. São Paulo: RT, 2011.

TUSHNET, Mark. **Taking The Constitution Away From The Courts**. [S.l.:s.n.], 1999.

VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile (1978)**. 6. ed. v. I. Napoli: Jovene Editore, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil. Celso Campilongo (org.). **Direito, cidadania e justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:capitulo.livro:1995:1000162045>. Acesso em: 09. jun. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 6, ano 4, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/6b8m4wkLXMwkv8KQFmW8Nsy/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 20 jun.2022.

WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao Judicial Review**. Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Editora: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n0xn1ev> Acesso em: 20 jun.2022.

WALDRON, Jeremy. **Deliberation, Disagreement, and Voting**. in *Deliberative Democracy And Human Rights*. 210 [S.l.:] Harold Hongju Koh & Ronald C. Slye eds., 1999.

WALDRON, Jeremy. **Legislating with Integrity**. *72 Fordham L. Rev.* [S.l.], 373, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Moral Truth and Judicial Review**. 43 *Am. f. Jurís.* 75, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. v. 2. 20. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

WEDDINGTON, Sarah. *Roe v. Wade: Past and Future*. Discurso proferido na Faculdade de Direito da Universidade de Suffolk, The Donahue Lecture Series (7 de dezembro de 1989), in 24 Suffolk U. L. Rev, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Manuale di diritto costituzionale**. Torino, Editrice Torinese/UTET, 1990.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 5. ed. – São Paulo: JusPodivm, 2021.