

**OS EFEITOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE AS NORMAS  
FUNDAMENTAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO**  
*THE EFFECTS OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE ON THE FUNDAMENTAL  
STANDARDS OF FULL DEFENCE AND THE ADVERSARY SYSTEM*

*William Soares Pugliese\**

**Resumo:** O presente artigo procura responder como é possível conciliar os precedentes ditos vinculantes com o direito de se defender e de influenciar a compreensão do caso pelo magistrado. Para tanto, o trabalho faz uma breve exposição do entendimento atual a respeito do efeito vinculante dos precedentes, como têm sido apresentado pela doutrina majoritária. Em seguida, tecem-se algumas considerações sobre a previsão constitucional da ampla defesa e do contraditório. Assentadas essas duas premissas, o artigo apresenta a noção de defesa e de derrotabilidade de Neil MacCormick, na tentativa de conjugar a vinculação dos precedentes com a possibilidade de qualquer parte, mesmo em processos individuais, contribuir para a alteração de posicionamentos anteriores dos tribunais.

**Palavras-chave:** Precedente; Vinculação; Ampla defesa; Contraditório.

**Abstract:** This article tries to answer how it is possible to reconcile the previous binding ones with the right to defend itself and to influence the understanding of the case by the magistrate. To do so, the paper gives a brief account of the current understanding of the binding effect of precedents, as has been presented by majority doctrine. Next, some considerations are made about the constitutional prediction of ample defense and contradictory. Based on these two assumptions, the article presents Neil MacCormick's notion of defense and defeatability in an attempt to combine the precedent linkage with the possibility that any part, even in individual cases, may contribute to changing previous court positions.

**Keywords:** Precedent; Binding effect; Full Defence; Adversary system.

---

\* Pós-doutorando pela UFRGS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil). Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR. Gastforscher no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR). Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

Os períodos de transição entre um Código e outro são marcantes para a ciência jurídica. Por um lado, marcam pelas dificuldades teóricas e práticas que suscitam, especialmente pelo fato de que o novo Código é um novo texto a ser interpretado e compreendido. Por outro lado, os Códigos inauguram novas linhas de pensamento e permitem uma renovação da doutrina e da jurisprudência. O que é fato, porém, é que o conhecimento teórico é a chave para a interpretação da nova legislação e é também o que permite enfocá-la sob sua melhor luz.

É justamente este diálogo que permeia a discussão que este artigo pretende abordar. Sabe-se que a doutrina tem defendido que o novo Código instituiu precedentes vinculantes, ou obrigatórios, especialmente por conta do art. 927. Os fundamentos para essa tese são diversos e, na maioria das vezes, constitucionais, girando em torno do direito à igualdade, do direito à segurança jurídica e da função atribuída aos tribunais superiores pela própria Constituição.

Ocorre, porém, que outros direitos fundamentais parecem ter sido deixados de lado quando dessas análises. Em síntese, a Constituição garante a todos, em seu art. 5.º, inc. LV, o direito à ampla defesa e ao contraditório, que podem ser compreendidos de uma série de maneiras. Para os fins deste trabalho, esses direitos fundamentais serão utilizados especificamente por conta de um efeito que produzem: o direito de influenciar na discussão e na decisão jurídica – sobre fatos e sobre o direito – em um determinado caso.

Vale dizer, portanto, que a pergunta que se busca responder é a seguinte: como conciliar os precedentes ditos vinculantes com o direito de se defender e de influenciar a compreensão do caso pelo magistrado? Note-se que a pergunta se dirige a uma realidade que passará a ser cada vez mais comum na prática forense. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses em que o Superior Tribunal de Justiça julga, em sede de recurso especial repetitivo, um caso que nega um direito do consumidor – um exemplo recente é a legalidade da cobrança de comissão de corretagem.<sup>1</sup> Evidentemente, a decisão tende a ser repetida para os demais casos que tramitam no

---

<sup>1</sup> RECURSO ESPECIAL REPETTIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

Judiciário a respeito do tema. O que deve ser questionado, porém, é o espaço ou as opções disponíveis às partes e aos advogados, que não participaram diretamente do julgamento do recurso repetitivo, para influenciar em uma eventual decisão distinta.

Observe-se, portanto, que deve haver ao menos uma breve mediação entre a decisão do caso repetitivo e a aplicação da tese jurídica firmada nos demais casos, como determina o art. 985, do Código de Processo Civil. Inviabilizar qualquer possibilidade de argumentação e, portanto, de influenciar na decisão, é ato manifestamente inconstitucional. É este espaço que o presente artigo pretende investigar.

Para tanto, o trabalho fará uma breve exposição do entendimento atual a respeito do efeito vinculante dos precedentes, como têm sido apresentado pela doutrina majoritária. Em seguida, tecem-se algumas considerações sobre a previsão constitucional da ampla defesa e do contraditório. Assentadas essas duas premissas, o artigo apresenta a noção de defesa e de derrotabilidade de Neil MacCormick, na tentativa de conjugar a vinculação dos precedentes com a possibilidade de qualquer parte, mesmo em processos individuais, contribuir para a alteração de posicionamentos anteriores dos tribunais.

Deixe-se claro, desde o início, que o objetivo do trabalho não é negar a importância da teoria dos precedentes. A questão está, apenas, em permitir que todos tenham a oportunidade de aduzir seus argumentos a respeito destes precedentes.

## **2 TÉCNICA BREVE ANÁLISE SOBRE O EFEITO VINCULANTE DOS PRECEDENTES**

Precedente é conceito relativamente recente, ao menos na ciência jurídica brasileira. Por um longo período, esta noção era apenas uma referência à tradição jurídica anglo-saxã, conhecida especialmente pela explicação da obra de René David.<sup>2</sup> Recentemente, uma série de

---

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATT), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II - CASO CONCRETO: 2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor.

Aplicação da tese 1.1.

2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

III - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1599511/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 24/08/2016. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 06/09/2016).

<sup>2</sup> Vale recordar que a França é um dos sistemas jurídicos que ainda refuta a validade e a força dos precedentes, de modo que a argumentação de um autor que tem esta origem deve ser considerada com cautela.

obras publicadas em português vêm se aprofundando e defendendo a aplicação de precedentes no Direito brasileiro.<sup>3</sup> Para além disso, alterações na Constituição da República Federativa do Brasil e na legislação ordinária, bem como atos normativos editados pelo Conselho Nacional de Justiça e tribunais, têm confirmado essa necessidade e suscitado em juízes, promotores, advogados e estudantes o interesse na figura.

Em uma definição inicial, precedente é uma decisão anterior que serve como modelo para decisões posteriores.<sup>4</sup> Pode-se acrescentar que o precedente é uma decisão cujos limites superam os de um único caso, tornando-se paradigma para a resolução de outros casos semelhantes. Nesta linha, só há sentido falar em precedentes quando se observa que uma decisão é dotada de determinadas características, "basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados".<sup>5</sup> Sem esta pretensão de universalidade, tem-se uma decisão judicial.

Portanto, um precedente é uma decisão, mas com algumas características adicionais. Nesta primeira análise, pode-se apontar como elementos que colaboram para o desenvolvimento de um precedente que a decisão tenha sido proferida por um tribunal cuja competência territorial se estenda por todo o território nacional (tais como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar) ou ao menos por um estado ou região (como os tribunais estaduais e os tribunais regionais federais). Além disso, depreende-se da função de servir como paradigma que a decisão seja adequadamente fundamentada, de modo que dela se possam extrair os critérios a serem aplicados para os casos futuros.

Nesta linha, a doutrina brasileira tem se posicionado no sentido de que os precedentes firmados pelos tribunais superiores devem ser observados pelos demais órgãos do Poder Judiciário, sem a possibilidade de decidir de outra maneira. Assim, as decisões previstas no rol do art. 927, do Código de Processo Civil, são todas vinculantes, no sentido de que são elas obrigatórias e, se

---

<sup>3</sup> Ver, por exemplo, DIDIER JR., Fredie; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de (Orgs). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015; MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>4</sup> Tradução livre de: "*precedents are prior decisions that function as models for later decisions*". (MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Introduction. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997. p.1).

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.215.

descumpridas, dão ensejo ao ajuizamento de reclamação perante o tribunal competente.<sup>6</sup> Com as devidas particularidades, é essa a posição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>7</sup> e Daniel Mitidiero.<sup>8</sup> Registre-se, por outro lado, a crítica de Nery Jr e Nery à adoção de precedentes no Brasil.<sup>9</sup>

Justamente pela sua difusão, é importante definir o que se entende por efeito vinculante. Remete-se, aqui, às lições de Neil MacCormick. Ao expor as razões pelas quais as decisões passadas são relevantes para o Direito, o autor sintetiza as vantagens da teoria dos precedentes em três motivos. O primeiro é uma razão de justiça: "se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados".<sup>10</sup> Em segundo lugar, e como decorrência do primeiro motivo, está a ideia de um sistema jurídico imparcial, que aplica a mesma justiça a todos. O Estado de Direito pressupõe que as mesmas regras e soluções orientem a decisão, independentemente do juiz da causa, e requer que "se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro".<sup>11</sup> O terceiro motivo identificado é a economia de esforço, pois a definição de um resultado dispensa juízes e advogados de repetir os mesmos argumentos, sobre as mesmas circunstâncias, para os mesmos casos. Assim, "uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração".<sup>12</sup> Esta última citação é, em síntese, o que se entende por efeito vinculante. Existem três partes neste conceito que devem ser examinadas.

A primeira parte é a que exige, da decisão apta a se tornar um precedente, que exiba uma "análise cuidadosa". É imprescindível que o precedente contenha argumentos que respondam às teses alegadas pelas partes e que convença os interessados de que a decisão faz sentido.<sup>13</sup>

A segunda parte da definição revela o elemento "vinculante" do efeito vinculante. Explica-se: afirmar que "um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por

---

<sup>6</sup> Para uma síntese do posicionamento atual da doutrina, ver ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. 349f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>8</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes supremas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>9</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.1837 e segs.

<sup>10</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

<sup>11</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

<sup>12</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

<sup>13</sup> Sobre o tema, seria possível consultar extensa bibliografia a respeito da fundamentação. Sugere-se, como ponto de partida, a análise da própria obra de Neil MacCormick.

todas" significa tratá-lo com grau de definitividade, inclusive para casos semelhantes que surjam após a decisão do anterior. Sob outra ótica, é atribuir um efeito geral e abstrato para decisões do Poder Judiciário, de modo que não se admita nova discussão sobre o tema, impedindo outros juízes ou tribunais de se opor à decisão. Pode-se dizer, com segurança, que a decisão brasileira com efeitos vinculantes que melhor demonstra o significado deste elemento do conceito são as que julgam procedentes ações declaratórias de inconstitucionalidade – ou seja, decisões que declaram, pela via direta, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade que pronuncia a nulidade da lei, sem modulação, não admite qualquer tipo de situação excepcional. Qualquer situação deve ser decidida como se a lei não tivesse existido, respeitando-se, quando muito, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Os demais casos, ainda não protegidos pelas previsões constitucionais acima referidas, devem ser apreciados sem qualquer consideração do texto declarado inconstitucional.

Ocorre que esta capacidade de tomar decisões definitivas, sem qualquer exceção, não é algo factível no Direito e também não é uma qualidade que gera algum resultado intrinsecamente positivo. Até mesmo a vinculação do Estado e dos cidadãos à lei, à luz do positivismo, não produziu o resultado esperado, o que levou Ronald Dworkin, por exemplo, a sugerir que o próprio Direito é um conceito interpretativo.<sup>14</sup> A certeza e a definitividade, em termos que não admitem qualquer exceção, produzem mais dificuldades do que benefícios. É por isso que o próprio MacCormick, ao definir o que entende por efeito vinculante, admite exceções para “demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração” – o que configura a terceira parte de seu conceito. Este elemento será considerado com maior cautela no item 4 deste artigo.

O que deve ficar claro, neste item, é que a doutrina processual civil brasileira tem defendido a adoção de um efeito vinculante composto, apenas, das duas primeiras partes do conceito aqui apresentado: uma decisão bem fundamentada que se replique para casos iguais. A seguir, passa-se a considerar a ampla defesa e o contraditório, com o objetivo de se estabelecer o contraponto ao efeito vinculante.

---

<sup>14</sup> Ver, por exemplo, DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977 e MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

### 3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais, previstos pelo art. 5.º, inc. LV, que possui o seguinte texto: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>15</sup> Sustenta-se que esta previsão aperfeiçoa outro direito fundamental, qual seja, o devido processo legal, seja em sua vertente formal, seja em sua vertente material.<sup>16</sup> Para Luiz Guilherme Arcaro Conci, as garantias da ampla defesa e do contraditório têm como um de seus efeitos o entendimento de que “não há que se falar em justiça sem que se ouça as partes envolvidas e lhes dê os recursos admitidos pelo direito em sua plenitude para comprovarem seus argumentos”.<sup>17</sup>

Com fundamento na escola alemã, o Min. Gilmar Mendes apresenta sua concepção de ampla defesa no desdobramento de três direitos.<sup>18</sup> O primeiro é o direito à informação, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes. O segundo é o direito de manifestação, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo. Por fim, o terceiro direito é o de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas. Ademais, para Gilmar Mendes, do direito de ver os argumentos considerados decorre o dever judicial de fundamentar as decisões e de conferir atenção e considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas pelas partes.

Com objetivo semelhante, André Ramos Tavares sustenta que “todo ato ou fato produzido ou reproduzido no processo por qualquer de suas partes deve dar ensejo ao direito da outra de se opor, de debater, de produzir contraprova ou fornecer sua versão, ou interpretação

---

<sup>15</sup> Apesar do entendimento de que o contraditório é garantia de todas as partes e a ampla defesa é direito do demandado, que se contrapõe ao direito de ação do demandante, o texto fará remissão ao conjunto “contraditório e ampla defesa”, até porque não é objetivo do presente trabalho a distinção entre os dois direitos fundamentais. Para além disso, ver-se-á, no item seguinte, que MacCormick se utiliza da “ampla defesa” para tratar de temas associados, no Brasil, ao contraditório. Assim, o tratamento dos direitos como um conjunto também respeita as expressões escolhidas pelo professor escocês.

<sup>16</sup> Sobre o devido processo legal, ver SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>17</sup> CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Artigo 5.º, incisos LIV ao LVII. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.219.

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.592.

daquele ato ou fato apresentado”.<sup>19</sup> Vê-se, assim, que a doutrina reconhece como uma das principais faces da ampla defesa o direito de se manifestar acerca dos elementos fáticos e jurídicos discutidos na causa, e que cabe aos magistrados apreciar esses argumentos.

Até mesmo parcela da doutrina que sustenta a existência de precedentes vinculantes admite que o contraditório e a ampla defesa podem ser vistos como o direito de influência. Nesta linha, Marinoni e Mitidiero afirmam que, por força da previsão constitucional do art. 5.º, inc. LV, “a regra está em que todas as decisões do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes”.<sup>20</sup> O raciocínio vai ainda mais além: “é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício”.<sup>21</sup> Isto leva à conclusão de que, dentre outros efeitos, o magistrado não pode julgar o caso com fundamento sobre o qual as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar previamente. Este ideal se consolidou no art. 9.º, do Código de Processo Civil.<sup>22</sup>

Se todas essas afirmações forem levadas em conta, e representarem mais do que ideias lançadas no papel, sua aplicação e relação com a teoria dos precedentes chega até mesmo a se revelar evidente. O Código somente autoriza o julgamento sem a prévia oitiva da parte contrária em três hipóteses: tutela provisória de urgência; tutela de evidência com fundamento nos incisos II e III, do art. 311; e a decisão que determina citar o réu para pagar a quantia em dinheiro, no procedimento da ação monitória. Note-se que o art. 9.º não prevê o julgamento, de procedência ou improcedência, no caso de aplicação de precedente vinculante.

Assim, a aplicação do art. 985, do Código de Processo Civil, não pode se dar pela aplicação indiscriminada da tese jurídica firmada como precedente, seja no julgamento de casos repetitivos, seja em qualquer instância prevista pelo art. 927, do mesmo Código. Ao contrário, uma vez ciente da decisão aplicável, deve o magistrado abrir às partes a oportunidade de se manifestar a respeito da decisão que se considera precedente. Essa manifestação, como se demonstrará no

---

<sup>19</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.754.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.761.

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.761.

<sup>22</sup> Art. 9.º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

próximo item, pode tratar ao menos de dois temas: a distinção entre o caso que deu origem ao precedente e o caso em tela (*distinguishing*) e a possibilidade de superação do entendimento firmado pelo precedente (*overruling*). Destaque-se, mais uma vez, que essas hipóteses são excepcionais e não serão comuns na prática, mas é preciso considerá-las para que o exercício do contraditório e da ampla defesa seja integral.

#### 4 A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO DIANTE DOS PRECEDENTES

Como exposto na introdução, o tratamento deste item parte da ideia de derrotabilidade ou excepcionalidade, especialmente na ótica de Neil MacCormick. Para tanto, na esteira do autor citado, é necessário ingressar no aspecto pragmático dos processos. Como se sabe, as partes, privadas ou públicas, devem provocar o Poder Judiciário para obter a tutela dos direitos por elas invocados. Porém, não basta que o autor demonstre, com provas e argumentos, que tem razão. O Estado de Direito confere àqueles contra quem se exerce a ação o direito de negar o que é alegado. Aos réus também se concede o direito de apresentar contraprovas e de contestar, por qualquer dos caminhos que a argumentação se mostra razoável, "a correção e a relevância dos fundamentos jurídicos que sustentam o pleito ou acusação contra eles".<sup>23</sup> Para realizar a análise das alegações e das provas, do direito e dos fatos, exige-se a figura de um juiz imparcial que presida o processo sob um ideal de dialeticidade, para que conclua e justifique os pontos em questão e decida. É nesse contexto que se insere a derrotabilidade.

MacCormick imputa a Hart e seu "The ascription of responsibility and rights"<sup>24</sup> sua inspiração para o tratamento do tema.<sup>25</sup> O ensaio, renegado pelo professor de Oxford, foi resgatado por outros juristas que revelaram a importância do tema para a discussão jurídica do final do século XX. Em síntese, a ideia da derrotabilidade está em reconhecer que existem condições "ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes para a validade ou solidez de arranjos jurídicos",<sup>26</sup> mas que esses arranjos podem ser afastados pela ocorrência de circunstâncias

---

<sup>23</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.310.

<sup>24</sup> HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. In: RYLE, Gilbert; FLEW, Antony (Eds). **Proceedings of the Aristotelian Society**. Oxford: Blackwell, 1948-1949. v.49. p.171-194.

<sup>25</sup> O professor escocês reconhece que seu tratamento da derrotabilidade pode ser tomado como uma introdução ao tema, sem aprofundamentos no âmbito da lógica. Para uma análise neste segundo sentido, ver: SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (Orgs). **Informatics and the foundations of legal reasoning**. Dordrecht: Kluwer Academic Press, 1985. p.119-167.

<sup>26</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.310-311.

anômalas.<sup>27</sup> Constatar a existência da derrotabilidade é reconhecer que situações jurídicas podem ter uma aparência de validade mas, no entanto, podem estar sujeitas a algum tipo de intervenção que as invalide.<sup>28</sup>

A forma mais simples de se demonstrar esse fenômeno é pelas hipóteses que MacCormick denomina de "derrotabilidade expressa": "alguém poderia pensar numa regra sobre um direito D, regra que expressamente prevê as condições positivas para atribuir D a uma pessoa apropriada, mas que também sujeita a concessão desse direito a algumas exceções ou ressalvas".<sup>29</sup> No Brasil, tem-se uma série de exemplos de derrotabilidade expressa, como as hipóteses que excepcionam a prática de ilícitos civis nas hipóteses de legítima defesa e exercício regular de direito – nos termos do artigo 188, I, do Código Civil. A legítima defesa e o exercício regular de direito, assim como o estado de necessidade, também são casos de exclusão de ilicitude no Direito Penal, e por isso valem como exemplos de derrotabilidade expressa também nesse âmbito. Pode-se acrescentar, ainda, as situações de modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade como casos expressos de derrotabilidade das decisões com efeitos vinculantes, no Brasil.

A compreensão da derrotabilidade expressa facilita a exposição, mas ela não é o caso mais interessante deste tema. Na verdade, a explicitação das exceções afasta justamente o que há de mais importante na presente discussão. Isso leva Neil MacCormick a estabelecer uma segunda categoria de derrotabilidade, ou *defeasibility*, a qual denomina de "implícita".<sup>30</sup> Esta categoria afeta todas as instâncias das instituições jurídicas, pois permite a identificação de exceções não previstas nas regras. É por isso que elas importam para o contexto deste item e para a prática a partir de precedentes.

Para MacCormick, "os princípios e os valores implícitos de tal sistema interagem com as disposições mais específicas encontradas nos textos legislativos ou nas *rationes* mais precisamente

---

<sup>27</sup> "Um exemplo de uso corrente é o de uma lei sobre testamento, escrita de maneira bastante estrita, que uma corte interpretou como inaplicável ao beneficiário após este ter atirado no testador, seu avô, para impedi-lo de alterar o testamento. A razão para isso foi que, mesmo em face dos termos categóricos da lei, a corte considerou correto limitar a aplicação da regra de modo a deferir a um princípio jurídico mais amplo, segundo o qual ninguém deve ser capaz de fundamentar um pleito jurídico em um fato que é resultado de sua própria torpeza, ou beneficiar-se de sua própria infração." MacCormick se refere, aqui, ao já comentado Riggs v. Palmer. (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.311).

<sup>28</sup> "Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcionável (*defeasible*), e os eventos invalidantes provocam a exceção (*defeasance*)". (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.311).

<sup>29</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.311-312.

<sup>30</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.313.

definidas dos precedentes".<sup>31</sup> Esses princípios são especialmente relevantes no momento em que as decisões são tomadas, pois integram a fundamentação dos atos judiciais. Sendo assim, a derrotabilidade implícita costuma ser exercida e verificada nos atos do Poder Judiciário. Na prática, são os tribunais que constroem hipóteses implícitas de aplicação ou de afastamento das regras – e o fazem com recurso aos princípios, valores, e outros parâmetros de interpretação. Isto leva MacCormick a afirmar que sempre "há o risco de que aquilo que está expresso no Direito possa ser superado por alguma condição não-expressa que possa implicitamente sobrepujar o que está expresso, dados os princípios ou valores em jogo".<sup>32</sup>

Uma regra cuja derrotabilidade é facilmente demonstrada é a do art. 3.º, do Código Civil de 2002. O dispositivo prevê que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Apesar da regra não prever qualquer exceção, é reconhecido o fato de que menores de 16 anos podem praticar atos que surtem efeitos jurídicos, especialmente quando têm o condão de concretizar situações jurídicas existenciais.<sup>33</sup> Note-se, porém, que essas exceções sempre têm alguma relação com outro fundamento jurídico, na maior parte das vezes ligado a princípios ou valores que perpassam o ordenamento. No exemplo acima, trata-se da dignidade da pessoa humana. Há que se ter, assim, uma intermediação da excepcionalidade com a argumentação desenvolvida pelas partes e pelo magistrado.

A derrotabilidade implícita tem relação direta, portanto, com o caráter argumentativo e interpretativo do Direito. Só há sentido falar nessa hipótese de excepcionalidade ao se constatar o esgotamento da técnica dos enunciados normativos<sup>34</sup> e a insegurança no que toca à

---

<sup>31</sup> A versão original da obra citada, assim como sua tradução, incluem no texto acima a qualificação de "vinculante" ("*binding*") aos precedentes. No entanto, a expressão foi deliberadamente deixada de lado, no contexto acima, para evitar confusão com o que se entende por vinculante na própria tese. Como será exposto mais adiante, para MacCormick, os precedentes vinculantes podem ser excepcionados por meio da argumentação. Como o Brasil adotou a noção de decisões e súmulas vinculantes, essa classificação não se aplica. (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.313).

<sup>32</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.313.

<sup>33</sup> “Eventualmente, porém, os atos praticados pelos menores de 16 anos (inciso I, art. 3.º, do Código Civil) podem surtir efeitos jurídicos, quando disserem respeito à concretização de situações jurídicas existenciais, se o incapaz demonstra discernimento suficiente para tanto. Exemplo interessante pode ser lembrado com a declaração de vontade do menor para fins de adoção, valendo lembrar, inclusive, no que tange aos maiores de 12 anos de idade, que a própria legislação (CC, art. 1.621) exige a sua expressa concordância para o deferimento da colocação em família substituta”. (FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v.1. p.312).

<sup>34</sup> “A atual visão sobre a *defeasibility* conecta-se a uma visão relacionada sobre o problema onipresente da formulação ou articulação do Direito (*law*). O problema é, sob um aspecto, dos limites à acuidade ou ao esgotamento nas formulações do Direito (*law*), e, sob outro aspecto, da confiabilidade das inferências derivadas das afirmações expressas por meio das quais o Direito é formulado. O Direito (*law*) precisa ser formulado em termos gerais, mas as condições genericamente formuladas são sempre capazes de omitir referência a algum elemento que pode se tornar o

previsibilidade das decisões judiciais em casos difíceis.<sup>35</sup> De qualquer modo, cabe também a ressalva de que o ônus de demonstrar a derrotabilidade é da parte interessada em afastar a incidência da norma ou de um determinado entendimento dos tribunais.<sup>36</sup> Seja pelas provas, seja pelos argumentos, a parte que pretende afastar a incidência de uma regra deve formular o problema e, por meio de argumentos compatíveis com o ordenamento jurídico, demonstrar que outra resposta é possível. A exceção implícita se constata no momento em que o Poder Judiciário – e não o Legislativo – frustra as expectativas de previsibilidade a respeito de um determinado direito. Repita-se, portanto, que a derrotabilidade implícita é matéria que depende diretamente da formulação dos argumentos jurídicos dos tribunais.

A complexidade da teoria da derrotabilidade não se reflete na prática. Admitir que a derrotabilidade pode ser constatada nas regras e nos precedentes e que este fenômeno decorre da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa implica dizer que as partes têm o direito de, constatando a existência de um precedente contrário à tese que defendem, argumentar e requerer o afastamento da decisão ao caso em tela. Este pedido tem como fundamento o art. 489, § 1.º, inc. VI, que exige do magistrado que pretende julgar de forma contrária a um precedente o seguinte recurso argumentativo: “demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Constatada a existência de precedente que pode ser aplicado ao caso, portanto, cabe ao magistrado exercer seu dever de contraditório e ampla defesa e oportunizar às partes que se manifestem a respeito da decisão. Evidentemente, uma das partes poderá requerer a aplicação do entendimento, o que é relativamente simples, do ponto de vista argumentativo. Por outro lado, a outra parte terá o ônus de demonstrar que os casos – do precedente e o atual – são faticamente distintos ou que o entendimento firmado pelos tribunais superiores pode ser juridicamente superado. Ou seja, a parte que pretende afastar a incidência do precedente pode seguir dois caminhos: pelos fatos, é possível distinguir os casos e argumentar que a solução de um não deve

---

fato operativo-chave num dado caso". (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.315-316).

<sup>35</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.321.

<sup>36</sup> "Seria absurdo se uma parte, confiando nas condições expressamente previstas (mesmo que apenas presumíveis) das regras presentes numa lei, num precedente ou em ambos, tivesse o ônus de primeiro imaginar e então de expressamente refutar todas as condições possivelmente excepcionadoras (*defeating*) que poderiam tornar sua pretensão inoperante. O ônus precisa recair sobre alguma outra parte interessada, ou algum agente público, para levantar uma contestação efetiva e relevante". (MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.316-317).

ser a solução do outro; o outro caminho é a crítica da decisão e dos fundamentos invocados no precedente, demonstrando que uma decisão melhor é possível. Assim, o elemento final do conceito de efeito vinculante, acima exposto, pode ser compreendido.

Evidentemente, a parte que se encontra do lado contrário ao do precedente tem menores chances de ter um julgamento a seu favor. Isto não quer dizer, porém, que essa possibilidade não existe. A existência do precedente deve ser considerada para a realização de acordos, para a não interposição de recursos e até mesmo para o reconhecimento da procedência do pedido, a depender da situação jurídica processual. No entanto, este precedente não pode ser tomado como fundamento para negar o direito fundamental de influenciar a tomada de decisão. Justamente por isso, o contraditório e a ampla defesa devem ser garantidos antes de se aplicar um precedente. O objetivo dessa manifestação deve ser, repita-se, o de diferenciar o caso ou de demonstrar a possibilidade de superação do entendimento firmado pelos tribunais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve o objetivo de demonstrar que o efeito vinculante dos precedentes não pode prescindir ou se sobrepor ao direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório. Neste sentido, defende-se o conceito de vinculação a partir do pensamento de Neil MacCormick: "uma vez decidido após análise cuidadosa, um caso deve ser tratado como se tivesse sido resolvido de uma vez por todas, a não ser que se possa demonstrar ter surgido um elemento especial que exija reconsideração".<sup>37</sup>

Por maior que seja a força de uma decisão, até mesmo aquelas proferidas pelos tribunais superiores, a compreensão dos efeitos dos precedentes não pode deixar de lado o direito de cada indivíduo influenciar uma decisão que lhe diga respeito. Neste sentido, a ampla defesa e o contraditório devem ser lidos com conjunto com o art. 489, § 1.º, inc. VI, do Código de Processo Civil, que permite ao magistrado distinguir os casos ou demonstrar a superação do entendimento. Isto significa, portanto, que cada indivíduo tem o direito de alegar que seu caso é diferente daquele que foi apreciado em um precedente; ou que a decisão do precedente pode ser aprimorada.

As hipóteses de defesa quando se constata a existência de um precedente, seja ele vinculante ou persuasivo, são e devem ser reduzidas. Não faz sentido tratar um caso já

---

<sup>37</sup> MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008. p.191.

conhecido pelo Poder Judiciário como um caso absolutamente novo. Apesar disso, julgar esses casos como se as partes não tivessem direito ao devido processo legal, restringindo suas oportunidades de manifestação e de argumentação, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <goo.gl/Kxsfii>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1599511/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 24/08/2016. Órgão Julgador: Segunda Seção. Publicação: DJe 06/09/2016.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Artigo 5.º, incisos LIV ao LVII. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.215-223.

DIDIER JR., Fredie; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de (Orgs). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 12.ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v.1.

HART, Herbert L. A. The ascription of responsibility and rights. In: RYLE, Gilbert; FLEW, Antony (Eds). **Proceedings of the Aristotelian Society**. Oxford: Blackwell, 1948-1949. v.49. p.171-194.

MacCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Eds.). **Interpreting Precedents: a comparative study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Orgs.). **Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.d. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes supremas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 2016. 349f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. In: BANKOWSKI, Zenon; WHITE, Ian; HAHN, Ulrike (Orgs). **Informatics and the foundations of legal reasoning**. Dordrecht: Kluwer Academic Press, 1985. p.119-167.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Recebido em: 15/02/2019

Aprovado em: 07/03/2019

Editor Geral:  
Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editores executivos:  
Dr. Alejandro Knaesel Arrabal  
Layra Linda Rego Pena