



Volume 25

N. 2

2020

## **Presidente Prudente/SP**

**ISSN 1516-8158**

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado  
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi  
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

#### **REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva  
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Periodicidade semestral

#### **EDITORES**

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)  
Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

#### **COMISSÃO EDITORIAL**

André Simões Chacon Bruno (USP)  
Alessandra Cristina Furlan (UEL)  
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)  
Dennys Garcia Xavier (UFU)  
Daniela Braga Paiano (UEL)  
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)  
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)  
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)  
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

#### **Versão eletrônica**

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

#### **Indexadores e Diretórios**

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

#### **Permuta/Exchange/Échange**

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

#### **Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 25, n. 2– 2020  
Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2020. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5  
ISSN 1516-8158

## Sumário/Contents

<b>NOTA AO LEITOR</b> .....	4
<b>A LEI DE MIGRAÇÃO E SEU IMPACTO NA QUESTÃO DOS REFUGIADOS NA REGIÃO DO VALE DO ARAGUAIA/MT</b> .....	6
SILVA, Camila Teodoro de Lima e .....	6
ANDREOTTI, Rosimeire Cristina.....	6
<b>ESTATUTO DO REFUGIADO E LEI 13.445/17: UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS NO BRASIL</b> .....	27
YAROS, Maria Eduarda de Camargo .....	27
BREGA FILHO, Vladimir .....	27
<b>SOBERANIA SUPRACONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PARADIGMA DE CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA</b> .....	45
PRAZERES, Paulo Joviano Alvares dos .....	45
PRAZERES, Karla Luzia Alvares dos .....	45
<b>OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALISTAS DO PENSAMENTO POLÍTICO DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE</b> .....	57
LEITE, Leonardo Delatorre .....	57
JUNQUEIRA, Michelle Asato.....	57
<b>A HORIZONTALIDADE DO PODER LEGISLATIVO E OS FREIOS E CONTRAPESOS: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL SOBRE O VIÉS DA DEMOCRACIA E DOS ATOS DO CHEFE DO ESTADO</b> .....	79
MELO, Tatiane Donizete de Araujo.....	79
PEGORARO, Luiz Nunes .....	79
<b>A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE NO NOVO CPC: ENTRE A ESTABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A FOSSILIZAÇÃO DA VIDA INTERPRETADA</b> .....	98
LIMA, Lucas Correia de.....	98
<b>DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL: CONSIDERAÇÕES PARA QUE NÃO SE TORNE (APENAS) UM IMPERATIVO CATEGÓRICO DA MORALIDADE</b> .....	119
JUNQUEIRA, Laura .....	119
BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza.....	119
LIGERO, Gilberto Notário.....	119
<b>O AMOR NA MODERNIDADE E A EFICÁCIA DO CONTRATO DE NAMORO ENQUANTO NEGÓCIO JURÍDICO</b> .....	136
SANTOS, Franciele Barbosa.....	136
PAIANO, Daniela Braga .....	136
<b>ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O SISTEMA PRISIONAL: O CÁRCERE COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO FORMADOR DE CRIMINOSOS</b> .....	156
CHIQUETTI, Lucas Mantovani.....	156

## **NOTA AO LEITOR**

A 26ª edição da Revista Intertemas nasce em um período muito difícil para o Brasil e para o mundo, em um tempo de incertezas, turbulências e muitas informações.

E é neste contexto que pesquisadores mais uma vez se lançaram ao desafio de pesquisar e produzir conhecimento, em um momento em que o conhecimento tem sido cada vez mais necessário, principalmente, por conta do número de informações, por vezes tão desconectadas da realidade que temos visto atualmente.

Sendo assim, convido cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, tendo em vista o momento que estamos vivendo.

Desejo uma ótima leitura.

Cordialmente,

Ana Carolina Greco Paes  
Editora da revista Intertemas

## A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE NO NOVO CPC: ENTRE A ESTABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A FOSSILIZAÇÃO DA VIDA INTERPRETADA

LIMA, Lucas Correia de<sup>28</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem como tema as técnicas de distinção e superação dos precedentes à luz do novo ordenamento jurídico processual civil inaugurado pela Lei n.º 13.105/2014. Tal panorama convida a uma análise da controvérsia entre a segurança jurídica e a interpretação do caso concreto, a partir das consequências do uso daquelas técnicas tanto como exceções que confirmam a regra dos precedentes, quanto em mecanismos que desvirtuam a estabilidade dos julgados. Pensando nisso, compreende-se a necessidade de discutir como e porque os provimentos judiciais não podem se constituir em reprografias dos repositórios da Jurisprudência, e o uso adequado de técnicas que considerem no julgamento as peculiaridades fáticas de cada caso. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, onde o método hipotético-dedutivo permeia o desenvolvimento do trabalho, com levantamento dos critérios a serem satisfeitos para a aplicação dos institutos. Discorre-se sobre as técnicas de distinção e superação dos precedentes e como o bom uso de tais técnicas podem assegurar a justiça do julgamento visando não fossilizar seus entendimentos judiciais em face da dinamicidade da realidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Segurança jurídica. Precedentes. Distinção. Superação.

**ABSTRACT:** The present paper has as its theme the techniques of distinction and overcoming of precedents in the light of the new civil procedural legal system inaugurated by Law No. 13,105/2014. This panorama invites an analysis of the controversy between legal certainty and the interpretation of the concrete case, based on the consequences of the use of those techniques both as exceptions that confirm the rule of precedents, as well as in mechanisms that distort the stability of judges. Thinking about it, we understand the need to discuss how and why judicial provisions cannot constitute reprographics of the repositories of jurisprudence, and the appropriate use of techniques that consider in the trial the factual peculiarities of each case. This is a bibliographical research of exploratory character, where the hypothetical-deductive method permeates the development of the work, with a survey of the criteria to be satisfied for the application of the institutes. It discusses the techniques of distinction and overcoming of precedents and how the proper use of such techniques can ensure the justice of the trial in order not to fossilize their judicial understandings in the face of the dynamics of reality.

**KEYWORDS:** Legal certainty. Precedent. Distinguish. Overruling.

---

<sup>28</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Especialista em Direito Processual Civil. Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Servidor da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro inovações diversas em prol da efetividade de valores constitucionais positivados na Carta Magna de 1988, alguns, inclusive, de natureza principiológica e mandamental à legislação infraconstitucional. Entre eles, destaquem-se os luminares da segurança jurídica e da duração razoável do processo, dois princípios caros ao sistema judiciário em razão de sua imbricação com o atual assoberbamento em que se encontraram os foros de justiça do país.

Do aprimoramento dos recursos de mediação a inovações como ordem cronológica de julgamento de processos e atos ordinatórios mais amplos pelos auxiliares da justiça, a nova Lei Adjetiva Civil realça ainda a jurisprudência como fonte normativa e, nos casos expressamente especificados, como precedentes cuja observação dos juízos se impõe, assegurando, desta forma, uniformidade nas decisões judiciais para casos semelhantes os quais se avolumam nas barras dos órgãos judicantes.

A atual pretensão de garantir uma jurisprudência segura, coesa e uniforme tem suas vantagens de trazer segurança jurídica sobre temas debatidos amiúde nas lides forenses, mas também guarda preocupantes consequências quando mal manejadas por operadores negligentes na aferição da distinção fática entre o precedente e o caso concreto.

Tal se dá porque o uso indiscriminado de uma súmula ou julgamento de caso repetitivo pode ocasionar a desconsideração de questões simples, mas que, se bem percebidas, podem redirecionar o final de um litígio.

Técnicas de confronto e superação dos precedentes precisam ser cada vez mais estudadas sob pena de derrubarmos os julgamentos ao limbo de repetição cega e sistemática da aplicação de entendimentos jurídicos das instâncias superiores, esquecendo-se que são as instâncias originárias, ou, até o máximo suas instâncias revisoras de segundo grau, aquelas que apreciam os fatos que circundam a lide.

Torna-se premente garantir que a jurisprudência seja manejada conforme as peculiaridades fáticas que a ensejaram o precedente o qual se deve seguir. O problema se mostra quando a desconsideração da origem do precedente é atropelado pelo uso dele próprio, e a tentativa de celeridade e segurança jurídica subtraem do jurisdicionado a apreciação real sobre o problema peculiar de sua vida, tornando-o mais a um diante de uma série de casos já decididos.

O presente trabalho se dispõe a analisar as técnicas de confronto e superação do precedente, com suas devidas diferenciações, em cotejo com os ditames do Novo Código de Processo Civil, a fim de ressaltar a relevância assumida por tais técnicas diante da iminência de uma fossilização do pensamento jurídico pretextado sob a rubrica de uma inconsequente

segurança jurídica que pode, ao avesso da uniformização da jurisprudência, resvalar em julgamentos abstratos alheios às peculiaridades fáticas de cada caso concreto.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, baseada em obras, artigos publicados em periódicos, ementários de jurisprudência e revistas especializadas. O método hipotético-dedutivo permeia o desenvolvimento da pesquisa, que se desenvolve inicialmente de modo investigativo com levantamento dos critérios a serem satisfeitos para a aplicação dos institutos.

Neste trabalho, ingressa-se na seara aludida pela doutrina como *commonlização* do sistema brasileiro erigido sob os pilares do *civil law*. Argumenta-se a necessária compreensão de uma Teoria dos Precedentes capaz de compreender a relevância de conceitos primordiais para a aplicação de uma jurisprudência forte e segura, como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, além dos mecanismos previstos para a superação e afastamento dos precedentes nas hipóteses em que seus fundamentos não se adequem ao caso concreto. Neste ponto, especifica-se a argumentação sobre as técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*), tecendo considerações sobre a forma de uso de tais técnicas e seus tipos. Ao final, sublinha-se acerca dos vícios comuns no uso dessas técnicas e os riscos afeitos aos ordenamentos normativos em que a força dos precedentes ganha importância na resolução dos litígios.

Por fim, a conclusão esboça como tais técnicas não prejudicam a segurança jurídica e podem assegurar a justiça do julgamento, indo de encontro a uma fossilização do pensamento jurídico, em favor de uma necessária segurança jurídica.

## 2 O SISTEMA “COMMON LAW” À BRASILEIRA

O sistema jurídico jurisprudencial brasileiro difere do norte-americano, apesar das inovações vigentes decorrentes do novel código processual. Isso porque, diferente do sistema *civil law* que predomina no Brasil, “a jurisprudência na *common law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do Direito” (STRECK, 1995, p. 60).

Antes da vigência do novo código, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre essa diferença, afirmando, na ocasião, que nem todo pronunciamento das cortes superiores são de observância obrigatórias, e, por mais que sejam recomendáveis tal adoção pelos juízos inferiores em respeito à segurança jurídica (SANTOS, 2007), a compreensão de determinado fato posto a julgamento não necessariamente se converterá, diferente do sistema do *common law*, numa decisão de eficácia vinculativa aos órgãos judicantes:

No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no

Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do *common law*, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. [...] Vale dizer: tendo a Corte enunciado a sua compreensão acerca da matéria, a partir da interpretação do sistema constitucional, é apenas natural que esse pronunciamento sirva de diretriz relevante para as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões (Embargos de declaração na Petição 3388, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 23/10/2013).

Por sua vez, a súmula vinculante exarada pelo Supremo Tribunal brasileiro também guarda suas peculiaridades próprias, referentes ao caráter geral e abstrato do enunciado normativo, as quais a fazem diferir dos precedentes do sistema do *common law*, não estando os enunciados brasileiros tão vinculados aos fundamentos do caso concreto julgado, e mais a uma generalidade do comando normativo que exprime em seu texto. Nas palavras de Georges Abboud:

A súmula vinculante, ao contrário dos precedentes norte-americano, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum Tribunal. [...] A súmula vinculante, por sua vez, da mesma forma que o assento português, se desvincula do(s) caso(s) que a originaram, ela se impõe como um texto normativa de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, possui dimensão atemporal, logo, duração indefinida, passando a ter validade após sua publicação da imprensa oficial. (ABBOUD, 2011, p. 361)

Ainda no âmbito das distinções, enquanto no sistema *civil law*, o precedente só mostra relevância quando em consonância com um conjunto de outros precedentes. Nos dizeres de Maximiliano, para esse sistema “uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme e constante*”. (MAXIMILIANO, 2003, p. 151).

Assim, um único precedente se trata de apenas mais um julgado que, por si só, não gera caráter de observância - seria como a primeira trilha que se abre numa selva ainda a se desbravar, esta sim, a jurisprudência, na metáfora das palavras do jurista Nelson Sampaio (1985):

Um primeiro julgado assemelha-se à trilha aberta em selva inexplorada. É a única clareira que convida à passagem. Se os que por ela seguirem chegarem à meta procurada, o caminho se tornará frequentado e se converterá, com o tempo, em segura estrada real (SAMPAIO, 1985, p. 32).

Já no sistema *common law*, constitui-se a “regra geral a de considerar-se *um* precedente como relevante para o sistema” (WAMBIER, 2012, p. 16), pois este julgado, ainda que único, guarda fundamentos os quais devem subsidiar decisões sobre casos similares e reforçar a uniformidade da justiça.



É justamente esse fundamento constituído pelo novo paradigma que irrompe do precedente (também denominado *holding*) que irradia a força vinculativa do sistema *common law* (WAMBIER, 2012), assentado no adágio *stare decisis et non quieta movere* - que significa aproximadamente a expressão: “continuar as coisas decididas e não mover as coisas quietas” (TUCCI, 2004, p. 160).

Logo, nesse sistema, a aplicação de um precedente não se dá de forma automática, mas a partir de uma análise sobre a extração dos fundamentos da decisão (*ratio decidendi*) do precedente paradigmático (*precedent case*) em relação ao caso apreciado (*instant case*) (STRECK, 2008).

Tais fundamentos da decisão (*ratio decidendi*) que solidificam a força do precedente se tratam das premissas necessárias à conclusão do caso julgado.

Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quando, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*

A positivação da *ratio decidendi* encontra guarida no artigo 926, §2º do NCPC:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Em contrapartida, toda a explanação decisória que não se adeque à acepção da razão de decidir do caso concreto versará uma mera opinião dissociada da motivação principal conhecido como *obiter dictum*, oriunda do latim (dito para morrer) e que faz referência àquilo que não tem relevância vinculativa e deve se restringir àquele caso em específico, por sentido meramente persuasivo (WAMBIER, 2012).

Diferente da *ratio decidendi* que deve viver além do caso julgado, aplicando-se a casos futuros, o *dictum* é aquilo que é dito para ficar e morrer naquele julgamento (*idem, ibidem*).

A concepção do *dictum* está necessariamente atrelada à concepção da *ratio decidendi*:

O conceito de *obiter dicta*, *dictum* está ligado ao conceito de *holding*, que é a regra ou princípio enunciado pelo juiz em um determinado caso que era necessário para a resolução da questão. Assim, toda e qualquer regra elaborada pela Corte que não era necessária para a solução da questão é considerada *dicta*, *dictum*. Considerando que as Cortes podem criar regras

de direito, mas com a limitação de que elas devem estar relacionadas com os fatos postos sob adjudicação, esse poder está confinado pelas necessidades das controvérsias que lhe são submetidas para decisão. Os *obiter dictum*, portanto, são aquelas considerações jurídicas elaboradas pelo Tribunal não relacionadas com o caso, embora as considerem desnecessárias para justificar a decisão proferida. São pronunciamentos que se afastam do princípio justificador daquela decisão. A partir do momento que dele se afastam, o Tribunal passa a falar extrajudicialmente e nenhuma opinião que possa expressar é considerada vinculante. (SILVA, 2005, p. 303)

A distinção e compreensão de um e outro instituto (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) perpassa pela necessidade de se compreender o que irradia vinculação num determinado julgamento e, por consequência, influencia na compreensão de uma teoria dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro (MACEDO, 2015), sob pena de se gerar um imbróglio irreparável na aplicação das normas processuais cíveis, como alerta Lucas Macedo (2015):

Nos sistemas jurídicos obrigatórios de civil law, justamente por tradicionalmente não se atribuir eficácia obrigatória aos precedentes, não houve preocupação doutrinária de definir *ratio decidendi* ou *obiter dictum*. Isso ocorre no direito brasileiro. Todavia, a partir do momento que se opera com precedentes, especialmente com CPC/2015, a problematização do que é efetivamente vinculante no precedente passa a fazer sentido e, assim, a discussão sobre a *ratio decidendi* torna-se uma das mais relevantes. (MACEDO, 2015, p.216)

Ignorar a relevância da distinção de ambos os institutos acarreta o risco de produzir uma infinidade de precedentes paradigmáticos irrelevantes à observância de futuros casos concretos.

Todavia, vale ressaltar que o *obiter dictum* de hoje, pode, no futuro, vir a ser a fundamentação imprescindível para a resolução de determinada controvérsia, evoluindo, portanto, para uma *ratio decidendi*. O voto vencido de dado julgamento, hoje, pode amanhã ganhar maioria de entendimento no mesmo Plenário, mesmo porque, “além da possibilidade de alteração de posicionamento de alguns ministros, pode haver também a mudança na composição da Corte, com reflexões no resultado do julgamento” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 405).

Como anteviu também Maximiliano:

Quantas vezes se observa achar-se no voto vencido, de alto juiz, ou na sentença reformada, do pequeno, do novo, estudioso e brilhante, a boa doutrina, tímida, isolada, incipiente hoje, triunfantes, generalizada, amanhã! (MAXIMILIANO, 2003, p. 183).

Destarte, mesmo no sistema de aplicação jurisprudencial algo-saxônico do *common law*, em que a premissa do *stare decisis* é fundamental para a garantia da uniformidade das decisões, a segurança jurídica encontra institutos excepcionais que permitem a revisão, superação ou, até mesmo, a não aplicação de determinada *ratio decidendi*. Tais técnicas constituem mecanismos assecuratórios da preservação da própria segurança jurídica, visto

que não a ofendem, mas garantem o respeito ao exame jurídico da facticidade do caso concreto posto a exame. Exemplos desses institutos são: a) o *Distinguishing*; b) *Overruling*; c) *Reversal* e d) *overriding*.

Referidos institutos foram recepcionados expressamente no NCP, como se pode aferir dos §§2º, 3º e 4º do artigo 927 e do artigo 489, §1º, inciso VI:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º **A alteração de tese jurídica** adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de **alteração de jurisprudência dominante** do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de **fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia**. – grifos nossos.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento**. – grifos adotados.

É sobre a aplicação dessas técnicas, inéditas de previsão normativa expressa, que agora se discorrerá.

### 3 TÉCNICAS DE AFASTAMENTO E SUPERAÇÃO DA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE

#### 3.1 Distinção

Não existe fórmula pronta para que se decida pela aplicação ou não do entendimento firmado pela jurisprudência, cabendo somente a análise acurada do caso concreto será capaz de aferir a similitude fática entre o paradigma e o caso posto a exame.

Há casos, porém, que apesar da aparente semelhança, peculiaridades fáticas autorizam afastar a aplicação da *ratio decidendi* do precedente paradigmático. Nesses casos, onde os fatos do caso julgado não coincidem em sua totalidade com os fatos que ensejaram os fundamentos da jurisprudência consolidada, a atividade judicante deve realizar a devida análise distintiva. Dissertando sobre o tema, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira bem elucidam:

Nos casos em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o (s) precedente (s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores. Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente. (DIDIER JR; BRAGA, 2009, pp. 392).

A aplicação da técnica da distinção é própria dos sistemas jurídicos pautados no *stare decisis* e não viola a segurança jurídica almejada, haja vista que, ao contrário disso, trata-se de autêntica técnica que tem por objetivo primaz reconhecer a autoridade dos tribunais no firmamento do precedente e a compreensão de que a utilização deles deve estar restrita aos casos que efetivamente comportem a mesma análise, pois do contrário, estar-se-ia desvirtuando a aplicação da jurisprudência consolidada sobre determinado contexto fático para aplica-lo indiscriminadamente a qualquer contexto desprovido de similitude, em desrespeito, ainda, à percuciente análise do caso concreto (DIDIER JR.; BRAGA, 2009).

A técnica da distinção respeita o direito enquanto produto de um julgamento individualizado que reconhece os fatos de cada caso concreto, distante de uma automação de conclusões em que o magistrado, de maneira robótica, passaria a aplicar precedentes das cortes superiores sem se atentar para cada contexto fático, afinal, se “mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso” (LARENZ, 2009, p. 519), a conclusão jurisprudencial dos tribunais também estaria atrelada à constatação da identidade de fatos para lograr à uma identidade de julgamento.

(...) deve-se, sempre, levar em consideração que cada caso específico colocado sob apreciação do Judiciário dificilmente ser completamente novo, e certamente não será o último, o que induz ao questionamento sobre a pertinência de se tentar resolver todos os casos trabalhando por atacado ou por amostragem e com a pretensão de que o texto do enunciado, da ementa ou das teses formadas consiga, de antemão, abarcar todas as situações da vida possíveis (...). (NUNES, HORTA, 2015, p. 10).

Assim, somente pode-se tratar da mesma forma, os casos que sejam realmente iguais, consolidando-se o brocardo *treat like cases alike*. Trata-se de “a capacidade de a exceção confirmar a regra” (NUNES, HORTA, 2015, p. 13), havendo uma ruptura expressa e casuística com o precedente, onde a decisão de não segui-lo faz constar a razão de assim o fazer.

No novo Código de Processo Civil, tanto o magistrado, quanto a parte devem apresentar a técnica de distinção de forma fundamentada a fim de demonstrar o cotejo analítico fático distinto entre o caso atual e o precedente que, ou, em tese, vincula o juiz, ou, na prática, prejudica a parte, respectivamente.

No que tange ao ônus da parte, há previsão no CPC de 2015, conforme se verifica do artigo 1037, §9º, o qual estabelece incumbir à parte o ônus de demonstrar a distinção entre a questão a ser decidida no processo em que litiga e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, para que possa lograr o prosseguimento do seu processo que tiver sido sobrestado por força daqueles recursos.

A necessidade de fundamentação judicial na aplicação da técnica da distinção pode ser demonstrada, por exemplo, no artigo 489, §1º, inciso VI, que alçou a reportada fundamentação como elemento essencial da decisão, sob pena de nulidade:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

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

[...]

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.**

No que toca ao magistrado, contudo, impende destacar que “quanto maior for sua autoridade, maior será o ônus argumentativo” (NUNES, HORTA, 2015, p. 14), pois reforça a legitimidade e credibilidade da técnica que o tribunal responsável pela construção do precedente ora afastado, justifique as razões do afastamento, estabelecendo em sua decisão que não se trata de julgar conforme “o sabor do vento”, mas de apresentar consistente fundamento apto a não aplicar o precedente outrora firmado e, desta forma, consolidar a regra através da exceção.

Como se conclui, a utilização desta técnica pode ser feita em toda a verticalidade da estrutura judiciária, do magistrado de primeiro grau à mais alta corte. Nesse ponto, o Enunciado nº 174 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis assegurou que “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado”.

Algumas consequências podem advir da utilização desta técnica, como salienta Bustamente sobre duas delas:

(1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato sub judice pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento a contrario para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado, na hipótese de se concluir que o fato sub judice não pode ser subsumido no precedente. No primeiro caso (redução teleológica) opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento a contrario) a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se concluiu que suas consequências não podem ser aplicadas aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência. (2012, p. 473).

Assim, a técnica da distinção pode tanto trazer uma exceção à aplicação de determinando precedente judicial paradigmático, apontando um contexto fático onde aquele paradigma não se adequa, como também interpretar restritivamente a *ratio decidendi* do precedente paradigma concluindo que este não será aplicável aos fatos examinados porque não se encontram no raio dos fundamentos que o originou (DIDIER JR.; BRAGA, 2009).

Por fim, para fins de compreensão acerca do método de aplicação da referida técnica, convém trazer à baila os ensinamentos de Dierle Nunes e André Horta (2015), os quais comentam que o processo de aplicação orbita em torno de duas fases.

A primeira, denominada de *distinguishing within a case* (distinguindo no caso precedente) consistiria em distinguir, no próprio precedente paradigma, os fatos que são materialmente relevantes e formam a base do raciocínio jurídico (a *ratio decidendi* do precedente) e aqueles fatos que foram irrelevantes para a construção do precedente paradigma (*obiter dictum*) (NUNES; HORTA, 2015).

A segunda fase, chamada de *distinguishing between cases* (distinguindo entre casos) consiste em, de fato, cotejar o precedente paradigmático (*precedent case*) em relação ao caso apreciado (*instant case*) (STRECK, 2016), a qual pode ser realizada em maior ou menor grau, haja vista que nenhum caso será geminamente igual ao outro (NUNES, HORTA, 2015).

Nesse ponto, a distinção consistirá numa discussão valorativa sobre os fatos de cada caso cotejado, fixando-se ao final ou uma distinção normativa, em que a aplicação da norma jurisprudencial não abrange os fatos do caso examinado (*instante case*), reduzindo-se o universo de casos aplicáveis ao precedente redução teleológica (NUNES; HORTA, 2015); ou distinção fática, em que os fatos constantes no julgamento são absolutamente diferentes (contrários) dos fatos do precedente e, por isso, as consequências desse não podem ser aplicadas – argumento a *contrario* (NUNES, HORTA, 2015).

A consequência de ambos os tipos de distinção, todavia, é a mesma: o afastamento do precedente.

### 3.2 Superação

Assim como não se pode aguardar a exatidão da lei a todos os instantes, tampouco a perpetuidade de sua interpretação pode reinar, fazendo com que determinado pensamento vigore para infinitos contextos em múltiplos espaços sociais distintos na cronologia do pensamento, sob pena de engessamento do estudo e, conseqüentemente, do aprimoramento da aplicação do direito (CARDOZO, 2004).

Para evitar essa fossilização jurisprudencial, incumbe ao tribunal estar atento às mudanças de uma geração que repercutem no entendimento das leis e, por vezes, superam o modo de aplicação da norma. Não é só o legislativo que deve evoluir com o tempo, mas também o Judiciário. Nesse sentido:

O tribunal que melhor atende ao Direito é aquele que reconhece que as normas jurídicas criadas numa geração distante podem, depois de uma longa experiência, mostrar-se insuficientes para outra geração; é aquele que descarta a antiga norma quando encontra outra norma jurídica que representa o que estaria de acordo com o juízo estabelecido e assente da sociedade e não concede qualquer direito de propriedade adquirido à antiga norma por conta da confiança nela depositada. Foi assim que os grandes autores que escreveram sobre a common law descobriram a fonte e o método de seu desenvolvimento e, em seu desenvolvimento, encontraram a saúde e a vitalidade de tal Direito. Ele não é nem deve ser estacionário. A mudança desse atributo não deve ficar a cargo da legislatura. (CARDOZO, 2004, p. 112).

Os institutos responsáveis por essa superação de precedentes outrora consolidados é famoso por diferentes nomenclaturas a depender dos efeitos desta superação (MITIDIERO, 2013): *overturning*, *overriding* e *overruling*.

*A priori*, cumpre consignar antes de adentrar na seara da superação do precedente, a diferença entre eles e o *reversal*, que se trata apenas da reforma do julgamento em grau de recurso.

Portanto, não configura “uma técnica de superação, mas apenas urna técnica de controle.” (SILVA, 2005, p. 153), exercida ordinariamente no gozo das atribuições das cortes pela faculdade de reforma das decisões de juízos inferiores no Poder Judiciário.

Estremadas essas premissas, e ingressando na área nas técnicas de superação dos precedentes, temos o *overturning*, consistente na alteração parcial do precedente, a qual pode se dar por duas maneiras: o primeiro, quando o tribunal, diante do precedente e “sem admitir desgaste ou equívoco da antiga solução, *reconfigura-o parcialmente*, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos *não tidos por relevantes* na decisão anterior” (MITIDIERO, 2013, p. 106). Nesta hipótese, o tribunal apenas reconhece aspectos que não levou em consideração anteriormente, isto é, que houve erro na argumentação, mas não na conclusão, e, assim, readéqua o precedente para abarcar esses novos aspectos

argumentativos, transformando-o numa nova compreensão normativa jurisprudencial – daí se dizer *transformation* (MITIDIERO, 2013).

Sobre o tema:

A *transformation* pode se dar pela consideração de fatos e circunstâncias que não teriam sido consideradas como relevantes pelo julgador do precedente formado. Pode, ainda, considerar razões diversas para a formação da decisão do que aquelas obtidas no precedente. *Transformation* e *overruling* se aproximam pelo afastamento e não aplicação de um precedente, em tese aplicável, contextualmente, mas divergem didaticamente por quatro razões, vejamos: a uma, na *transformation* a Corte não se esmera em identificar e apontar qualquer erro no julgamento ou inadequação do precedente, apenas apresenta-se uma fórmula diversa para o julgamento de questões assimiladas face a uma nova perspectiva de julgamento; enquanto no *overruling* o erro ou a inadequação do precedente deve ser motivadamente apontados e, ainda, demonstrada a conveniência de sua revogação; a duas, por não haver erro no julgamento precedente, tal entendimento não é alterado frente ao sistema, passando a coexistir com a decisão transformada; já com o *overruling*, o precedente revogado é extirpado do ordenamento, perdendo validade e aplicabilidade; a três, como não há revogação do precedente transformado, a utilização da técnica da *transformation* não tem o condão de provocar grandes rupturas no sistema, sendo muitas vezes realizada de forma implícita e quase despercebida aos olhos dos demais julgadores, ao contrário do que ocorre com a revogação, que deve sempre ocorrer de forma clara e explícita, anunciando claramente a mudança no ordenamento; a quatro, dada a discricção inerente à utilização da *transformation*, sua aplicação é capaz de gerar alguma confusão na aplicação futura da regra [...] A *transformation* não visa artificialmente à estabilidade do sistema como forma de evitar ou de ocultar a revogação de um precedente. Antagonicamente, como se viu, além do *overruling* de fato não comprometer a estabilidade do sistema, não se justificando a invocação para o seu afastamento, a *transformation* pode servir tanto ao aprimoramento do sistema como forma de amadurecimento de um entendimento, como, também, de certa forma, pode servir a corroborar para o enfraquecimento da confiança de um precedente, preparando ou legitimando uma futura revogação. (POLICHUK, 2011, p.83-86).

A segunda maneira de aplicação dessa técnica é através do *overriding*, em que a redefinição da incidência do precedente é feita de forma mais expressa através de sua reescrita redacional, e não, como no caso anterior, apenas pela reformulação do seu entendimento (MITIDIERO, 2013). Também ocorre pela superveniência de fatores não compreendidos na formulação da redação anterior do precedente.

Não escapa à observação que essa limitação do precedente se assemelha à distinção (MARINONI, 2011), contudo, a diferença reside no fato de que, se na distinção a limitação do precedente se dá por dessemelhança fática entre o precedente e o caso cotejado, no *overriding* a limitação ocorre porque parte do precedente resta superado, ou seja, inaplicável em qualquer hipótese por força da incidência de fatores supervenientes (MITIDIERO, 2013).

Ademais, no *overriding*, os casos podem ser “material e substancialmente idênticos, não admitindo qualquer distinção de fato, porém, o que há é uma nova situação e um novo



entendimento no plano dos tribunais e da academia permitindo o tratamento diferenciado". (POLICHUK, 2011, p. 86-87).

Um exemplo no Brasil, citado por Ataíde Jr. (2012) ocorreu com o enunciado sumular n.º 343 do Supremo Tribunal Federal, que estabelece que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais", cuja restrição do alcance foi realizada pelo próprio tribunal ao entender que não seria aplicável o enunciado quando a alegada violação fosse em face de norma da Constituição

Em remate, a mais complexa técnica de superação envolve o *overruling*. Nele, há superação total do precedente. Nas palavras de Daniel Mitidiero, trata-se da "resposta judicial ao desgaste da sua *dupla coerência* (congruência social e consistência sistêmica) ou a um *evidente equívoco* na sua solução" (MITIDIERO, 2013, p. 106). Essa perda da dupla coerência é elucidada por Marinoni:

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. [...] As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais. [...] De outra parte, o precedente não tem consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com outras decisões. (MARINONI, 2011, p. 392)

O cuidado com a técnica do *overruling* vem demonstrado no novo código, em seu artigo 927, §2º, ao sugerir que a conclusão pela superação do entendimento "poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese".

A doutrina argumenta ainda dois tipos de *overruling*: o *prospective* e o *antecipatory*.

No primeiro, a técnica do *overruling* ganha modulação temporal prospectiva, de modo que a superação do precedente passa a ser aplicada aos casos vindouros, sem prejuízo aos casos pretéritos, em homenagem ao princípio da confiança jurídica.

Assim, os efeitos da decisão que supera o precedente marcam data para surtir eficácia, de modo a não surpreender os jurisdicionados com a aplicação imediata do novo entendimento. Nas palavras de Marinoni:

Quando nada indica provável revogação de um precedente e, assim, os jurisdicionados nele depositam confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data ou evento. Isso ocorre para que as situações que se formaram com base no precedente não sejam atingidas pela nova regra. (2016, p. 794).

Os efeitos prospectivos podem encontrar ainda subdivisões, como o *prospective prospective overruling* e o *pure prospective overruling*, com tênue diferença, como explica Marinoni:

Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em *prospective prospective overruling*. Alude-se a *prospective overruling* para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão e a *pure prospective overruling* para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento (2016, p. 786).

Por fim, mas não menos importante acerca desta mesma técnica, é a polêmica sobre o seu segundo tipo: o *antecipatory*, versando de alteração que supera o precedente das cortes superiores pelo julgamento das cortes inferiores ao concluírem que o citado precedente já não guarda a dupla coerência necessária à sua manutenção (MITIDIERO, 2013).

A polêmica existe pelo fato de que a superação não ocorre pela corte que produziu o precedente, mas por um tribunal inferior que se antecipa no entendimento de superar aquele precedente em vez de observá-lo. Daí se dizer que há uma superação por antecipação, pois quem se manifesta é a corte inferior ao não observar o precedente.

Mister salientar que a iniciativa não parte das cortes inferiores, uma vez que a técnica de *antecipatory overruling* decorre de um exercício de previsibilidade pelas cortes inferiores, induzida através de julgamentos das cortes superiores as quais já sinalizaram que aquele precedente estava em vias de superação (MARINONI, 2011). Não se trata, aqui, de uma superação propriamente dita, nem de permissão para a inobservância de precedentes vinculantes, mas de antecipar um entendimento iminente e já apontado pela corte competente de superar seu precedente.

Para aplicação de sua técnica, aduz Marinoni que são exigidos os seguintes requisitos: "i) o desgaste do precedente; ii) as novas tendências das decisões da Suprema Corte; e iii) a consciência de que a Suprema Corte está aguardando um caso apropriado para a revogação do precedente." (2011, pp. 405-406).

Portanto, para seu uso, o estudo da movimentação da jurisprudência das cortes superiores é indispensável, estando-se atento ao modo como vem sendo decidida determinada questão e sua tendência de alteração, a fim de que se possa calcular, com elevado grau de previsibilidade, a futura superação definitiva no momento oportuno a futuramente ser apreciado pela corte superior. A falha nesta calculabilidade implica no desacerto da técnica. Seu acerto, doutro lado, preserva a integração do sistema.

Por paradoxal que possa parecer, a legitimidade do *antecipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte. Em outros termos, a Corte de Apelação não deve só seguir

os passos, mas também poder proclamar, quando já iniciados os trabalhos de pavimentação do caminho, o rumo que será seguido pela Suprema Corte. (MARINONI, 2011, p. 410)

A previsibilidade da superação do precedente, entretanto, não é tão subjetiva quanto parece. É possível antever quando determinado entendimento jurisprudencial não encontra mais eco nos tribunais, seja através da discussão da doutrina, das inconsistências ou incoerências com o meio social, etc.

Teme-se que a revogação do precedente possa gerar insegurança ou perda de confiança em outros precedentes. No entanto, quando os precedentes são revogados com base em critérios que também são reafirmados e respeitados, torna-se possível vislumbrar quando um precedente está em vias de ser revogado. E isso ocorre exatamente quando o precedente deixa de ter sustentáculo nas proposições sociais e se torna inconsistente, e, além disso, não há justificativa para a sua preservação em face dos fundamentos de estabilidade. Um precedente controverso costuma ser retratado nos trabalhos doutrinários e as distinções inconsistentes evidenciam a sua fragilidade. Tanto a crítica doutrinária, quanto a judicial, são critérios de identificação dos precedentes que devem ser revogados, de modo que o *overruling*, nessas condições, certamente não elimina confiança nos precedentes judiciais. (MARINONI, 2011, pp. 400-401)

#### **4 A APLICAÇÃO IRRACIONAL DOS PRECEDENTES E A CAUTELA DAS TÉCNICAS DE AFASTAMENTO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE**

Como se pode observar na explanação deste trabalho, as súmulas vinculantes foram criadas com o objetivo de dinamizar as demandas do Judiciário e trazer segurança jurídica mediante um tratamento isonômico de resolução igual para casos similares. Longe de hipótese de servilismo judicial, contemplam aspectos predominantes do sistema do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro em prol da celeridade processual e da confiança na estabilidade das decisões judiciais pelos jurisdicionados (TUCCI, 2004).

Todavia, o uso das súmulas, vinculantes ou persuasivas, aliadas às decisões tomadas em sede da sistemática do julgamento de recursos repetitivos, merece cautela ainda para não incorrerem em decisões indiscriminadas das circunstâncias fáticas de cada caso. O aprimoramento do Judiciário não surge para tornar o “juiz *boca-fria-da-lei*” em um “juiz-*boca-da-súmula*” ou ainda “juiz-*boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores*”, conforme crítica Lênio Streck e Georges Abboud (2016, p. 1).

Daí a relevância de se compreender a *ratio decidendi* dos enunciados da jurisprudência, com o objetivo de sempre sobrelevar os fundamentos fáticos que ensejaram a conclusão do precedente, atendendo ao contexto gerador do entendimento e buscando, a partir daí, a similitude com os demais casos em apreço.

O afastamento da aplicação dos precedentes reside em examinar a adequação desses. Para tanto, técnicas de distinção e superação foram previstas no novo código, acompanhadas de renovada força jurisprudencial dada pela Lei Adjetiva Civil.

Todavia, mesmo tais técnicas podem ser utilizadas para desvirtuar seus objetivos reais de aplicação, constituindo-se em caminhos de proposital inobservância do precedente.

Exemplo disso ocorre com a técnica de distinção, por vezes, manuseada como meio de fugir da aplicação de precedentes mediante criação de artifícios fantasiosos que simulam a dessemelhança fática. Nesse diapasão:

(...) nos países de common law não é incomum (o que não isenta de reprovação) os magistrados forçarem o distinguishing para afastarem de determinado precedente reconhecidamente ruim (bad law) mas que, pela autoridade e hierarquia que ostenta, não pode ser overruled (revogado) ou afastado de outra forma. (NUNES; HORTA, 2015, p. 313)

Observa-se nessas hipóteses evidente caso de desobediência ao comando da segurança jurídica com criação de motivos ficcionais para o uso da distinção, apenas porque o precedente não parece subjetivamente adequado ao juízo. Vícios, assim, obviamente, malogram o sistema judiciário e corrompem a segurança jurídica esperada.

Não apenas o mau uso da técnica para afastar a aplicação dos precedentes é verificada como vício numa nova teoria dos precedentes. Há também hipóteses em que as próprias cortes são responsáveis pela criação dos vícios na utilização dos precedentes, mediante artifícios que visam manter a todo custo precedentes, seja mediante a negação do óbvio e criação de aberrações teóricas, seja pela criação de condicionantes inesperadas atreladas ao entendimento.

Dois exemplos de vícios assim são aduzidos por Maurício Ramires (2009) como: a) a “exclusão do monstro” e b) a “exclusão da exceção”.

O primeiro vício, da “exclusão do monstro”, ocorre “quando o intérprete se recusa a reconhecer um determinado caso como uma hipótese da regra, criando uma distinção-sem-diferença (*distinction without a difference*)” (RAMIRES, 2009, p. 106).

Em síntese, no vício da “exclusão do monstro”, limita-se o alcance do precedente de forma arbitrária e desmotivada, negando o padrão que ele de fato possui com outro julgamento em comparação, de modo que, embora o precedente se identifique com outro caso, inventa-se qualquer razão para alegar dessemelhança e inaplicabilidade do precedente (NUNES; HORTA, 2015). Assim, tal vício “significa negar a existência de um padrão de identificação entre casos sem verdadeira razão para isso” (RAMIRES, 2009, p. 106).

O exemplo de Maurício Ramires é esclarecedor:

A proposta é a de que a soma dos ângulos de qualquer triângulo é 180°. Trata-se de uma “verdade” bem estabelecida e provada. Contudo, alguém alega que descobriu um triângulo cuja soma dos ângulos é maior do que 180°:

trata-se de um triângulo desenhado sobre a superfície de uma esfera. Esse triângulo tem um dos vértices no polo norte da esfera e os outros dois no equador. Cada um dos ângulos é um ângulo reto, de modo que a sua soma total ultrapassa 180°. Como se pode lidar com essa regra e com essa suposta exceção? Lakatos identifica e critica duas abordagens típicas dos matemáticos quando confrontados com um contraexemplo (counter-example, ou o que os clássicos chamavam de instancia in contrarium) de uma regra: (a) a “exclusão do monstro” (tradução livre para monster-barring) e (b) a “exclusão da exceção” (também tradução livre de exception-barring). A abordagem da “exclusão do monstro” é a que sustenta que o triângulo traçado na superfície de uma esfera simplesmente não é um contraexemplo da regra, porque não é um triângulo. O monster-barrer vai sustentar que a palavra triângulo não inclui em seu significado o desenho de três ângulos retos na superfície de uma esfera e, portanto, não se trata de uma refutação, mas de uma monstruosidade. A regra, pois, ainda seria válida. Tribe e Dorf dizem que se trata de um argumento de força bruta, no qual se preserva a verdade do teorema desconsiderando tudo que o desafia (...) (RAMIRES, 2009, p. 105-106).

O segundo vício da “exclusão da exceção” ocorre “quando o intérprete ajusta uma proposição jurídica sem o exame dos pressupostos principiológicos que a inspiraram” (RAMIRES, 2009, p. 111). Dessa forma, a corte cria uma exceção antes não prevista na compreensão da *ratio decidendi* do precedente e, justamente por causa dessa imprevisão, termina por surpreender o jurisdicionado com uma condição abrupta para a aplicação do precedente ao seu caso.

Referida exceção, todavia, trata-se nada mais do que uma providência repentina criada com o exclusivo objetivo de manter o precedente íntegro e, ao mesmo tempo, não aplicá-lo a determinado concreto, não porque não se adequa, mas porque se convencionou que não se deveria utilizá-lo. Cria-se, assim, “uma versão mais extensa da descrição da regra, que simplesmente não havia sido aventada quando da sua instituição original, e que contemplava uma exceção ad hoc” (RAMIRES, 2009, 111).

Essa abordagem leva a exclusões e inclusões ad hoc e fragmentárias de hipóteses no campo gravitacional de precedentes. Mas é exatamente isso que o positivismo tenta fazer, com suas compilações exaustivas de julgados e verbetes. Na prática vulgar, a coisa funciona assim. Toma-se uma regra geral (como a de que matar alguém é crime) e outras que parecem excepcioná-la (como a de que matar em legítima defesa não é ilícito). Os “casos concretos” são tomados por exemplos de subsunções perfeitas do caso à regra (vale recordar: “Não se configura a legítima defesa se a agressão do ofendido foi a mãos limpas etc.”) ou à exceção (“Age em legítima defesa da honra o agente que, ao surpreender sua mulher em adultério com o amante etc.”). Essas subsunções e exceções têm por característica serem realizadas ad hoc e, a partir daí, passam a integrar um catálogo de aplicações e exceções prontas (e também de balanceamentos, ponderações etc.). Sem preocupação alguma com a integridade ou com a coerência, a catalogação de conceitos (sob a forma de verbetes e ementas) invariavelmente contempla enunciados desconexos e autoexcludentes.

Tanto um quanto outro vício traz à tona o risco da má aplicação dos precedentes a partir de uma ausência da compreensão dos fundamentos que ensejam a construção da jurisprudência a ser observada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*São os homens e não as leis que precisam mudar. Quando os homens forem bons, melhores serão as leis. Quando os homens forem sábios, as leis por desnecessárias, deixarão de existir. Mas isto, será possível somente quando as leis estiverem escritas e atuantes no coração de cada um de nós.*  
(HERMÓGENES)

O sistema jurídico brasileiro já não é mais o mesmo depois da promulgação da Lei n.º 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil. Erigido sob os pilares da primazia da positividade das leis, cujo aspecto é pertinente aos sistemas de *civil law*, o modo de interpretação dos precedentes foi reinventado pelo novo diploma que outorgou relativa importância à jurisprudência.

Não se pode dizer que o sistema foi transmutado por inteiro ao perfil do *common law*, mas teorias basilares desse modelo anglo-saxônico foram incorporadas e fundidas com o sistema brasileiro, formando algo misto e totalmente inédito.

Essa ruptura com as delimitações legais e avanço da eficácia jurisprudencial foram visto anteriormente com a Emenda Constitucional n.º 45 de 2014, ao criar as súmulas vinculantes. O novo código, porém, inova ao trazer não um instituto, mas todo um complexo sistema de formação dos precedentes, determinação de sua observância, métodos para sua aplicação, estabelecimento da fundamentação da *ratio decidendi* e, ainda, estipulação dos mecanismos aptos a afastar a aplicação desses mesmos julgados.

Para tanto, a observância da *ratio decidendi* dos precedentes se subjaz num processo muito mais simplificado do que a construção de um enunciado vinculativo da mais alta corte do país, assim como menos demorado à medida que não precisa advir daquela corte para ser válido, eficaz e observável. Basta, para o novo código, que o competente órgão colegiado pela uniformização exare seu pronunciamento sobre a aplicação da norma para que os demais juízos inferiores sigam o referido posicionamento.

Tal ampliação não torna as autoridades judicantes mais servis. Assim como quando se deparavam com um enunciado vinculante, diante do novo leque de precedentes, a liberdade judicial reside na interpretação da *ratio decidendi*, na extração dos elementos relevantes que construíram a resolução de determinada lide e em sua percepção sobre a adequação dos fundamentos que geraram o precedente ao caso posto ao seu exame. Mesmo diante de uma súmula vinculante, não se amoldando o contexto fático aos fundamentos que ensejaram o enunciado da Suprema Corte, não se pode falar em dever de vinculação, pois a

observância ao precedente não implica numa incidência irracional de julgamentos pretéritos a casos presentes, mas num processo de cognoscibilidade judicial sobre os fundamentos do precedente e seu cotejo com os elementos fáticos da lide que julga.

A grande celeuma de se criar uma fossilização do pensamento jurídico pelas cortes superiores a subordinar os magistrados de graus menores cai por terra pelas soluções trazidas expressamente pelo novo código, consistentes em mecanismos de afastamento e superação do precedente, afinal, assim como ocorrem com as leis, a velocidade das relações sociais impõe às interpretações normativas rápidas necessidades de adaptações que não podem permanecer engessadas sob argumento de que as cortes geradoras dos precedentes não tiveram a oportunidade de se manifestar pela alteração de suas conclusões paradigmáticas, fazendo dos juízos locais reféns da oportunidade incerta dos tribunais.

Sendo o direito expressão da vida, seus intérpretes estão além do trabalho robotizado. Se os precedentes não têm o famigerado condão de castrar a independência e livre convencimento dos julgadores, não podem se prestar também como meio de julgamento às cegas, sem que se examine de forma percuciente a adequação do precedente utilizável em sua correspondência materialmente fática ao caso concreto.

Podem, e devem, portanto, os juízes de qualquer grau, guardar atenção aos elementos dos precedentes que lhe estão à mão para que, na hipótese de perceberem tanto sua inadequação quanto sua superação em face das mudanças sociais provenientes da realidade que o rodeia ou sistemáticas decorrentes das alterações estruturais do sistema normativo que não se harmoniza mais com a conclusão jurisprudencial, rejeitar a aplicação do precedente. Há, agora, previsão expressa das técnicas de distinção e superação, mecanismos aptos a conduzir o magistrado à decisão mais justa do caso concreto, que, nem sempre, equivalerá a aplicar o precedente. É nessa análise que se incrusta a liberdade judicial, respaldada em idôneos e técnicos subsídios de natureza normativa e social sobre o precedente.

O ordenamento processual brasileiro ainda tem muito a ser compreendido em face de todas essas mudanças. Como todo trajeto desconhecido, o caminhar exige cautela. Assim como a ampliação dos precedentes a serem observados pelos juízes e tribunais não se tornou a petrificação da interpretação da norma, a relevância do uso das técnicas que afastam a incidência dos precedentes necessitam de uma motivação objetiva, que se afaste do casuísmo, do subjetivismo em manter o precedente intacto, da vaidade de não admitir a deficiência das conclusões firmadas dos julgados e da mutabilidade leviana em criar novas condições ou restrições de hipóteses de incidência sem justa motivação ou análise pormenorizada da semelhança entre os fatos materialmente relevantes. Se as técnicas aqui percorridas de distinção e superação do precedente asseguram a justiça no caso concreto e estribam a liberdade judicial, a sua aplicação desmedida ou desmotivada torna a liberdade o

reino do arbítrio, esfacelando a segurança jurídica, *ultima ratio* da lógica da teoria dos precedentes.

O presente trabalho visou demonstrar a relevância dessas técnicas, exceções que auxiliar na estabilidade da interpretação jurídica e afastam a fossilização da vida quando interpretada. Porque direito é vida, e, assim como o tempo, a interpretação da conduta humana, plúrima por sua natureza, não para.

Como nos recorda Roberto Lyra Filho (1985), no direito nada é, mas tudo é, sendo.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 07 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 07 de janeiro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Embargos de declaração na Petição 3388, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, DJe-023, publicado em 04/02/2014

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

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009 .

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 5ª ed. Brasiliense, São Paulo: 1985.

MACEDO, Lucas Buriel. **Contributo para a definição de ratio decidendi na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. Precedente/coordenadores, Fredie Didier Jr. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 3, Precedentes, ed. , Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.



\_\_\_\_\_. Eficácia temporal da revogação do precedente formado em recurso extraordinário. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 2, (2016), nº 2, pp. 783-812.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**, v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015.

POLICHUK, Renata. **Segurança jurídica dos atos jurisdicionais**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RAMIRES, Maurício **A invocação de precedente jurisprudencial como fundamentação de decisão judicial**: uma crítica ao sincretismo improvisado entre os sistemas civil e common law no Brasil e uma proposta para sua superação hermenêutica. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. O supremo tribunal federal e a nova fisionomia do judiciário. In **Revista de Direito Público** n. 75. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1: Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

SILVA, Celso Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: Sua Legitimação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen. Juris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, vagezas e ambigüidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? In: **Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 2. N.º 5. Out./Dez. Porto Alegre: HS Editora Ltda., 2008.

\_\_\_\_\_. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**: 18 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em 10 out. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

## DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL: CONSIDERAÇÕES PARA QUE NÃO SE TORNE (APENAS) UM IMPERATIVO CATEGÓRICO DA MORALIDADE

JUNQUEIRA, Laura<sup>29</sup>

BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza<sup>30</sup>

LIGERO, Gilberto Notário<sup>31</sup>

**RESUMO:** O Código de Processo Civil de 2015 foi o resultado de uma trajetória evolutiva do Direito Processual Civil, destacando-se, aqui, desde a fase instrumentalista, passando pela constitucionalização do direito, pelo pós positivismo e culminando, por fim, no neoprocessualismo (ou formalismo valorativo), que preza pela adequada, efetiva e célere prestação jurisdicional. Para tanto, considera-se necessária a participação efetiva dos sujeitos processuais que, mediante o diálogo e a colaboração, devem construir uma decisão legítima. Nesse sentido, o novo *Codex*, seguindo o modelo participativo implementado, positivou em seu capítulo sobre as normas fundamentais do processo os deveres da boa-fé e da cooperação processual. Assim, através da metodologia dedutiva e considerando os ensinamentos de Immanuel Kant sobre o que seria direito, moral, bem como, levando em consideração suas principais características, analisa-se os mecanismos sancionadores relacionados ao descumprimento dos deveres de boa-fé e cooperação processual implementados pelo Código de Processo Civil de 2015 sob a ótica kantiana, objetivando analisar a presença (ou não) da coercibilidade que, segundo Kant, caracteriza o direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Neoprocessualismo. Boa-fé. Cooperação. Direito e Moral. Kant. Coercibilidade.

**ABSTRACT:** The Code of Civil Procedure 2015 was the result of an evolutionary trajectory of Civil Procedure Law, standing out here from the instrumentalist stage, through the constitutionalization of law, post-positivism and finally culminating in neoprocessualism (or formalism valuing), which values the adequate, effective and expeditious judicial rendering. Therefore, it's considered necessary the effective participation of the procedural subjects, who, through dialogue and collaboration, must build a legitimate decision. In this sense, the new *Codex*, following the participatory model implemented, made the duties of good faith and procedural cooperation in its chapter on the fundamental norms of the process. Thus, considering the teachings of Immanuel Kant about what would be right, moral, as well as, taking into account its main characteristics, we analyze the sanctioning mechanisms related

---

<sup>29</sup> Discente do Curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário. Pesquisadora bolsista no Grupo de Iniciação Científica “Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social” do Programa de Iniciação Científica Toledo (Edital PROAC nº 02 de 04 de fevereiro de 2020). Pesquisadora no Grupo Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo (UERJ). Participante do Projeto Jovens Processualistas. Presidente Prudente, São Paulo, Brasil. E-mail: [laura.junqueira@outlook.com.br](mailto:laura.junqueira@outlook.com.br).

<sup>30</sup> Graduado em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário, Pós-Graduado e professor na mesma instituição. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Coordenador do Grupo de Iniciação Científica “Novo Processo Civil Brasileiro: Garantias Fundamentais e Inclusão Social” do Programa de Iniciação Científica da Toledo Prudente Centro Universitário. Presidente Prudente, São Paulo, Brasil. E-mail: [pedro@zsassociados.com](mailto:pedro@zsassociados.com).

<sup>31</sup> Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP e Mestre em Direito Processual Civil pela UEL/PR. Professor de Direito Processual Civil e Direito Civil da Toledo Prudente Centro Universitário. E-mail: [gilberto.ligero@gmail.com](mailto:gilberto.ligero@gmail.com).

to the breach of the duties of good faith and procedural cooperation implemented by the Code of Civil Procedure. 2015 from the Kantian perspective, aiming to analyze the presence (or not) of coercibility that, according to Kant, characterizes the law.

**KEYWORDS:** Neoprocessualism. Good faith. Cooperation. Right and Moral. Kant. Coercibility.

## **1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Inicialmente, fez-se necessária uma breve análise histórica do Direito Processual Civil, com destaque ao chamado instrumentalismo, com o intuito de justificar a relevância do tema colocado como objeto desta pesquisa. Assim, foi feita uma recapitulação, de forma simplificada e resumida, da fase instrumentalista do processo civil, destacando os aspectos positivos em relação às fases antecessoras.

Em continuação, foram realizados estudos a respeito da onda de constitucionalização do Direito e seus reflexos no Direito Processual Civil. A partir da constitucionalização, parte-se à análise de sua chamada “consequência filosófica”, ou seja, o advento do pós positivismo que, no processo civil, impulsionou a nova fase metodológica processual, denominada neoprocessualismo ou, para alguns, formalismo valorativo. Tal mudança de paradigma culminou na alteração na estrutura processual, no que diz respeito à atuação dos sujeitos processuais.

Nesse sentido, tem-se que, no atual momento processual, os sujeitos parciais assumem seus papéis de protagonistas do processo, assumindo o juiz, agora, a função de “administrador”, deixando a posição de destaque em que antes se encontrava. Assim, os sujeitos parciais devem construir o processo mediante diálogo e participação, os quais são essenciais para a construção de uma decisão judicial legítima, eis que é a participação das partes, aliada ao contraditório e à fundamentação das decisões que legitimam democraticamente a sentença.

No entanto, como sujeitos processuais parciais que são, as partes possuem interesses diretos e opostos na lide, o que pode culminar na prática de condutas ímprobas com o objetivo de ter seu direito tutelado. Por isso, a participação dos sujeitos parciais deve estar norteadas por determinados mandamentos, de forma a evitar que o processo seja maculado por irregularidades. Dentre esses mandamentos, destacam-se os deveres de observância da boa-fé objetiva e de cooperação, os quais, inclusive, possuem previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015.

Não obstante o protagonismo processual ser exercido pelas partes, o processo está eivado de interesse estatal, já que, como é sabido, o processo é um instrumento de pacificação social. Nesse sentido, possuindo interesse no regular andamento do processo, o Estado impõe ao juiz a fiscalização da atuação das partes, de forma a preservar seu interesse.

Com isso em mente, foi realizado um breve estudo sobre os ensinamentos de Immanuel Kant, em especial no que se refere ao conceito de imperativo, às distinções entre o imperativo hipotético e o imperativo categórico e, com isso, compreender o que se tem por moralidade e por direito. Buscou-se, pois, diferenciar os referidos institutos, mediante análise de suas características determinantes. Feito isso, retorna-se à discussão sobre boa-fé e cooperação, relacionando os deveres processuais às lições de Kant, em especial no que toca à coercibilidade imposta (ou não) pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto ao cumprimento dos deveres processuais.

Objetivando impor coercibilidade aos deveres processuais, a nova Lei Processual estabeleceu uma sanção patrimonial àquele litigante que age, no processo, em desobediência à boa-fé. No entanto, quanto à punição pela falta de colaboração que, assim como a boa-fé, é um dever processual, não está claro se o legislador positivou sanções pelo seu descumprimento.

Dessa forma, o objetivo do trabalho foi analisar a boa-fé e a colaboração processual, buscando conceituá-las, compreender sua importância para o regular andamento do processo e analisar aspectos práticos, realizando, para isso, um paralelo com os ensinamentos de Immanuel Kant, em especial, quanto aos mecanismos existentes no Código de Processo Civil (e sua aplicação) para coibir condutas em desacordo com os deveres de boa-fé e colaboração estampados nos artigos 5º e 6º da Lei Processual.

Para tanto, foi utilizada a metodologia dedutiva, com base especialmente em doutrina especializada e artigos publicados em revistas científicas, além de estudos e reflexões sobre a temática.

## **2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL, NEOPROCESSUALISMO E MODELO PROCESSUAL PARTICIPATIVO**

O Direito Processual Civil, após a superação das fases sincretista e autônoma, adentrou a chamada fase instrumentalista, a qual, além de reconhecer a autonomia do processo em relação ao direito material, deu atenção especial à sua finalidade de pacificação social:

É preciso agora deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto de vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 52)

Dessa forma, ao reconhecer o processo como instrumento de pacificação social, o instrumentalismo se atentou ao reconhecimento da importância de o processo estar alinhado à Constituição Federal, de forma a garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais positivados no texto constitucional.

A necessidade de leitura do processo civil em conformidade com o Direito Constitucional é pacífica na sociedade contemporânea, em especial, em razão da indiscutível força normativa da Constituição. Porém, há que se destacar que a Constituição já foi considerada um mero “pedaço de papel”, numa época em que se valorizava em demasia a “Constituição real”, consubstanciada no resultado das relações fáticas decorrentes da conjugação dos poderes militar, social, econômico e intelectual, que impactava diretamente as leis e instituições sociais, em detrimento da chamada “Constituição jurídica”, a qual era incapaz de prevalecer face ao considerado verdadeiro poder dominante (HESSE, 1991, p. 9).

Contudo, esse entendimento foi superado e sobreveio uma mudança de paradigma. Após a Segunda Grande Guerra, na segunda metade do século XX, findos os regimes totalitários que vigoraram durante o período bélico, países europeus como Alemanha e Itália reconstruíram seu ordenamento jurídico, dando especial atenção justamente às suas Constituições, instituindo normas com os fundamentos democráticos que tinha sido suprimidos durante a Guerra (CAMBI, HAAS, SCHMITZ, 2017, p. 2).

Portanto, vislumbrou-se, neste período, a “progressiva superação do positivismo, que implica no (i) reconhecimento de força normativa à Constituição, na (ii) expansão da jurisdição constitucional e no (iii) desenvolvimento da interpretação constitucional” (FARIA, 2014, p. 1). Portanto, as normas infraconstitucionais passaram a ser, obrigatoriamente, interpretadas conforme os mandamentos estampados na Constituição Federal. Este fenômeno foi denominado “neoconstitucionalismo”.

Como consequência filosófica da constitucionalização, houve o advento do chamado pós positivismo, em que a norma deixa de ser meramente descrição legal ou constitucional, passando a ser resultado da interpretação, ou seja, somente possui normatividade quando se torna em “normas de decisão aplicável ao caso concreto” (CAMBI, 2010, p. 108). Ainda nesse sentido:

Com efeito, a segunda metade do século XX representa para o direito uma revolução nos níveis teórico e prático. No nível teórico, a necessidade do reconhecimento de uma especificidade do direito frente à política – em face dos movimentos que levaram aos totalitarismos da primeira metade do século – desloca o foco metodológico em direção à decisão judicial que garante uma

autonomia maior que a velha postura formal decorrente de uma pura teoria da legislação, recorrente no imaginário jurídico desde os movimentos que sucederam a revolução francesa e o posterior período codificador. No nível prático, tendo em vista o espaço de reflexão colocado no âmbito da decisão judicial, as questões sobre interpretação passaram a ocupar o centro das atenções. (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2015, p. 78-79)

Sobre o pós positivismo, veja-se ensinamentos de Luis Roberto Barroso (2001, p. 33):

O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral.

Recorde-se, porém, que mesmo após a Segunda Guerra Mundial, o Brasil permaneceu submetido a um regime ditatorial até 1984. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo brasileiro deu-se de forma tardia, assim como a democratização, sendo consolidado apenas em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com o advento da nova Constituição Federal, de caráter democrático e garantista, o Brasil, enfim, iniciou o processo de constitucionalização do Direito, interpretando todos os seus diplomas legais conforme os mandamentos constitucionais. Via de consequência, o Direito Processual Civil, à época positivado no Código de Processo Civil de 1973, passou a ser interpretado e aplicado sob a luz da Carta Magna, tendo em vista, em especial, que o “processo existe para implementar os direitos fundamentais e, nesse mister, não pode, obviamente, deixar de atender às garantias indispensáveis a um processo justo” (FARIA, 2014, p.1), conforme ensina Fredie Didier Jr. (2016, p. 49):

[...] qualquer norma jurídica brasileira somente pode ser construída e interpretada de acordo com a Constituição Federal. A ausência de dispositivo semelhante no CPC não significaria, obviamente, que o CPC pudesse ser interpretado em desconformidade com a Constituição.

Denominou-se este fenômeno “neoprocessualismo”, o qual foi considerado uma quarta fase metodológica, denominada “formalismo-valorativo”, “em que há o aprimoramento das relações entre processo e Constituição, deixando-se, aquele, de atender aos ditames frios das leis para ceder espaço às exigências do devido processo constitucional” (FARIA, 2014, p. 1).

Nesse sentido, conforme ensinamentos de Eduardo Cambi e Eluane Corrales (2018, p. 93):

O Neoprocessualismo, conforme asseverado, é um método pelo qual o processo deve ser concebido, interpretado e aplicado a partir dos valores, diretrizes, princípios e garantias constitucionais. Com isso, o acesso à justiça, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e sua duração razoável passam a ter grande influência para o desenvolvimento de formas alternativas de resolução de conflitos. É necessário romper com o formalismo processual, apostando na desformalização para a mais rápida solução aos litígios, bem como na delegalização, marcada pela concessão de maior liberdade para as soluções não-jurisdicionais (juízos de equidade).

Assim, ainda de acordo com Eduardo Cambi (2006, p. 115), o neoprocessualismo busca a construção de um processo que efetivamente promova o direito fundamental à “adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”. Para tanto, considera ser imprescindível o desapego irracional ao formalismo, valorizando, no processo, a cidadania ativa e solidária.

Assim, o neoprocessualismo teria por característica a democratização do processo, seu caráter publicista e a implementação do princípio da colaboração processual, as quais foram destacadas na Lei Processual.

Nesse sentido, tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 tratou de positivar as tendências neoprocessualistas. Dentre essas tendências, é de suma relevância, no contexto deste trabalho, compreender o estabelecimento do modelo democrático e participativo do processo, o qual preza pela efetiva participação dos sujeitos processuais parciais, por seu protagonismo e, por consequência, pela colaboração entre as partes.

Entende-se por democratização processual a ampla participação de todos os sujeitos processuais, com destaque às partes que, mediante estabelecimento do diálogo, tem o dever de colaborar na construção de uma decisão justa e legítima mediante observância do devido processo legal e do contraditório, tendo em vista que, quanto maior for a participação dos sujeitos parciais, maiores as chances de resignação destes com a decisão jurisdicional (OLIVEIRA, MITIDIERO, 2017, p. 17).

Nesse sentido, veja-se ensinamento de Roberto Basilone Leite (2008, p. 122):

Quando diz que todos os cidadãos devem participar do processo hermenêutico, Habermas não pensa num tipo de participação periférico. A legitimidade desse processo só se aperfeiçoa quando os cidadãos deixam a platéia e vão para o palco, deixam a periferia do acontecer histórico e passam a influir em seu núcleo, onde se situam os poderes parlamentar, administrativo e judiciário.

Dessa forma, a construção do processo deve observar a finalidade de que ele seja um meio eficaz e democrático de resolução de conflitos sociais, com a possibilidade de todos os sujeitos processuais “serem reconhecidos como sujeitos em suas peculiaridades, diferenças, não tornados ‘coisas’ ou ‘números’ no sistema ‘pasteurizado’ de produção de decisões judiciais” (SANTIAGO, COITINHO, 2016, p. 10).

O Código de Processo Civil de 2015 materializou este modelo em diversos dispositivos, podendo-se citar o artigo 10º, que preceitua 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”, o que evidencia a imprescindível participação dos sujeitos processuais parciais.

Via de consequência, os direitos e deveres dos sujeitos processuais foram modificados para adaptarem-se ao novo modelo. Dá-se especial atenção ao protagonismo processual, assumido pelas partes, pelos sujeitos parciais, e não mais pelo juiz. Isso não significa, entretanto, que o magistrado assume agora a função de “mero expectador do processo”. Na verdade, impõe-se ao juiz, assim como às partes, o dever da colaboração, o qual é materializado, na vertente do julgador, pelos deveres de informação, esclarecimento, prevenção e auxílio, devendo, pois, conduzir a dialética processual e prezar pela observância ao contraditório antes da tomada de qualquer decisão no processo (CAMBI, 2010, p. 116).

Quanto aos sujeitos parciais, considerando-se o modelo participativo do processo, é imprescindível o dever da colaboração, essencial ao prosseguimento regular da marcha processual. No modelo participativo, “a solução do litígio deixa sua função duelística (produto do modelo adversarial) ou autoritária (ligada ao modelo inquisitorial)”, passando a ser “um problema a resolver graças à colaboração dos interessados e do magistrado” (SANTIAGO, COITINHO, 2016, p. 4).

Portanto, ao conceber a dialética processual e distribuir entre todos os sujeitos processuais o dever de zelar pela efetiva e célere tramitação do processo, tirando este dever apenas do magistrado, faz-se necessário o exímio comprometimento das partes com o processo, pois assumem, como já dito, papel de protagonismo (CAMBI, HAAS, SCHMITZ, 2017, p. 17). Nesse sentido, torna-se indispensável, pois, a rigorosa obediência aos deveres processuais disciplinados no capítulo das normas fundamentais do processo civil, sendo que, neste trabalho, destacamos aqueles positivados nos artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil: os deveres de boa-fé e cooperação.

### **3 PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E COOPERAÇÃO PROCESSUAL: APORTES TEÓRICOS FUNDAMENTAIS**

Conforme já analisado, quanto mais democrático é o processo, ou seja, quanto mais os sujeitos processuais parciais participam do processo de forma ampla, mais importante se torna a observância dos mandamentos processuais de boa-fé e colaboração, previstos nos artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil de 2015.



Dessa forma, passa-se à análise dos mencionados deveres processuais, buscando-se sua conceituação, a demonstração de sua importância e alguns breves apontamentos pertinentes. Trata-se de dois deveres distintos, no entanto, entendemos que são complementares e, portanto, no que couber, serão analisados em conjunto.

Os deveres de boa-fé e cooperação possuem previsão expressa no *Codex Processual*, no capítulo que dispõe sobre as normas fundamentais do processo civil. Prevê o artigo 5º que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Por sua vez, o artigo 6º dispõe que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Assim, sua disposição no código, em sequência, reforça o entendimento de que são deveres complementares.

Entende Antonio do Passo Cabral (2005, p. 76) que a boa-fé é uma “cláusula-geral constitucional, diretamente decorrente do contraditório” Por sua vez, Carlos Álvaro Alberto de Oliveira (2009, p. 167-168) preceitua que a boa-fé processual é decorrente do dever de colaboração, “na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo, devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade”.

Nesse sentido, o dever de colaboração possui fundamento no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que garante aos litigantes os direitos do contraditório e da ampla defesa. Brunela de Vincenzi (2003, p. 162-163), sobre a boa-fé processual, vai além, afirmando que:

[...] Quando o constituinte estabeleceu que são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1.º, IV) e que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I), está elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios.

Portanto, é evidente que a boa-fé e a colaboração processual são interligadas e complementares, de forma que devem ser estritamente observadas pelos sujeitos processuais, haja vista que, não obstante os polos opostos em que os litigantes se encontram no processo, é imprescindível que seu comportamento esteja adequado aos deveres processuais, de forma a aprimorar a decisão proferida pelo juiz, possibilitando, pois, o deslinde da causa de forma célere e efetiva (CAMBI, HAAS, SCHMITZ, 2017, p. 2).

Quanto a isso, mister se faz afastar a equivocada ideia que teima em surgir quando se trata de colaboração entre as partes. Como é sabido, os sujeitos parciais possuem interesses distintos quanto à decisão de mérito que será prolatada ao final do procedimento. Assim, por óbvio, os litigantes não fornecerão informações e documentos que possibilitem o êxito da parte contrária. No entanto, não é disso que se trata a colaboração.

O Código de Processo Civil, apesar de instituir a cooperação como uma norma fundamental do processo civil, não a conceituou, apenas estabeleceu alguns objetivos a serem alcançados mediante o comportamento colaborativo entre os litigantes. Intenta-se, pois, que seja prolatada uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 27) conceitua a colaboração processual como o dever que implica aos litigantes o trabalho em conjunto, de forma a construírem um processo justo, que terá o resultado legitimado em decorrência de sua participação.

Esse trabalho em conjunto pode ser traduzido como a vedação da utilização da má-fé, de meios inidôneos ou de artimanhas com o objetivo de ver tutelado seu direito, em detrimento do direito da outra parte. A colaboração pode ser entendida, portanto, como a ausência de condutas que possam prejudicar o regular andamento do processo, ou mesmo deliberada e indevidamente, prejudicar o outro litigante.

Noutro giro, destaque-se que a boa-fé aqui tratada é objetiva, não se trata de boa-fé subjetiva. Ensina Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 24) que a boa-fé constante no artigo 5º do Código de Processo Civil não pode ser conceituada como pura e simplesmente ausência de má-fé, e sim como um norte que deve guiar o comportamento de todos os sujeitos processuais. Ensina, ainda, que a boa-fé pode ser materializada na vedação de comportamentos contraditórios e na segurança decorrente de comportamentos duradouros. A boa-fé processual, então, deve orientar a atuação dos sujeitos processuais desde o ajuizamento da ação até o trânsito em julgado da decisão (CÂMARA, 2017, p. 24).

Nesse sentido, o modelo participativo impõe que os litigantes atuem observando a boa-fé objetiva em todos os atos processuais, de forma a obstar a prática de condutas meramente protelatórias, abusivas ou antiéticas, que lesam os interesses da outra parte (CAMBI, HAAS, SCHMITZ, 2017, p. 15). Tem-se, pois, que “a boa-fé objetiva é a condição funcional do modelo processual do Estado Constitucional, na medida em que constitui o vetor pelo qual devem ser analisados todos os atos praticados no processo” (SANTIAGO, COITINHO, 2016, p. 10).

O legislador do Código de Processo Civil de 2015, então, atentou-se ao alinhamento das normas estampadas no novo diploma legal aos deveres acima mencionados. Assim, vislumbra-se no novo *Codex* diversos dispositivos que têm por fundamento a boa-fé e a colaboração processual.

Traz-se como exemplo o artigo 10 da lei processual, que enfatiza a necessidade de participação dos sujeitos parciais ao determinar 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”.

Quanto às normas aplicáveis aos sujeitos parciais, tem-se, por exemplo, a possibilidade de realização do saneamento compartilhado, previsto no artigo 357, §§ 1º a 3º,

assim como, a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais, conforme o artigo 190, o que, por óbvio, pressupõe a atuação ética dos litigantes, de modo a evitar eventual anulação do negócio ao ser realizado o controle de validade pelo juiz (parágrafo único).

No entanto, apesar de todas as previsões legais supracitadas, há dúvidas quanto a quais são as consequências para o litigante que viola os deveres de boa-fé e colaboração, bem como, se o Código de Processo Civil criou mecanismos efetivos aptos a coibir tais comportamentos.

Para melhor elucidação destas questões, imprescindível fazer alguns apontamentos a respeito da diferenciação entre o direito e a moral sob a ótica de Immanuel Kant.

#### **4 APONTAMENTOS SOBRE DIREITO E MORAL NA ÓTICA KANTIANA: CONSIDERAÇÕES PARA QUE OS DEVERES PROCESSUAIS DA BOA-FÉ E COOPERAÇÃO NÃO SE TORNEM IMPERATIVOS CATEGÓRICOS**

Os ensinamentos de Immanuel Kant, sobretudo no que diz respeito à moralidade, têm como pressuposto o que o autor denomina “imperativo categórico”. Para Kant, o imperativo categórico é uma espécie de mandamento inflexível da razão, o qual, por sua vez, é considerado a representação de um princípio de determinação da vontade conforme leis objetivas. Ainda, “os imperativos são apenas fórmulas para exprimir a relação entre leis objectivas do querer em geral e a imperfeição subjetiva deste ou daquele ser racional” (KANT, 2005, p. 48-49).

Nesse sentido, Kant apresenta os chamados imperativo em hipotético e categórico, sendo o imperativo hipotético vislumbrado quando uma ação é dirigida no sentido de alcançar algum fim diverso do simples bem agir, ou seja, o agente elenca meios para atingir fins determinados. Por sua vez, quando a ação é boa em si mesma, é regida pelo imperativo categórico, o qual pode também ser denominado imperativo da moralidade (KANT, 2005, p. 50-51).

Assim, a moralidade Kantiana é estruturada em deveres inflexíveis da racionalidade que devem (ou deveriam) conduzir o ser racional ao bem agir. Leia-se o que dispõe o autor (2007, p. 59):

O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.

(...) age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da razão.

Segue o autor (2007, p. 69): “(...) age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.

Logo, vislumbra-se a moralidade estruturada em comandos da razão pura, aferidos formal e procedimentalmente. Assim, a moral, seguindo ensinamentos de Kant, é subjetiva, interna, individual, incondicionada à coerção. É, pois, representada pela autonomia da vontade, ou seja, as regras morais possuem uma adesão baseada na consciência e na concordância, a depender da vontade do agente. A moral, portanto, em hipótese alguma será impositiva.

Em sentido oposto, o direito é objetivo, independe de adesão ou concordância, é imposto pelo Estado, através da legislação. O agente não é impelido a aderir aos motivos do direito, devendo, tão somente, cumprir o dever por ele imposto. O direito limita a autonomia da vontade do indivíduo, impondo sanções àqueles que agem em desacordo com seus mandamentos. A moral se ocupa com o motivo da ação, enquanto que, para o direito, em regra, não importa o motivo que levou à conduta do agente, sendo relevante, apenas, o plano exterior de sua ação (NADER, 2019, p. 175). Nesse sentido, veja-se ensinamentos de Eduardo Bittar e Guilherme Almeida (2015, p. 366):

De fato, o agir ético tem um único móvel, a saber: o cumprimento do dever pelo dever. Somente a ação que é, além de conforme ao dever (exteriormente conforme ao dever), inclusive, cumprida, porque se trata do dever (interiormente deontológica), pode ser qualificada de ação moral

O agir jurídico pressupõe outros fins, outras metas, outras necessidades interiores e exteriores para que se realize; não se realiza uma ação conforme à lei positiva somente porque se trata de uma lei positiva. Podem-se encontrar ações conforme à lei positiva que tenham inúmeros móveis: temor da sanção, desejo de manter-se afastado de repreensões, prevenção de desgastes inúteis, e da penalização das autoridades públicas, medo de escândalo etc.

Apesar disso, não se pode estabelecer a equivocada ideia de que apenas o direito estabelece deveres. Tanto o direito quanto a moral impõem deveres aos indivíduos, no entanto, a moral “não outorga poder de exigir determinadas condutas”. Depreende-se desta afirmativa, portanto, apenas o direito é dotado de coercibilidade, ou seja, apenas ele autoriza “constranger alguém para o cumprimento de seu dever” (NADER, 2019, p. 264).

No mesmo sentido, ao interpretar os ensinamentos de Kant, Eros Grau (2008, p. 97-98) preceitua a independência do direito em relação à moral, ao considerar que a moralidade é fundamentada por uma “liberdade interna da vontade”, que independe de qualquer lei, enquanto que o direito, por outro lado, “respeita à liberdade externa da vontade, submetida ao império da lei”. Conclui esta afirmativa pontuando que, justamente, a coercibilidade é elemento essencial do direito.

A coercibilidade é materializada pelas sanções, em regra, impostas pelo Estado em relação ao particular, dentre as quais destacamos, por exemplo, as sanções penais e as sanções civis. A sanção penal mais extrema é a privação da liberdade do indivíduo que atenta contra um bem jurídico protegido pela lei penal. Assim, aquele que viola a lei penal estará sujeito a uma pena corporal. Por outro lado, aquele que viola um dever civil, muito provavelmente, ver-se-á diante de uma sanção patrimonial, devendo, por exemplo, indenizar aquele que foi prejudicado.

Do mesmo modo, aquele que viola um dever processual deve ser penalizado pelo Estado. Isso porque o processo civil é ramo do direito público, sendo, pois, eivado de interesse estatal. Apesar de serem discutidos no processo, em sua maioria, direitos disponíveis, não se pode olvidar que ele é o instrumento estatal de pacificação social. Dessa forma, em havendo interesse estatal, impõe-se às partes a observância de certos mandamentos legais que, caso descumpridos, resultam na imposição de sanção ao litigante.

No entanto, conforme já dito, a sanção apenas se impõe àqueles deveres jurídicos, ao direito, e não aos deveres morais. Nesse sentido, ao positivarem os princípios da boa-fé e da cooperação, os artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil fizeram de tais princípios parte do direito. Assim, via de consequência, pressupõe-se que, em caso de violação de tais deveres, será imposta uma sanção ao litigante de má-fé e ao litigante que não coopera.

Com isso em mente, façamos uma análise de eventuais sanções impostas aos litigantes que descumpra os deveres de boa-fé e colaboração processual.

O Código de Processo Civil de 1973 elencava as hipóteses de incidência de sanção pela inobservância do dever de boa-fé em seu artigo 17, que possuía a seguinte redação:

- Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
  - II - alterar a verdade dos fatos;
  - III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
  - IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
  - V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
  - VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
  - VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 tipificou as condutas passíveis de sanção em seu artigo 80, que dispõe:

- Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
  - II - alterar a verdade dos fatos;
  - III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
  - IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
  - V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
  - VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Pela análise dos dispositivos legais supratranscritos, resta evidente que houve tão somente duas sensíveis alterações no dispositivo: a palavra “reputa-se” foi substituída por “considera-se” e o inciso VI foi transposto para o singular. Portanto, a nova legislação, apesar de ter implementado normas e deveres processuais, acabou por não criar os mecanismos sancionadores que coibiriam a prática de atos contrários a tais deveres.

Nesse sentido, ainda mais grave é a total ausência de dispositivos legais prescrevam sanções ao litigante que não coopera. Ora, o Código de Processo Civil de 2015, conforme já dito, inovou ao positivizar em seus artigos 5º e 6º as normas fundamentais e deveres impostos aos sujeitos processuais. Assim, causa espanto o fato de que, apesar de ter feito de normas morais, normas legais, o legislador não cuidou impor sanções àqueles que agem em desconformidade com os deveres positivados no novo *Codex*. Quanto ao dever de boa-fé, ao menos, há previsão legal expressa (ainda que insuficiente). No entanto, sequer há previsão legal expressa e específica de sanção para o litigante que viola o dever de cooperação.

Márcio Carvalho Faria (2014, p. 4), em artigo publicado antes da promulgação da Lei 13.105/2015, já tecia críticas ao então projeto de lei, afirmando que a ausência de sanção àquele que descumpra o dever da colaboração faria com que este se tornasse tão somente um dever moral que, caso desobedecido, não importaria prejuízos consideráveis ao litigante.

O mesmo autor ainda afirmou que:

[...] afigura-se necessária – e porque não dizer indispensável – que a comunidade jurídico-processual se debruce acerca dessa omissão, integrando-a a fim de evitar que a norma fundamental da colaboração – e, conseqüentemente, a da boa-fé processual – seja verdadeiramente observada. (2014, p. 4)

No entanto, conforme exposto, o legislador não supriu tal omissão, não havendo, no Código de Processo Civil de 2015, nenhuma previsão que garanta a coercibilidade do dever de cooperação. Pois bem. Fora dito que os deveres de boa-fé e cooperação, além de deveres morais, são também deveres jurídicos, fazem parte do direito e, portanto, como consequência, em caso de violação, o resultado seria a imposição de uma sanção.

Ao não positivar os mecanismos sancionadores que poderiam ser impostos ao litigante que não coopera, o Código de Processo Civil acaba por dar a impressão de que, apesar de estar positivado, o dever de cooperação continua sendo um dever “meramente” moral, ou seja, na visão de Kant, tratar-se-ia de um imperativo categórico.

Dessa forma, diante da inércia do legislador, parece-nos razoável, por hora, tendo em vista a imbricação dos deveres de boa-fé e da cooperação (como acima exposto), a aplicação das sanções impostas ao litigante de má-fé também ao litigante que não coopera, conferindo, assim, a devida coercibilidade ao dever de colaborar com o processo, de forma a coibir sensações de impunidade e desincentivar o litigante da prática de condutas que maculam o processo.

Contudo, registra-se que tal solução gera incômodos e relutâncias. Para que seja aplicada uma sanção não expressa em lei, o magistrado fica obrigado a justificar sua imposição, fundamentando detalhadamente e de forma exauriente a sua decisão de forma a resignar o que será punido. A realidade da Justiça brasileira, porém, parece não comportar a designação de mais trabalho ao magistrado.

Frise-se, também, que a aplicação, por analogia, das sanções por litigância de má-fé ao litigante que não coopera, claramente, não é o meio mais adequado para conferir coercibilidade ao dever de cooperação, principalmente porque se trata quase de uma “gambiarra” jurídica. O adequado – e é o que se espera – é que o legislador crie mecanismos específicos que efetivamente imponham sanções específicas ao litigante que não coopera, prestigiando, pois, o tão importante dever positivado pela Lei Processual.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho, para analisar as consequências do descumprimento dos deveres de boa-fé e colaboração processual, debruçou-se sobre a evolução do Direito Processual Civil, com ênfase no fenômeno da constitucionalização do direito, no pós positivismo e na conseqüente vertente neoprocessualista, uma nova fase metodológica que instituiu um novo modelo processual, cuja característica principal é a participação efetiva dos sujeitos parciais.

Diante da efetiva necessidade de participação dos sujeitos processuais, impôs-se às partes os deveres de boa-fé e colaboração processual, objetivando a preservação do processo já que este também de interesse estatal, o que justifica a imposição de sanções àqueles que violam os deveres processuais estabelecidos no Código de Processo Civil.

A partir da análise dos ensinamentos de Immanuel Kant quanto aos imperativos hipotético e categórico, desenvolveu-se a diferenciação de moralidade e direito, concluindo-se, pois, que uma das principais diferenças entre direito e moral é justamente o caráter coercitivo daquele.

Assim, sendo os deveres de boa-fé e cooperação deveres jurídicos, compondo o direito, positivados no Código de Processo Civil, esperava-se que fossem impostos mecanismos sancionadores àqueles que agem em discordâncias a tais deveres. No entanto, contrariando esta expectativa, o Código de Processo Civil de 2015 restringiu as sanções por litigância de má-fé ao artigo 80 da Lei Processual, enquanto que, no que se refere às sanções por ausência de colaboração da parte, há um vácuo legislativo, total ausência de previsão legal que objetive coibir a violação do dever de colaboração processual.

Dessa forma, como não há mecanismos sancionadores específicos para o descumprimento do dever de cooperação, por hora, parece-nos adequada a aplicação da sanção por litigância de má-fé também ao litigante que não coopera. No entanto, para que a cooperação seja efetivada, não havendo dúvidas quanto à sua natureza de dever jurídico – e não apenas moral –, imprescindível que o legislador imponha sanções específicas para falta de cooperação, conferindo, pois, coercibilidade a este dever processual.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo - FGV**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37. DOI <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v225.2001.47562>> Disponível online em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47562> acessado em 05 out. 2019.



BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: a influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 22 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm). Acesso em: 22 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm). Acesso em: 22 nov. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 126/2005, p. 59 – 81. Disponível online em <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016e98c8c2f959cd5df1&docguid=lb08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=lb08d6550f25611dfab6f010000000000&spos=14&epos=14&td=17&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> acessado em 19 nov. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMBI, Eduardo; CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do processo? Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. **Revista Eletrônica de Direito Processual - UERJ**. Rio de Janeiro, ano 12, vol. 19, n.1, p. 83-106. DOI <https://doi.org/10.12957/redp.2018.32114> Disponível online em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/32114> acessado em 02 out. 2019.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Princípio da Cooperação Processual e o Novo CPC. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 984, p. 345-384. Disponível online em <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016e98d8b1e801cddd3b&docguid=lb61343d0a01611e78630010000000000&hitguid=lb61343d0a01611e78630010000000000&spos=16&epos=16&td=17&context=106&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> acessado em 05 out. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COITINHO, Jair Pereira; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 254, p. 45-71.

Disponível online em <

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000016e98d065e5746a5cbd&docguid=l49934bc018c611e6a66f010000000000&hitguid=l49934bc018c611e6a66f010000000000&spos=15&epos=15&td=20&context=69&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>  
acessado em 10 nov. 2019

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a experiência portuguesa. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 230, p. 369-396. Disponível online em <

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016e98d44b51d9a3edb3&docguid=la154b120af3011e3b816010000000000&hitguid=la154b120af3011e3b816010000000000&spos=14&epos=14&td=17&context=82&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>  
acessado em 05 nov. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa:

Edições 70 Ltda, 2007.

LEITE, Roberto Basilone. **A chave da teoria do direito de Habermas: direitos humanos e soberania popular**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do direito processual civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail [nepe@unitoledo.br](mailto:nepe@unitoledo.br) ou pelo telefone (18) 3901-4004.