

## CAPÍTULO X

### CONTRADITÓRIO E PRECEDENTE JUDICIAL: Repensado o direito de participação na formação da *ratio decidendi*

*Luís Carlos de Sousa Amorim<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Compreendendo o precedente judicial; 3 A necessidade de redimensionamento do princípio do contraditório e da noção de interesse jurídico; 4 Parâmetros para a admissão da intervenção na formação da *ratio decidendi*; 5 Conclusão. 6. Referências.

**RESUMO:** O artigo em tela trata do princípio do contraditório sob uma nova perspectiva, a saber, como fundamento que garante a ampla participação de terceiros interessados na construção da norma geral presente numa decisão judicial. Para tanto, busca-se compreender a estrutura e dinâmica de aplicação dos precedentes judiciais; redimensiona-se o princípio do contraditório para abarcar a *ratio decidendi* de uma decisão; redefine-se a noção de interesse jurídico apto a permitir as intervenções de terceiros; e estabelecem-se parâmetros para a construção democrática de qualquer tese jurisprudencial. Logo, verifica-se que a investigação a ser realizada tem cunho eminentemente teórico, tendo em vista que se estrutura em um raciocínio dialético no seu processo de construção. Ao final, se chegará a uma conclusão que melhor se alinhe ao novo Código de Processo Civil (NCPC) e à Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** precedente judicial; *ratio decidendi*; princípio do contraditório; intervenção de terceiros.

**ABSTRACT:** The article in screen comes the adversarial principle in a new light, namely, the foundation that ensures broad participation of interested parties in the construction of this general rule a court decision. Therefore, we seek to understand the structure and dynamics of application of judicial precedents; resizes the adversarial principle to include the *ratio decidendi* of a decision; redefines the notion of legal interest able to allow third-party intervention; and set up parameters for the democratic construction of any jurisprudential thesis. So it turns out that the research being carried out is eminently theoretical nature, given that it is structured in a dialectical reasoning in its construction process. Finally, you come to a conclusion that better aligns the new Civil Procedure Code and the Federal Constitution of 1988.

**KEY WORDS:** judicial precedent; *ratio decidendi*; principle of contradictory; third party intervention.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Foi monitor de Direito Processual Civil durante três semestres seguidos entre os anos de 2014 e 2015.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa a relação entre o princípio do contraditório e a *ratio decidendi* norma geral presente em toda decisão judicial. Embora comumente o contraditório seja pensado a partir da norma individualizada para o caso concreto, garantindo a efetiva participação dos sujeitos envolvidos no processo, busca-se demonstrar que o paulatino reconhecimento da força vinculante do precedente trouxe à tona uma preocupação extremamente relevante e que reclama uma atenção especial. Indaga-se se os indivíduos que não fazem parte de determinado processo poderão participar da formação da tese jurídica ali discutida, quando esta tiver o condão de lhe atingir. De logo, a resposta positiva parece ser a mais adequada aos valores constitucionais e ao mencionado princípio do contraditório, no entanto, alguns caminhos hão de ser percorridos com vistas ao estabelecimento de bases teóricas sólidas e critérios adequados para esta participação.

Assim, primeiramente serão estabelecidas algumas compreensões acerca dos elementos e dinâmica de interpretação, aplicação e superação do precedente judicial. Após, se ampliará a noção de contraditório e interesse jurídico para abarcar a razão de decidir de um julgado. E, finalmente, serão estabelecidos alguns parâmetros para que, de fato, possa haver a participação de terceiros na construção da tese jurídica construída em um processo pendente.

## 2. COMPREENDENDO O PRECEDENTE JUDICIAL

De logo, importa pontuar que precedente judicial é um fenômeno inerente a toda decisão jurisdicional, somente variando de um ordenamento para outro o tratamento que lhe é dispensado<sup>2</sup>. Assim, seja a decisão judicial resultado da concretização de um ordenamento ligado à família romano-germânico, seja ela proferida na tradição do *common law*, sempre terá como corolário o surgimento de um precedente, que poderá ser, no mínimo, um referencial à produção de novas decisões.

Com efeito, precedente nada mais é do que uma decisão judicial cuja orientação hermenêutica ou tese jurídica adotada serve de diretriz para o julgamento de situações fáticas semelhantes<sup>3</sup>. Essa tese jurídica sempre estará presente em uma decisão judicial adequada a um sistema democrático, em que a fundamentação é uma exigência basilar e legitimadora do Judiciário, uma vez que a sua ausência torna o provimento jurisdicional eivado de vício, levando à sua invalidade.

Ademais, possuindo o precedente judicial natureza de ato-fato jurídico<sup>4</sup>, a sua formação se

---

2 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 11.

3 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2011, p. 385.

4 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2011, p. 392.

dará sempre que houver o mencionado provimento jurisdicional fundamentado, independentemente da vontade do juiz, que, conquanto seja o responsável por proferir a decisão, não poderá determinar a inexistência do precedente. Nessa toada, o ordenamento jurídico de cada país somente pode conferir ao instituto o efeito que entender adequado e necessário<sup>5</sup>.

Como exemplo, no Brasil, os precedentes possuem diversos tipos de efeitos, sendo alguns vinculantes (todas as hipóteses do art. 927 do NCPC), outros persuasivos (efeito comum a todos os precedentes) e outros obstativos de revisão de decisões (arts. 496, §4º, e 932, IV, do NCPC). Há ainda quem entenda que o precedente pode ter eficácia autorizante (quando é condição para a admissão ou acolhimento de um ato postulatório) ou rescindente (quando retira a eficácia de uma decisão judicial transitada em julgado)<sup>6</sup>.

Da mesma forma, o alcance e a credibilidade que cada precedente judicial terá também poderão variar, levando-se em consideração, desde o órgão jurisdicional responsável por sua formação, até a força argumentativa que ostenta o provimento decisório. No entanto, esta é uma circunstância que somente pode ser conhecida após a superveniência de decisões que sigam o caminho hermenêutico trilhado no caso paradigma<sup>7</sup>.

Não por outro motivo, Cruz e Tucci afirma que o destino de um precedente judicial será conhecido aos poucos, pois tornar-se o modelo de casos análogos, para ele, é questão que tem como variantes circunstâncias diversas, embora já exista o que conceituamos como precedente judicial desde a construção da decisão<sup>8</sup>.

Para melhor compreensão, faz-se mister esclarecer que no bojo de uma decisão judicial existem dois tipos de normas. A primeira, voltada à regulação do caso sub judice, possui caráter individual, sendo desdobramento lógico do princípio da relatividade do processo. A segunda, no entanto, ostenta caráter geral, pois se projeta para além do processo, sendo resultado, como dito alhures, do próprio dever de fundamentar inerente à atividade jurisdicional<sup>9</sup>.

Enquanto a norma individualizada para o caso concreto está presente no dispositivo do provimento decisório, a norma geral ou precedente judicial está dissolvida na fundamentação da deci-

---

5 Ibid. p. 392.

6 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 458-460.

7 TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 11; MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de commonlaw e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 11.

8 Id., 2010, p. 11-12.

9 DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. BRAGA, Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. ed. 6. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 386.

são, malgrado não possa ser confundido com esta.

Tendo em vista que o órgão jurisdicional lança mão de diversos argumentos na fundamentação do provimento decisório, os precedentes são compostos pela *ratione decidendi* ou *holding* (os elementos essenciais) e pelo *obiter dictum* (os elementos não essenciais)<sup>10</sup>. Essa dicotomia se justifica, sobretudo, por causa dos efeitos gerados por cada um desses elementos.

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael Oliveira, a *holding* são os motivos fundamentais que amparam a decisão, é dizer, consiste na “opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”<sup>11</sup>. Nesta concepção, em termos práticos, a ausência da tese jurídica faz cair por terra a decisão proferida. Se esta decisão se mantiver, mesmo sem aquela tese, significa que o seu conteúdo não era, em verdade, uma *ratione decidendi*. Ademais, este é o elemento do precedente que, de fato, obriga os demais órgãos judiciais a adotarem determinada tese jurídica.

Por sua vez, *obiter dicta* são os argumentos acessórios de que se vale o órgão julgador para dar consistência à fundamentação. Sua ausência, no entanto, não retira a suficiência do provimento jurisdicional, uma vez que não se trata de questão relevante para o desfecho da controvérsia<sup>12</sup>. Exatamente por isso, essa porção da decisão não possui efeitos vinculantes, embora possa ser um forte instrumento de persuasão, a depender do seu conteúdo e do órgão judicial do qual se origina<sup>13</sup>.

A aplicação do precedente se dá por meio do *distinguishing*, do *overruling* e *overriding*. *Distinguishing* ou *distinguish* são termos desenvolvidos no *common law* para designar, tanto o método de confronto utilizado pelo magistrado na análise das semelhanças entre o caso sub *judice* e o caso paradigma (*distinguish*-método, previsto no art. 489, §1º, V e 927, §1º do NCPC), quanto o resultado da comparação realizada (*distinguish*-resultado, previsto no art. 489, §1º, IV e 927, §1º do NCPC)<sup>14</sup>.

Nesse diapasão, o *distinguishing* consiste no esforço mental realizado pelo juiz no confronto das circunstâncias fáticas e das *rationes decidendi* do precedente judicial e do caso que está sendo julgado, bem como no produto dessa operação<sup>15</sup>.

Já o *overruling* é a técnica pela qual um precedente pode ser superado por um outro prece-

---

10 ROSITO, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 105-106.

11 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Op. cit. p. 385.

12 DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. BRAGA, Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. ed. 6. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 386.

13 ROSITO, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 113.

14 DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. BRAGA, Paula Sarno. Op. cit. p. 174.

15 TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 125.

## CONTRADITÓRIO E PRECEDENTE JUDICIAL: Repensado o direito de participação na formação da ratio decidendi

dente. No entanto, o fato de um tribunal ser dotado de prerrogativa para a revogação dos seus precedentes não lhe dá o poder de mudar a suas orientações arbitrariamente, sem nenhuma circunstância especial que o autorize<sup>16</sup>.

Conforme leciona Luiz Marinoni, o overruling somente poderá ser utilizado quando o precedente deixar de atender aos padrões de congruência social e consistência sistêmica, bem como quando estiver desalinhado aos valores que sustentam a estabilidade<sup>17</sup>.

Para o autor, deixa de haver congruência social em um precedente quando o mesmo vai de encontro aos valores morais, políticos e de experiência que regem uma sociedade. Por sua vez, carece de consistência social o precedente que não demonstra coerência com outras decisões.

A superação de um precedente pode gerar efeitos extunc (retrospectiveoverruling), quando o precedente substituído, overruled, não pode ser considerado nem mesmo em relação aos fatos ocorridos antes da mudança de entendimento, e ex nunc (prospectiveoverruling), quando o precedente substituído continua a incidir sobre os fatos que ocorreram antes de sua substituição<sup>18</sup>.

O overriding, por fim, ocorre quando o órgão judicial mitiga o âmbito de incidência de um precedente, em razão da superveniência de uma regra ou princípio legal. Para alguns autores, o overriding consiste em uma técnica que permite a revogação parcial da ratio decidendi, ou seja, seria uma espécie de overruling parcial<sup>19</sup>.

### 3. A NECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA NOÇÃO DE INTERESSE JURÍDICO

Tradicionalmente, o contraditório sempre foi visto como o direito das partes de informação-reação. Bastava-se assegurar a participação dos indivíduos nos atos que compõe o procedimento para que se entendesse como garantido o princípio do contraditório. Nessa perspectiva, explica Antônio Cabral que “a contraposição dialética de argumentos e teses eram o cerne do princípio”; não era necessária a aferição da interferência concreta que os argumentos lançados teriam em relação à atividade judicial<sup>20</sup>. Era suficiente a promoção do contraditório formal, isto é, do direito de integrar o processo, de ser comunicado acerca dos atos processuais e de sustentar oralmente em audiência<sup>21</sup>.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 328.

17 Ibid. p. 390-391.

18 DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. BRAGA, Paula Sarno. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. ed. 6. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 405-406.

19 SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 266-284.

20 CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e nulidade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 104.

21 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conheci-

No entanto, assim como tudo na vida avança, também não mais se mostra suficiente o conceito de contraditório como mero direito de participação no processo. Hoje, o contraditório é visto também na sua dimensão substancial, consistindo em verdadeiro poder de influência. Ou seja, a atualidade demonstra que a simples manifestação no processo é insatisfatória, sendo necessário que haja reais possibilidades de influência no convencimento do magistrado<sup>22</sup>.

Rompe-se, dessa forma, com o paradigma tradicional do contraditório, consagrando-se um modelo que resulta da aplicação do princípio democrático no processo, uma vez que a democracia exige a criação de meios que garantam a efetiva participação dos cidadãos nas estruturas de poder do Estado<sup>23</sup>. O contraditório passa a ser o instrumento que permite a comunicação recíproca entre as partes e o juiz, agente político do Estado.

Ademais, não é raro perceber a discussão, em artigos e manuais mais atualizados, acerca do contraditório cooperativo. Essa nova faceta do contraditório está alinhada ao princípio da boa-fé processual e ao dever de cooperação, fazendo com que a participação das partes em juízo também tenha como finalidade a colaboração na realização da atividade jurisdicional. O processo passa a ser entendido dialogicamente e as partes passam a desempenhar importante função no aperfeiçoamento do provimento jurisdicional que, por sua vez, deixa de ser um produto individual<sup>24</sup>.

A partir de então, toda a estruturação processual se constrói intersubjetivamente e a sentença ou acórdão passam a ser enxergados como resultado de uma comunidade dialética de trabalho. Seja qual for a posição ocupada pelo sujeito processual, a sua conduta deve convergir para um mesmo objetivo, qual seja, o de solucionar o conflito da melhor maneira possível<sup>25</sup>. É o que dispõe o art. 6º do NCPC quando estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Percebe-se, pois, que o contraditório cooperativo potencializa a dimensão substancial do princípio do contraditório e se amolda ainda mais ao sistema axiológico do neoconstitucionalismo ou formalismo-valorativo.

Dito isto, fica claro que essa nova acepção do contraditório está diretamente ligada ao dever de motivação da decisão judicial, uma vez que será nela que o juiz exporá a contribuição de cada um dos litigantes na construção da sua decisão. Após lançar mão do aparato democrático produzido pelo novo pensamento constitucional, será o momento de o magistrado demonstrar como, de fato, a participação das partes influenciou na solução do caso<sup>26</sup>.

---

mento. 13. ed. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 56.

22 DIDIER JR, Fredie. op. cit., p.56.

23 Idem.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 90.

25 GONÇALVES, Marcelo Barbi. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Magistratura Deitada. Revista de Processo, 2013, p. 209.

## CONTRADITÓRIO E PRECEDENTE JUDICIAL: Repensado o direito de participação na formação da ratio decidendi

Ocorre que esta motivação carrega em si um entendimento jurídico que, além de servir como fundamento para o dispositivo da decisão que regula as partes que atuam no processo, se projeta também sobre inúmeras outras relações jurídicas titularizadas por sujeitos que em nenhum momento puderam participar da sua construção. Isso se dá principalmente por causa dos efeitos vinculantes ou, quiçá, persuasivos do precedente judicial.

Tal realidade é resultado do fato de a doutrina, historicamente, somente se preocupar em compatibilizar as multifuncionalidades do contraditório<sup>27</sup> à norma individualizada presente no provimento decisório, esquecendo-se da norma geral. Até então, o contraditório tem sido visto como a simples garantia de resolução de um caso concreto mediante a participação efetiva dos sujeitos diretamente envolvidos na relação processual<sup>28</sup>.

Entretanto, toda a construção teórica sobre o princípio do contraditório, aplica-se da mesma forma ao indivíduo que tem interesse<sup>29</sup> na formação do precedente judicial que será aplicado em casos análogos como o seu<sup>30</sup>. Por isso, não há necessidade de uma nova concepção do princípio do contraditório, forjado especialmente para a norma geral de uma decisão, sendo suficiente o redimensionamento do instituto à luz do gradual reconhecimento da teoria dos precedentes no ordenamento pátrio.

Neste prisma, o novo estágio evolutivo do contraditório, adequado que está ao formalismo-valorativo, não apresenta divergência com esse pensamento. Com efeito, as formas e atos processuais não podem ser concepções axiologicamente vazias<sup>31</sup>. Os institutos processuais materializam valores e, por sua vez, o contraditório cooperativo materializa ao máximo a ideia de democratização do processo, de modo que nenhuma incompatibilidade apresenta com o amplo direito de participação na construção de uma tese jurídica, desde que estabelecidos critérios que evitem a chicana processual.

Sendo assim, faz-se interessante pontuar três aspectos que demonstram que a exigência do contraditório cooperativo relaciona-se também à ratiodecidenti. São eles: o caráter publicista do

---

26 Nesse sentido, o órgão jurisdicional passa a assumir duas posições, mostrando-se paritário com as partes na condução do processo e assimétrico (superior às partes) no momento da decisão (MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102-103).

27 Expressão utilizada por Daniel Francisco Mitidiero (MITIDIERO, Daniel Francisco. A Multifuncionalidade do Direito Fundamental ao Contraditório e a improcedência limitar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: Revista de Processo, ano 32, n. 144, p. 108-109, fev. 2007).

28 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodvm, 2011, p.399.

29 No tópico seguinte, será definida a exata dimensão de interesse apto a permitir essa participação.

30 Não obstante, como se anotará oportunamente, essa participação poderá não ser pessoal, valendo-se o terceiro de um representante dotado de legitimidade para tanto.

31 CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e nulidade prima facie dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 208.

processo; o abandono da visão egoística do processo; e a vedação à não surpresa.

De antemão, é imperioso relembrar que o contraditório passou a ser visto como um instrumento de colaboração das partes na resolução de um conflito. Isso significa que o princípio está em harmonia com os objetivos estatais da jurisdição, o que demonstra a sua face publicista<sup>32</sup> desenvolvida com o neoprocessualismo. Esse caráter demonstra que o processo passou a ser concebido como um espaço de discussão, que permite a exposição de argumentos que convirjam para a solução da controvérsia (relação entre as partes processuais) e para a formação do entendimento jurisprudencial (que deve se dar com a ampla participação dos setores da sociedade).

Se no que tange à norma individual, que diz respeito a um número bem restrito de sujeitos, preza-se pela observância de uma estrutura dialógica que faça com que o dispositivo da sentença seja resultado da interação estabelecida entre as partes e o juiz, mais razão há para se considerar que a *ratio decidendi* deve ser construída democraticamente, com a participação daqueles que podem sofrer a sua incidência.

Em segundo lugar, o dever de colaboração faz com que o processo não mais seja visto como um palco de lutas egoísticas entre as partes<sup>33</sup>, de modo que elas devem atuar no sentido de ajudar no alcance da solução do caso<sup>34</sup>, além de contribuir e permitir a contribuição de terceiros na formação da *ratio decidendi*, mormente quando se tratar de questão de maior relevância e repercussão social.

Por certo, o dogma de que somente pode se manifestar no processo aquele que está no âmbito de incidência dos efeitos da norma individual não mais subsiste<sup>35</sup>. Por vezes, os sujeitos que atuam no processo têm como único objetivo o aperfeiçoamento e legitimação da decisão jurisdicional. É o que ocorre, e.g., com o *amicus curiae*, cuja atuação não se baseia em potencial prejuízo que sofreria caso não interviesse no processo, mas sim na necessidade de qualificação e democratização da decisão judicial<sup>36</sup>.

Por último, a relação entre o contraditório cooperativo e o princípio da boa-fé garante a todos os sujeitos processuais o direito de não ser surpreendido. Isso é aplicável às partes, que não podem adotar comportamentos antiéticos no sentido de ludibriar o adversário a todo custo (até porque

---

32 BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 513; CABRAL, Antonio do Passo. El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. In: Revista Peruana de Derecho Procesal, v. XIV, p. 266, 2010.

33 COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O Contraditório Cooperativo no Novo Código de Processo civil. In: Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190 t.2, p. 46, abr./jun. 2011. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242943>> Acessado em: 24/06/2015.

34 Nesse sentido dispõe o novo CPC em seu art.378 que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

35 CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e nulidade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 105.

36 WAMBIER, Tereza Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *Amicus curiae*. In: DIDIER JR, Fredie (Coord). et al. O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 494.

## CONTRADITÓRIO E PRECEDENTE JUDICIAL: Repensado o direito de participação na formação da ratio decidendi

o mesmo princípio estabelece o dever de lealdade); ao magistrado, que não pode quebrar as expectativas geradas pelo seu comportamento no processo<sup>37</sup>; e ao procedimento de formação do precedente judicial, exigindo que os setores da sociedade tenham prévia possibilidade de interferência em sua elaboração.

Na maioria das vezes, as técnicas estabelecidas pela teoria do precedente não permitem ao jurisdicionado a possibilidade de esquivar-se da incidência de uma ratiodecidendifirmada em um julgado anterior. Isso porque, ou não estão presentes as peculiaridades que permitem a distinção entre o caso sub examine e o caso paradigma, ou não se verificam os requisitos necessários à superação do precedente judicial por meio do overruling<sup>38</sup>.

Nesses casos, tratando-se de precedente vinculante, o jurisdicionado não terá nenhuma possibilidade de discutir a justiça da ratiodecidendi que será aplicada de maneira obrigatória no processo de que participa ou venha a participar. Com isso, é indubitável que o seu direito ao contraditório está sendo duplamente violado. Primeiro, porque é surpreendido por um entendimento jurídico que não ajudou a construir (contraditório cooperativo). Segundo, porque perde o efetivo poder de interferência no processo em que atua (contraditório substancial), já que o precedente vincula a decisão do juiz.

Destarte, sendo a razão de decidir de um caso concreto a norma a ser aplicada em um processo futuro, a fim de que se resguarde a garantia do contraditório, é de todo recomendável que se oportunize a ampla participação da sociedade. Caso contrário, mitigado estará o direito que têm os futuros litigantes de influir no convencimento do magistrado que julga o seu processo<sup>39</sup>.

Essa participação pode se dar por meio das modalidades de intervenção de terceiros, sobretudo pela assistência simples, pelo amicus curiae e pelo recurso de terceiro. Para tanto, todavia, além do redimensionamento do contraditório pregado neste tópico, será necessário que a noção e a amplitude do interesse jurídico sejam redefinidas.

Até então, assim como o princípio do contraditório, o interesse jurídico sempre foi pensado a partir da norma individualizada. A sua função sempre foi a de garantir a participação dos indivíduos que poderiam ser prejudicados no estabelecimento da regra do caso.

Foi nessa lógica que surgiram duas das modalidades de intervenção de terceiros, que, inclusive, mitigaram a regra de que o processo somente diz respeito às partes<sup>40</sup>. Ao lado de outras catego-

---

37 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. cit., p. 85.

38 Para melhor compreensão dessas técnicas vide o capítulo II.

39 ARENHART, Sérgio Cruz. O Recurso de Terceiro Prejudicado e as Decisões Vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 425.

40 Tratam-se da assistência e do recurso de terceiro prejudicado.

rias<sup>41</sup>, elas representam um esforço do ordenamento para coibir a ultra-eficácia da sentença.

Ocorre que, do mesmo modo que a noção de interesse sempre esteve atrelada à norma individual, a ocorrência de prejuízo jurídico nunca levou em consideração os efeitos gerados pela norma geral. O resultado disso é que qualquer interferência da orientação de um julgado na vida de um indivíduo era tida como irrelevante, não lhe legitimando para atuar no processo.

Não obstante, os tempos mudam e o modelo processual da atualidade impõe o abandono de dogmas que limitam a expansão da participação democrática. Nessa perspectiva, nos casos em que o conceito de prejuízo é o único fundamento para a intervenção, a sua compreensão deve ser alargada para abarcar os prejuízos que uma *ratiodecidenti* pode gerar. Afinal, as relações jurídicas desenvolvidas pelos sujeitos que não estão no processo também são alteradas pelo provimento decisório.

Nesse sentido, a eficácia reflexa da decisão que somente embasava a possibilidade de intervenção de terceiros na discussão da norma individual passa embasar também a participação na razão de decidir, de modo que se aperfeiçoa a ideia de interesse jurídico reflexo.

#### **4. PARÂMETROS PARA A ADMISSÃO DA INTERVENÇÃO NA FORMAÇÃO DA RATIO DECIDENDI**

O pensamento aqui esboçado se alinha ao incipiente posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em processo<sup>42</sup> protagonizado por uma indústria de cigarro em que se discutia a constitucionalidade de um decreto-lei, o colendo Tribunal, ao admitir a intervenção de um sindicato como assistente simples da referida indústria, demonstrou ser possível o reconhecimento do interesse jurídico a partir da constatação de que um julgado pode determinar o entendimento jurisprudencial a ser aplicado em casos semelhantes. Embora o sindicato não mantivesse uma relação jurídica conexa com a debatida em juízo, o direito de participação na formação da *ratiodecidenti* foi suficiente para garantir o seu ingresso no feito<sup>43</sup>.

Esse julgado deve ser considerado como um marco histórico no tratamento da questão, uma vez que, além de ter acolhido um novo conceito de interesse jurídico, também estabeleceu alguns critérios a serem observados no momento da intervenção de terceiro com espeque na razão de decidir. Estes critérios, além de qualificar a participação do terceiro no processo, também mitigam o ingresso em massa de sujeitos numa demanda em curso. São eles: a) Existência de uma relação jurídica

---

41 Fredie Didier cita, como exemplo, as demais modalidades de intervenção de terceiro; a restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada e a permissão de processo incidentes, como os embargos de terceiro (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 350).

42 STF - RE: 550769 RJ, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 22/05/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014.

43 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 363.

ca coletiva; b) representatividade adequada; e c) possibilidade de criação de um novo entendimento jurisprudencial.

No que tange ao primeiro requisito, urge frisar que a admissibilidade do sindicato como assistente simples no processo em comento somente se deu em consideração ao seu caráter de entidade representativa de uma coletividade. Na qualidade de assistente, o sindicato, embora auxiliasse a indústria de cigarros que litigava na demanda, representava também os interesses de todas as demais indústrias de fabricação e comercialização de fumo do Estado de São Paulo e, quiçá, do Brasil<sup>44</sup>.

O STF dilatou o alcance da assistência simples, que exige uma relação jurídica conexa com a debatida no caso sub examine, e permitiu a intervenção tendo em conta uma relação jurídica de direito coletivo. In casu, a espécie de direitos coletivos que serviu de substrato para a intervenção do assistente foram os direitos individuais homogêneos<sup>45</sup>, isto é, aqueles decorrentes de uma origem comum<sup>46</sup>. Não há embargo, porém, para que essa legitimação se dê a partir de direitos coletivos stricto sensu ou de direitos difusos, ambos igualmente espécies do gênero “direito coletivo latu sensu”<sup>47</sup>.

Embora haja quem defenda a participação direta, no processo, do indivíduo potencialmente prejudicado pela ratiodecidendi<sup>48</sup>, para Fredie Didier Jr., a legitimidade limitada a entidades que defendem direitos coletivos “é a forma mais adequada para se resolver o conflito entre o direito ao contraditório destes terceiros interessados na fixação do precedente e o direito a duração razoável do processo”<sup>49</sup>.

Quanto ao segundo requisito, a representatividade adequada, demonstra que é insuficiente que a pretensa entidade interveniente comprove que possui certa afinidade com a coletividade, sendo imprescindível que haja uma sensata dose de qualificação. Assim, demonstra Rodrigues Netto que alguns elementos são capazes de demonstrar a representatividade adequada, a saber: “um bom conhecimento dos fatos envolvendo a demanda; possua credibilidade em virtude de demonstrar ter um bom caráter e ser honesto; tenha condições para custear as despesas do processo; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial do interesse do grupo; sua conduta em outros processos coletivos”<sup>50</sup>.

---

44 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 364.

45 Idem, ibidem.

46 Definição dada pelo art. 81, II do Código de defesa do consumidor.

47 VENTURI, Elton. Processo Civil Coletivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

48 ARENHART, Sérgio Cruz. O Recurso de Terceiro Prejudicado e as Decisões Vinculantes. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (coord). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 436-437.

49 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 364.

A representatividade adequada promove o devido processo legal e seu corolário, o princípio do contraditório, pois garante um efetivo direito de influência na elaboração da razão de decidir ao exigir a real presença dos terceiros no processo<sup>51</sup>. Evita também o ingresso temerário de algumas instituições, cujos objetivos escusos são anulados pela exigência de idoneidade presente no conteúdo da representatividade adequada.

E, por fim, o terceiro requisito, possibilidade de criação de um novo entendimento jurisprudencial, novamente tomando como base o julgado do STF, percebe-se que o Colendo Tribunal somente permitiu o ingresso do sindicato como assistente simples porque havia razões plausíveis para se entender que aquele julgado poderia estabelecer uma nova orientação jurisprudencial. A Corte iria decidir se o Poder Público poderia impor restrições destinadas a compelir indústrias de tabaco ao pagamento de obrigações tributárias (principal ou acessória), mesmo quando essas pudessem significar o fechamento de uma atividade econômica.

Desconsiderando o mérito da questão, ficou assentado que sem a potencialidade de criação de uma nova tese jurídica, não se justifica a intervenção de terceiros como assistente simples. É o que também se aplica à intervenção do *amicus curiae*, tendo em vista que o auxílio que presta ao magistrado tem como objetivo fornecer elementos de conhecimento sobre assunto ainda não pacificado.

## 5. CONCLUSÃO

Pelas considerações esboçadas até então, resta evidente a necessidade de redimensionamento do princípio do contraditório à luz da razão de decidir de um julgado. Essa é uma imposição lógica dos valores que norteiam o Estado Democrático de Direito ante o paulatino prestígio de que goza a teoria do precedente judicial no ordenamento pátrio, uma vez que o princípio democrático, do qual se origina o contraditório, exige a criação de meios que garantam a efetiva participação dos cidadãos nas estruturas de poder do Estado.

Não é mais admissível a concepção de que o contraditório apenas assegura às partes o direito de participarem da construção da norma individualizada do caso concreto, sendo inquestionável a necessidade de pluralização da discussão em torno da tese jurídica a ser firmada no mesmo provimento decisório. Com efeito, essa ampliação está intrinsecamente ligada à dimensão cooperativa do contraditório, que, ao conferir uma estruturação dialógica ao processo, onde a decisão passa a ser construída intersubjetivamente, demonstra que muito mais razão existe para a aplicação desta dinâmica na formação de uma *ratiodecidenti*, que alcança um número indefinido de pessoas. Assim, três foram os fundamentos que, presentes no contraditório cooperativo, respaldaram essa conclusão: o

---

50 RODRIGUES NETTO, Nelson. A Intervenção de Terceiros nos Julgamentos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial Paradigmático. In: DIDIER JR, Fredie (coord). et al. O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 125.

51 DIDIER JR, Fredie e ZANETI, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo. Salvador: Podivm, 2008, p. 216.

caráter publicista do processo; o abandono da visão egoística do processo; e a garantia à não surpresa.

O interesse jurídico apto a permitir a intervenção de terceiros em processo pendente também foi redefinido para possibilitar o direito de participação no estabelecimento de uma orientação jurisprudencial, mesmo quando o interveniente não titularize uma relação jurídica conexa com a debatida em juízo. Consagrou-se a noção de “interesse jurídico reflexo”, oriundo dos efeitos erga omnes gerados pelo precedente judicial, o que permite a intervenção de terceiro na construção de uma razão de decidir desde que presentes os requisitos autorizadores estabelecidos a partir da análise do RE n. 550.769 QO/RJ.

## 6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **O Recurso de Terceiro Prejudicado e as Decisões Vinculantes**. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda (coord). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e Afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório (Princípio do -). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio. (Org.). Dicionário de Princípios Jurídicos. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010, p. 193-210.

\_\_\_\_\_. **Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e nulidade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **O Contraditório Cooperativo no Novo Código de Processo Civil**. In: Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 190 t.2, p. 46, abr./jun. 2011. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242943>> Acessado em: 24 de jun., 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 90.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e a Magistratura Deitada**. Revista de Processo, 2013, p. 221-248.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. In: DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 570-584.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **A Multifuncionalidade do Direito Fundamental ao Contraditório e a improcedência limitar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner.** In: Revista de Processo, ano 32, n. 144, p. 108-109, fev. 2007.

RODRIGUES NETTO, Nelson. **A Intervenção de Terceiros nos Julgamentos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial Paradigmático.** In: DIDIER JR, Fredie (coord). et al. O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

\_\_\_\_\_. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Amicus Curiae.** In: DIDIER JR, Fredie (coord). et al. O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 494-508.