



ENTRE AUTORIDADE, MÉTODO E ARGUMENTO: UMA PROPOSTA PARA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Between authority, method and argument: a proposal for overruling precedents
Revista de Processo | vol. 299/2020 | p. 289 - 321 | Jan / 2020
DTR\2019\42680

Cristiano Duro

Doutorando em Direito (PUC-Minas). Mestre em Direito Processual (PUC-Minas). Especialista em Processo Civil (IDDE/IGC-Universidade de Coimbra). Professor de Direito Processual da Graduação e Pós-Graduação. Membro da ABDPro. Membro da Comissão de Processo Civil da OAB/MG. Advogado. cristianoduro@ludassociados.com.

Área do Direito: Processual; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente trabalho 1 pretende revelar o sentido de vinculação ao se tratar de precedentes judiciais, buscando estabelecer uma relação entre precedentes e vinculação, para perquirir sobre as possibilidades de superação dos precedentes, a partir das diferentes influências epistêmicas de vinculação. Apropriando-se do método crítico hipotético, serão enfrentadas as formas de superação de precedentes e suas eventuais aporias para, ao final, apresentar uma proposta de superação dos padrões decisórios, capaz de adequar o sistema de precedentes do Código de Processo Civil à Constituição.

Palavras-chave: Processo democrático – Precedente – Vinculação – Observância obrigatória – Superação

Abstract: The present paper 2 intends to reveal the sense of binding when dealing with judicial precedents, seeking to establish a relationship between precedents and attachment, to inquire about the possibilities of overcoming the precedents, from the different epistemic influences of attachment. Appropriating the hypothetical critical method, the forms of overruling precedents and their eventual misconceptions will be confronted to, in the end, present a proposal of overruling the decision standards, capable of adapting the precedent system of the Brazilian Civil Procedure Code to the Constitution.

Keywords: Democratic Process – Precedent – Binding – Compulsory observation – Overruling

1

2

Sumário:

1 Considerações iniciais - 2 Desvelando o sentido de “vinculação” - 3 Precedentes e vinculação - 4 Quebra da vinculação (vinculatividade): os meios de superação do precedente - 5 Controle de vinculação (vinculatividade) e a superação do precedente - 6 Conclusão - Referências bibliográficas

1 Considerações iniciais

Abusos cometidos causam preocupações. A solução encontrada é estabelecer padrões normativos, decorrentes de um órgão superior que, a um só tempo, representa o Estado, mas também limita seus poderes. A descrença e desconfiança na magistratura exige sua limitação interpretativa, não se pode permitir ao juiz – ou qualquer juiz – decidir em sentido diverso do padrão normativo estabelecido, sob pena de criar-se verdadeira insegurança jurídica, com graves reflexos sociais.

A solução é estabelecer a vinculação dos juízes aos padrões normativos estabelecidos por este órgão superior, retirando-lhes o espaço interpretativo – como se isto fosse possível – por meio de um padrão que deve apenas e tão-somente ser repetido.



Ainda não chegamos aos precedentes, mas na proeminência do legislativo a partir de 1789, com as revoluções burguesas. A vontade do legislador assume grande importância diante de uma magistratura engessada sob o dogma do positivismo exegético, justificado por decisões que questionavam o Monarca Luís XVI, mas também preocupavam os revolucionários republicanos. Estamos diante do denominado *juiz bouche de la loi* ou “juiz-boca-da-lei”.

Passados mais de duzentos anos, o fundamento ético parece não ser muito diferente, apesar da distinção dos instrumentos. É que, o legislativo não foi capaz de conter a interpretação exclusiva à norma descritiva, ocasionando decisões pelos juízes dentro de limites semânticos estabelecidos na Lei, mas além do texto. A partir da cisão de lei e norma, esboçada em uma teoria e metódica estruturante proposta por Friedrich Müller, aliada a um modelo ideológico de patrimonialismo weberiano exercido por um “homem cordial”, é a magistratura novamente colocada sob suspeição, pois se “inviabilizou a aplicação igualitária da lei, decorrente da manipulação da sua aplicação e interpretação”³.

Instala-se uma suposta irracionalidade, em que os juízes tenderiam a tratar casos iguais de modos diferentes, provocando verdadeira insegurança jurídica em face da ausência de previsibilidade das decisões⁴. A solução não poderia ser outra, senão estabelecer limites interpretativos, mas agora, por meio de outro órgão, as denominadas Cortes Superiores ou Cortes de Vértices, substituindo-se também o elemento vinculante – antes a Lei, agora os precedentes. Volta-se ao passado, está-se diante do *juiz bouche du précédent* ou “juiz-boca-do-precedente”, como se a substituição da vinculação pelo padrão normativo legislativo pelo padrão normativo judicial fosse capaz de limitar a atividade interpretativa, em uma parca visão autoritária.

O presente trabalho buscará tornar explícito o significado jurídico de vinculação, a partir do inferencismo neopragmático de Robert Brandom, afastando da concepção de vinculação decorrente da mera autoridade do Tribunal formador, em caminho de uma vinculação argumentativo-metodológica, normatizando pragmaticamente os casos subsequentes análogos.

Ao adentrar ao neopragmatismo precedentalista⁵, será necessário problematizar as hipóteses e formas de superação dos precedentes, testificando a hipótese do exercício do controle de vinculatividade argumentativa do precedente no caso concreto.

A importância do problema proposto – a aplicação do precedente e sua superação – é revelada pelas inúmeras posições em sentidos diametralmente opostos, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, não encontrando a doutrina, até o presente momento, meio adequado de superação dos precedentes, o que acaba por concluir pelo risco de inconstitucionalidade dos precedentes ou, então, de completo engessamento do ordenamento jurídico.

Ao enfrentar o problema descrito, no âmbito dos precedentes, busca-se a compreensão do termo vinculação, a partir da crítica de prevalência do discurso de autoridade para construção de uma decisão democrática, adequada à hermenêutica constitucional. Em seguida, coloca-se em cena as propostas de superação apresentadas até então pela doutrina para, ao final, apresentar a proposta de controle de vinculação a ser feito na compreensão do precedente, para, ao final, buscar uma interpretação conforme a Constituição do art. 986 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), estabelecendo criticamente uma proposta hermenêutica da quebra de vinculação para superação de precedentes.

2 Desvelando o sentido de “vinculação”

A utilização do adjetivo vinculante ao se tratar de precedentes é comum na literatura especializada, entretanto, pouco se debate sobre o significado, que navega em um senso comum teórico dos juristas⁶, utilizando-se de uma significação extraconceitual no interior do sistema de conceitos processuais.



O precedente vinculante tornou-se “uma ideologia no interior da ciência, um doxa no interior da episteme”⁷, decorrente da práxis jurídica, convertido em doxa pelo programa político de verdade em um discurso fácil de que é algo a ser seguido. Estereotipado pela autoridade, reivindica miticamente um pressuposto de correção e universalidade, aceito pela própria atividade profissional.

A premente necessidade de revelar o sentido implícito no efeito vinculante do precedente leva ao discurso, a racionalização da conceituação. O método da inferência busca justamente revelar os pressupostos implícitos do discurso, uma vez que a compreensão de uma proposição textual a partir de “duas fontes de informação: o conteúdo proposicional do texto (isto é, a informação explicitamente afirmada) e o conhecimento prévio do leitor”⁸, ou seja, há informações implícitas consideradas pelo sujeito cognoscente a partir de seu horizonte histórico⁹.

Robert Brandom propõe uma abordagem prática-discursiva com objetivo de desvendar relações inferenciais entre preposições no jogo de pedir e dar razões para justificar uma atitude ou uma declaração, a partir de uma “objetividade de conceitos – e também de normas de fala, pensamento e crença que os conceitos articulam”¹⁰. Utilizando-se da metáfora de um “placar de pontos” (scorekeeping), os sujeitos devem continuar a “pontuar”, em um jogo de exigir e dar razões, a partir de uma tarefa de comunicação que suplanta o mero compartilhamento de opiniões e permite navegar racionalmente entre as diferentes opiniões, projetos e planos para compreensão¹¹.

Evidentemente, exige-se que os participantes do diálogo comprometam-se com este jogo de receber e dar razões, o que é necessário para compreensão e, no caso do direito, decorre senão da própria Constituição, ao se exigir participação e fundamentação como direitos fundamentais, mas também é revelado pelo Código de Processo Civil, afinal de contas, exige-se o dever de cooperação com o processo, em um contraditório compreendido como influência e não surpresa, cabendo às partes cumprir seu ônus argumentativo¹² para, ao final, possibilitar uma decisão com fundamentação qualificada. Portanto, o Direito exige o comprometimento dos participantes no discurso.

Ao considerar o Direito, em si mesmo, uma prática linguística, deve-se reconhecer a normatividade implícita, cheias de conteúdos e significados dentro de uma prática social, que pressupõe um simultâneo jogo de linguagem, em que os participantes constantemente dão e pedem razões uns aos outros, estabelecendo uma dimensão discursiva¹³.

A constatação de que este jogo de linguagem exige um conjunto de relações de comprometimentos e de autorizações inferenciais mantidos pelos falantes reciprocamente¹⁴ representam uma natureza material das inferências articuladas pelos conteúdos e conceitos empregados, ou seja, abandona-se seu aspecto lógico-formal para considerar seu conteúdo¹⁵.

É justamente nesse cenário que afirmar que determinada decisão é vinculante exige maior esforço linguístico, de forma a deixar explícito o conteúdo desta vinculação ou as razões que possam ser dadas para o que se considera vincular.

2.1 Um novo olhar sobre o Caso Bonham

Na Inglaterra, durante o reinado de Henrique VIII, segundo monarca inglês da Casa de Tudor e responsável pela reforma inglesa, foi criado o Colégio de Médicos da Inglaterra¹⁶, em 1518 que, anos depois, recebeu atribuições para regulamentar e fiscalizar a prática médica na época. Por este ato do parlamento inglês, de 1540, o Colégio de Médicos tinha poderes para fiscalizar a prática da medicina, impor multa e até a prisão de quem fizesse seu mau uso.

No exercício desses poderes, o presidente do Colégio de Médicos determinou a prisão Roger Jenkins, justificada por ele não se submeter à autoridade do Colégio. Na tentativa



de proteção de sua liberdade de locomoção, Jenkins resolveu por impetrar ordem de habeas corpus, remédio previsto no sistema jurídico inglês¹⁷. Entretanto, o Judiciário negou a ordem, estabelecendo precedente de que não poderia decidir sobre o mérito da ordem de prisão, ou seja, não cabia ao Judiciário imiscuir sobre a liberdade dos infratores, mas apenas apreciar as formalidades do ato.

Caso análogo ocorre algum tempo depois. Em 1605, o médico Thomas Bonham tem a licença negada pelo Colégio de Médicos e resolve exercer a medicina de forma irregular, o que lhe rendeu multas e convocação para comparecimento diante do Colégio de Médicos. Durante seu comparecimento, Bonham questiona a autoridade do Colégio, afirmando que, por ser doutor em medicina por Cambridge, não estaria sujeito aos poderes do Tribunal e acaba com sua prisão determinada.

Socorre-se Bonham ao Judiciário, impetrando ordem de habeas corpus, caso conhecido como Dr. Bonham vs. Royal College of Physicians, que notabilizou-se em decorrência da decisão proferida por Sir Edward Coke, reconhecido por muitos como origem da judicial review, ou seja, o controle de constitucionalidade¹⁸.

Mas o julgado revela outra característica, talvez mais importante neste estudo, leitura que pode ser obtida a partir da decisão – e seus fundamentos uma vez que, a decisão foi objeto de recurso, justamente contrapondo ao caso Jenkins.

Importante destacar que, Sir Edward Coke promoveu grande contribuição ao common law, por meio de sua obra *Institutes of the law of England*, após sua crise diante da equity¹⁹, entretanto, notabilizou-se pela percepção de que seria “atribuição do common law, por meio dos juízes, controlar os atos do Parlamento e, se esses últimos fossem contrários ao common law, deveriam ser declarados nulos”²⁰.

Estava-se num período compreendido entre o início do século XVII (1603) até a instalação de Guilherme de Orange no poder (1698), que tornou exemplar o século revolucionário inglês para a progressiva efetivação política da liberdade individual e das garantias do sujeito humano enquanto titular de direitos²¹.

O Direito ainda se compreendia como ciência formal e dedutiva a partir da relação entre conceitos, mas, na realidade revolucionária inglesa, começava a ser concebido como ciência e prática social (ciência social aplicada), como na fala de Edward Coke sobre o direito consuetudinário e o ato do parlamento.

A mudança da própria compreensão do Direito como ciência social aplicada – e não mais formal-dedutivista – recebe a contribuição de todos os sujeitos da comunidade jurídica, ainda que limitada e de modos diferentes, “embora todos relevantes, participando de sua construção e desenvolvimento”²².

A decisão de Coke não apenas promoveu o judicial review, mas demonstrou a necessidade de exercício de um controle de constitucionalidade sobre o exercício do poder, seja pelo judicial review, seja pela superação do caso Jenkins.

O que se pretende afirmar é que, Coke não apenas estabeleceu ou inaugurou o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, mas também exigiu a adequação constitucional de decisões anteriores, considerada precedente, em face da sua baixa vinculatividade constitucional.

Contudo, o caso Bonham se notabilizou apenas em virtude do controle judicial de constitucionalidade, não sendo percebido o grande avanço de sua decisão em relação a proteção de direitos fundamentais, ainda que previstos sob outra rubrica na Magna Charta Libertatum, de 1215.

2.2 O escancarado pelo Caso Lüth

O reconhecimento dessa exigência de submissão de atos do poder à Constituição



sobrevém posteriormente em outro famoso caso, ocorrido séculos mais tarde, na Alemanha. Em 15 de janeiro de 1958, o Tribunal Constitucional alemão julga o caso *Lüth-Urteil*²³, originando a decisão considerada por muitos como a mais importante da Corte alemã.

Em litígio envolvendo liberdade de expressão, Erich Lüth, que, em razão do passado nazista, havia feito campanha pública para boicote aos filmes de Viet Harlan, acabou condenado pelo tribunal estadual alemão, que lhe impôs obrigação de não realizar novas investidas em face dos filmes de Harlan, a partir de norma contida no §826 do Código Civil alemão (BGB)²⁴.

Levado ao Tribunal Constitucional, reconhece-se a normatividade da Constituição e do direito fundamental à liberdade de opinião, fazendo prevalecer a normatividade dos direitos fundamentais sobre as normas de "direito ordinário", a partir de um juízo de ponderação de bens, construindo a ideia de que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição ou, mais precisamente, dos direitos fundamentais, inclusive em relações jurídicas entre particulares.

Portanto, a decisão do caso Lüth inaugura algumas características do direito contemporâneo, como assegurar os direitos fundamentais como primeira linha de defesa do cidadão em face do Estado, o que é posteriormente denominado de eficácia vertical dos direitos fundamentais, mas estabeleceu também que esta eficácia alcança relações jurídicas entre particulares, em uma eficácia horizontal; conforma a amplitude dos direitos fundamentais a partir de uma ideia de ordem objetiva de valores diante do direito infraconstitucional, exigindo-se a interpretação destes a partir da Constituição, ou seja, que se realize uma filtragem constitucional diante da força normativa da Constituição, como posteriormente defendido por Konrad Hesse²⁵; dentro dessa ordem objetiva, não reconhece hierarquia, o que demandaria uma ponderação de bens constitucionais.

Portanto, a partir de um novo olhar sobre o caso Bonham, percebe-se que desde os seiscentos há uma necessidade de adequação entre os fundamentos do precedente e o ordenamento jurídico, de forma que, também os precedentes judiciais estão sujeitos à filtragem constitucional, compatibilizando sua aplicação e interpretação com as normas vigentes, o que ganha maior relevância dentro de uma perspectiva dos direitos fundamentais, como demonstrou o julgamento do caso Lüth.

Esse breve retorno histórico é importante pano de fundo para se analisar as teses sobre vinculação existentes atualmente, que impacta diretamente na interpretação dos precedentes e procedimento de sua superação.

3 Precedentes e vinculação

A relação entre precedentes e sua vinculação ganharam grande relevância com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que estruturou e buscou emprestar um maior grau de racionalidade aos precedentes ou padrões decisórios.

Ainda durante a tramitação do projeto, defendeu-se o precedente como padrão decisório definido em julgamento a ser realizado e observados em casos futuros (subsequentes) como aporte de fundamentação²⁶. Com a entrada em vigor, os debates se intensificaram na literatura jurídica, inclusive em torno de serem ou não obrigatórios os precedentes, imputando ao termo "obrigatório" sinônimo de "vinculação"²⁷. É que, o art. 927 do Código de Processo Civil expressamente dispõe que os "juízes e os tribunais observarão" as decisões nos incisos enumeradas²⁸.

Revelador é o Enunciado 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, ao estabelecer que as "decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos", fazendo transparecer a ideia de que vincula-se o juízo, órgão que compõe o Judiciário no exercício da jurisdição.



Parece ser claro no referido enunciado a proposição pressuposta de que o precedente traz um sentido em si mesmo; e o processo é mero instrumento da jurisdição, de forma que fica a própria jurisdição vinculada pelo precedente.

Como critério epistêmico, as posições sobre vinculação dos precedentes serão apresentadas em três vertentes, a saber: i) da autoridade, retirando-se a obrigatoriedade em razão da autoridade da corte que o formou; ii) metodológica, em razão da metodologia empregada na formação dos precedentes; iii) argumentativa, em que a força dos precedentes emerge da construção argumentativa dos fundamentos determinantes. As não propostas, ou seja, teorias que não enfrentam o tema ao pretexto de inconstitucionalidade ou pela necessidade do estabelecimento de um Código de Procedimentos não serão abordadas pelo corte epistemológico escolhido.

Ademais, como bem anota Ravi Peixoto, admitir a tese de uma vinculação meramente metodológica criaria um sistema completamente contraditório²⁹, ao se exigir a observância de uma decisão que pode simplesmente ser ignorada, por ser persuasiva, seja por não encontrar outra norma que lhe imponha a "vinculatividade", seja por não ser hipótese de reclamação.

A vinculação dos precedentes pela autoridade da corte representa importação da concepção do common law baseada na hierarquia do tribunal que emanou o precedente. Seguindo por esta linha, o exercício da jurisdição que seria vinculado ao resultado do precedente – sem importância de seus fundamentos – um vez que "dotado de eficácia vinculante, ficam os órgãos jurisdicionais submetidos à autoridade do órgão de que provenha o precedente ou enunciado, de súmula vinculante obrigados a aplicar, a casos idênticos, a mesma solução firmada anteriormente"³⁰, o que tornaria os precedentes arrolados no art. 927 do CPC (LGL\2015\1656) meramente exemplificativos, já que toda decisão emanada daquela autoridade seria vinculante³¹.

A vinculação seria em decorrência da autoridade destas Cortes. Defensores da tese advogam, então, a defesa do discurso de autoridade, aquele não sujeito a críticas; de forma a prevalecer, em razão da simples autoridade, fundamentos trazidos por um Tribunal que empiricamente constitui onze ilhas³², responsável por crises³³, com decisões questionáveis diante da Constituição, sob uma justificativa metajurídica de assunção de um papel iluminista, muitas das vezes capturado por uma política degradada³⁴.

Inúmeros são os problemas desta visão, mas a opção é compreensível. Isto porque, a tomada de decisão do ser humano, muitas das vezes, escapa da completa racionalidade, ou seja, inconscientemente ao processar uma informação que recebe do exterior, aplicam-se regras cognitivas disfuncionais que afetam o raciocínio lógico-abstrato³⁵.

As denominadas heurísticas, desveladas pela psicologia comportamental cognitiva³⁶, constituem simplificações mentais a respostas adequadas para perguntas difíceis, ainda que imperfeitas, ou seja, atalhos cognitivos que podem levar a resultados corretos, mas também incorretos, podendo produzir erros sistemáticos³⁷.

Compreendendo o cérebro como um processador de informações limitadas, Kahneman e Tversky, por meio de testes, revelam que as operações racionais são realizadas por dois sistemas diversos. O sistema 1, que opera por heurísticas, construindo atalhos, muitas das vezes imperfeitos, dando espaço ao sistema 2 para tomar decisões que dependem de maior atenção e esforço cognitivo³⁸.

Esses desvios sistemáticos de racionalidade passam a representar predisposições comuns ao processamento mental, denominados vieses cognitivos (cognitive bias), capazes de provocar percepções distorcidas, julgamentos errôneos e decisões viciadas³⁹.

Dentre as inúmeras hipóteses de enviesamentos cognitivos já reconhecidos pela ciência, encontra-se o viés de autoridade (authority bias), que representa a predisposição de se



atribuir maior precisão à autoridade e, ainda, de ser mais influenciado por esta opinião. Stanley Milgram, em estudo sobre a obediência⁴⁰, aponta que a autoridade serve a inúmeras funções produtivas, em uma tendência a obediência da autoridade, ainda que estas contradigam o bom senso individual⁴¹. Não apenas isto, há uma motivação psicológica para acreditar num aspecto controlado, estável e justo dentro do sistema gerido pela autoridade, internalizando uma necessidade de uma estrutura autoritária dominante⁴².

Portanto, muitas das vezes, a defesa do discurso de autoridade ocorre nas entranhas do enviesamento não questionado, revelando decisões tomadas por influência de atalhos existentes que são desconhecidos pelo próprio interlocutor. Diz-se isto porque, acreditar que a mera hierarquia de Cortes de Vértice ou Cortes Supremas é capaz de outorgar vinculação às suas decisões é apostar em um discurso de autoridade.

A desconstrução dessa visão passa necessariamente pela diferenciação entre o discurso de autoridade e a autoridade do discurso⁴³, que somente pode ocorrer com a democratização da discursividade.

Não se trata de suprimir ou acabar com o discurso da autoridade, mas democratizá-lo, mediante a participação dos sujeitos processuais, reconhecendo que a argumentação é sempre transitória, pois pode ser refutada e analisada sob outra ótica. Em outras palavras, o argumento sempre estará sujeito à testificação, à falseabilidade e, quando demonstradas suas aporias, deve ser superado⁴⁴.

Não se pretende lançar dúvidas sobre a competência (constitucional) das Cortes Superiores, mas apenas demonstrar que, fora da racionalidade, não há escapatória. A tese de vinculação dos precedentes pela autoridade nada mais é do que a defesa travestida de prevalência do discurso de autoridade, ou seja, aquele não sujeito à crítica, que deve simplesmente ser aceito sem qualquer raciocínio ou lógica, independentemente de seus fundamentos, algo indubitavelmente inconstitucional.

A crença no discurso de autoridade é a negativa de toda teoria da linguagem e da filosofia do direito⁴⁵, voltando a acreditar no ser mítico e privilegiado, sabedor e detentor de toda a inteligência na aplicação do direito, como já foram os reis no absolutismo ou o *fürther* na Alemanha.

Não é possível mais ignorar a exigência de interpretação em conformidade com a Constituição, o que, desde o caso *Lüth*, na Alemanha, e posteriormente nominado como *filtragem constitucional* por Hesse, reconhece a força normativa da Constituição e sua ressonância nas funções estatais e na própria hermenêutica do direito e estruturação do processo. Aliás, nem mesmo no *common law* se acreditava, já nos anos seiscentos, no discurso de autoridade, exigindo-se a observância das leis e dos direitos individuais.

Os objetivos de segurança jurídica e previsibilidade, como fundamento para aplicação automática de entendimentos, a exigir a aplicação incondicional em decorrência da autoridade, é capaz de levar a inconstitucionalidade, como já apontou balizada doutrina⁴⁶.

Já no campo de proposições metodológicas, acredita-se que a vinculação decorre do método, ou seja, a exigência do art. 927 do CPC (LGL\2015\1656) é apenas de levar o precedente em consideração, uma vez que sua vinculação encontra respaldo em outra norma. A inexistência desta outra norma faria com que os precedentes fossem persuasivos, exigindo-se uma derivação normativa para estabelecimento da vinculatividade dos precedentes⁴⁷. Não diferente, essa vinculação decorreria ou teria gradações de valor a depender dos métodos (procedimentos) disponíveis para sua impugnação⁴⁸.

Parece-nos que a defesa meramente metodológica de vinculatividade dos precedentes retorna aos novecentos, início do século vinte, antes do lançamento de *Verdade e Método* por Hans-Georg Gadamer, já que o autor demonstrou a mais absoluta ineficácia



de busca da verdade pelo simples método⁴⁹.

A mera observância de um método para construção ou proteção de um precedente não é capaz de torná-lo vinculante, exigindo-se o reconhecimento da importância e problematização da consciência histórica das partes e sua legitimação.

Não se trata da defesa de um “anarquismo metodológico”, mas reconhecer a manifestação a todo instante da atividade intelectual que caracteriza o homem contemporâneo⁵⁰, de forma que a historicidade é condição de possibilidade na compreensão, interpretação e aplicação pelo ser⁵¹, não sendo possível o fechamento hermenêutico pela simples utilização do método, menos ainda garantir a correção argumentativa.

A mera crença no procedimento também não é suficiente para legitimar a vinculação. A legitimidade pelo procedimento já se demonstrou insuficiente, possibilitando barbáries em diferentes momentos históricos ou até mesmo a sistemática violação ao contraditório nos dias atuais, em que as partes são privadas de influência e recebem decisões surpresas, cenário que tenta o CPC/2015 (LGL\2015\1656) modificar em seu caráter contrafático.

No paradigma democrático eleito pela Constituição, exige-se a atuação de todos os sujeitos envolvidos, com corresponsabilidade social e política⁵², tendo por consequência a legitimidade das decisões jurisdicionais como condição de eficácia⁵³, sendo o método causa subjacente da própria legitimidade.

Como já mencionado linhas atrás, o viés predominantemente analítico promove a redução da importância do ambiente discursivo de construção da norma jurídica, condicionando a validade do direito à autoridade. O contramovimento à defesa dos precedentes pela autoridade acredita que a forma de estruturação dos precedentes pelo CPC/2015 (LGL\2015\1656), apropria-se da teoria dworkiniana do direito como integridade como aporte teórico capaz de superar as teorias positivistas e, ainda, sustentar uma prática social interpretativa e argumentativa, por meio de um raciocínio jurídico de interpretação construtiva⁵⁴.

A partir de Dworkin, seria possível construir um direito jurisprudencial com premissas teóricas compatíveis com o Estado Democrático de Direito, fornecendo balizas para os atos jurisdicionais decisórios, reconhecendo o caráter linguístico construtivo (hermenêutico) do direito, contrário ao solipsismo.

O exercício das atividades jurisdicional, incluindo-se a formação de precedentes, padrões decisórios ou provimentos vinculantes, bem como sua aplicação, deve ocorrer em estrita observância aos direitos e garantias constitucionais do juízo natural, devido processo constitucional, contraditório, ampla defesa, fundamentação racional das decisões, publicidade dos atos decisórios, duração razoável do processo e supremacia constitucional, que, aliás, são apenas exemplificativos⁵⁵.

Rompe-se, assim, com o protagonismo das partes para um ambiente discursivo construtor do provimento jurisdicional sem recorrer a simplificações dogmáticas ou ao talento da autoridade, mas sem apostar em um comportamento generoso da parte, em face do mais não cooperativo dos ambientes, mas por meio de uma “comunidade de trabalho” com a respectiva responsabilidade dos envolvidos na construção dos pronunciamentos judiciais, mediante um contraditório como garantia de influência e não surpresa, vinculado à integridade do Direito⁵⁶.

A ausência de limitação ou especificação desta historicidade pode provocar arroubos de (i)limitações, a depender de como é considerado. Isso porque, todas as decisões proferidas pelos tribunais necessariamente contam com argumentos compartilhados, de forma que, a vinculação pelo argumento levaria ao cenário de que todos os julgados seriam precedentes vinculantes ou, caso contrário, seriam estes meramente



persuasivos.

Demonstra-se que, é necessária a fragmentação entre observância obrigatória e vinculação, isto porque, enquanto a observância obrigatória se dá pelo método, a vinculação ocorrerá argumentativamente.

O que se pretende afirmar é que, o rol enunciativo do art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), ao exigir a observância das decisões proferidas em determinados procedimentos não estabelece qualquer vinculação, mas apenas a obrigação de consideração dos julgados produzidos por aqueles procedimentos, enquanto que, a vinculação será estabelecida argumentativamente.

Já identificava Alexandre Câmara que o efeito vinculante expande-se do mero dispositivo da decisão, “demonstrando-se que os fundamentos determinantes daquele são mesmo aplicáveis ao novo caso sob apreciação”⁵⁷. Apenas a decisão gerada pelo procedimento especificado pela Lei é capaz de exigir a observância dos fundamentos determinantes (motivo pelo qual não se pode admitir a tese de transcendência dos motivos determinantes), que exige interpretação com o dispositivo da decisão para sua identificação, mas a legitimação não ocorre pelo procedimento apenas, exigindo que a construção do precedente e sua aplicação ao caso concreto ocorra submetido e observado os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório como não surpresa e influência, isonomia, em uma duração razoável.

São esses princípios que promovem a filtragem necessária e a vinculação entre o fundamento determinante e os argumentos trazidos pelas partes (ônus argumentativo⁵⁸) que desaguam na vinculação do precedente de observância obrigatória.

Portanto, não há propriamente uma inércia argumentativa do precedente, em que bastaria sua citação para motivar juridicamente a decisão⁵⁹, mas, ao contrário, o precedente obrigatório apresenta razões antecipadas, pressupostas ao próprio debate, indicando questões jurídicas ou normativas já enfrentadas diante de um caso concreto, de forma que, há ainda um ônus argumentativo ao advogado ou dever de fundamentação qualificada que existe a demonstração de analogia entre os casos concretos, que permita a aplicação daquele precedente⁶⁰.

Essas razões antecipadas, que podem ser denominadas de argumentos vinculantes abstratos são elementos indutores do convencimento racional, adequando intersubjetivamente o padrão decisório de forma erga omnes, de forma que, em sua aplicação (argumento vinculante difuso), deve-se ser capaz de justificar argumentativamente a aderência efetiva da ratio decidendi aos argumentos trazidos pelas partes, ao cumprir seu ônus argumentativo, para que seja emprestado legitimidade ao padrão decisório.

De outro modo, há argumentos pré-dispostos pelo precedente, com sua respectiva conclusão, contudo, diante de uma decisão construída por um dos procedimentos do art. 927 do CPC (LGL\2015\1656), o julgador estará obrigado a considerar estes argumentos predispostos no caso em específico e diante dos argumentos individualizados no litígio, justificando a compatibilidade dos argumentos do precedente com os argumentos das partes para se alcançar a fundamentação.

Quando não se é capaz de promover argumentativamente a aderência do padrão, mas devendo prestar integralmente a jurisdição, os elementos constantes da causa de pedir próxima, não contemplados pelo precedente, podem ser capazes de provocar uma fissura em sua integridade, superando-o no caso concreto, provocando, assim, a quebra da vinculatividade do precedente.

4 Quebra da vinculação (vinculatividade): os meios de superação do precedente

Como defendido supra, a partir do inferencialismo de Robert Brandom não apenas se sugere que deixe explícitos os conteúdos linguísticos, mas também que o discurso é



realizado por sujeitos comprometidos em um jogo de dar e pedir razões.

Não é diferente do discurso jurisdicional, em que os sujeitos processuais ofertam razões para que seja dada uma declaração de forma fundamentada pelo julgador, resultante da construção da decisão.

O precedente, construído pelos procedimentos eleitos normativamente (CPC (LGL\2015\1656), art. 927), estampa uma rede de proposições que devem ser necessariamente consideradas para oferta de argumentações (ônus argumentativo) pelas partes, mas também para que sejam dadas razões para justificar a conclusão (fundamentação), sendo que, quando há aderência entre argumento das partes e do precedente, a conclusão prevalecente será aquela apresentada pelo precedente.

Questão interessante surge no sistema processual quando se trata do procedimento para superação dos precedentes cujas decisões devem ser obrigatoriamente observadas.

É que, com exceção das Súmulas Vinculantes, que a própria Lei 11.417 estabeleceu procedimento próprio para sua revisão e cancelamento, o Código de Processo Civil não teria deixado claro qual o procedimento a ser seguido para superação do precedente.

Dierle Nunes e Marina Carvalho Freitas, em artigo intitulado "A necessidade de meios para superação dos precedentes", apresentam algumas das sugestões interpretativas para viabilizar a superação dos precedentes, quais sejam: i) ação rescisória; ii) julgamento-alerta; iii) agravo do art. 1.042 contra decisão do agravo interno; iv) reclamação; e, por fim, v) interposição do novo recurso especial ou extraordinário⁶¹.

A problemática na superação dos precedentes tem origem na compreensão de sua vinculatividade e aplicação, como se a coisa julgada do caso concreto formadora do precedente recebesse um efeito expansivo, tornando-se precógnita em todo e qualquer caso envolvendo a mesma questão, independentemente dos argumentos. Um cenário que, atualmente, no estágio tecnológico, já seria possível se dizer que o juiz é dispensável – não é necessário decidir, mas apenas replicar o dispositivo do já decidido.

É que, considerável parte da doutrina, vislumbrando que a mesma conclusão (dispositivo) da decisão seria suficiente para fornecer segurança jurídica, integridade e coerência, justificando a existência dos precedentes, inadmitem que um julgador de instância inferior alcance conclusão contrária àquela alcançada pelo precedente.

Em outras palavras, "respeitados os requisitos formais", a fundamentação deixa de ter importância e o precedente é vinculante independentemente de se concordar ou não com o seu conteúdo⁶², como se fosse possível alcançar a legitimação pelo mero procedimento.

Ao admitir que apenas a adoção de determinado procedimento, produzindo dispositivo vinculante, mesmo sem adequada fundamentação – seriamente inconstitucional, portanto, por ofensa aos arts. 93, IX, e art. 5º, LV, da CR, que expressam os princípios constitucionais da fundamentação e do contraditório – exige-se que o juízo de primeira instância se torne um mero reproduzidor de dispositivos. Eventual argumento não respondido pelo precedente objeto de reprodução deveria ser objeto de uma "ressalva de entendimento", o que, aliás, não teria o condão de tornar a decisão contraditória.

Assim, admitindo que o argumento trazido pela parte seria capaz de modificar o resultado alcançado no precedente, de forma que deveriam os pedidos serem julgados precedente, por exemplo, conclui que apenas ressalva seu entendimento e os julga improcedentes, pela existência de um precedente. E não haveria contradição nessa decisão. Estas premissas, que nos parecem equivocadas, são consideradas para as propostas de superação.

O julgamento-alerta representa a indicação pelos Tribunais Superiores de que o precedente se enfraqueceu⁶³, importação do anticipatory overruling, sempre partindo de



técnicas utilizadas a partir da compreensão ou sinalização realizada pelos Tribunais Superiores, pois, “por paradoxal que possa parecer, a legitimidade do anticipatory overruling advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte”⁶⁴, posição que também é defendida por Jaldemiro Ataíde Jr., entretanto, exigindo como requisitos “desincumbir do ônus de argumentar e demonstrar que o STJ ou STF está na iminência de revogar o precedente vinculante”⁶⁵, que ainda se agrava quando a busca é por fatores extrassistêmicos, como sociais⁶⁶.

A proposta apresenta duas inconsistências teóricas. A primeira reside no fato de que, com o fechamento do sistema pelos precedentes, o Tribunal que fixou o precedente, resolvendo a questão, não voltará a enfrentar a questão, de forma que não é possível se falar em sinalização pela Corte Superior. Lado outro, é contrária a própria premissa adotada, uma vez que, se a Corte de Apelação pode se portar como Suprema Corte, há uma quebra de autoridade, sendo que os requisitos de sinalização subjetivos causariam uma verdadeira incerteza, pois os argumentos antes vinculantes deixaram de sê-lo.

A outra proposta apresentada por Marinoni, na companhia de Arenhart e Mitidiero, é a hipótese de interposição de Agravo em Recurso Especial (AREsp) ou Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) para impugnar a decisão do órgão colegiado que mantiver a decisão denegatória do Recurso Especial ou Extraordinário. Ao que parece, a proposta cria hipótese de cabimento do Agravo em Recurso Especial e Extraordinário.

O art. 1.042 do CPC (LGL\2015\1656) é expresso sobre o cabimento do AREsp e ARE apenas “contra decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido”, portanto, não contra órgão colegiado; que inadmitir recurso extraordinário ou especial, e não negar provimento a agravo interno; salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou julgamento de recursos repetitivos.

A proposta de cabimento desse recurso tem obstáculo insuperável: a Lei. Ora, não se pode, a pretexto de segurança jurídica e estabilidade, defender a interpretação autoritária do precedente, a ser cegamente seguido e, com a outra mão, pretender estabelecer uma hipótese recursal diametralmente oposta à lei.

A hipótese de Reclamação, ao que parece, padece de dois problemas essenciais. A inadequação de sua utilização com objetivo de procedimento específico para superação de precedentes e o seu não cabimento para modificação de entendimento, por inexistência de usurpação de competência. A primeira, de forma crítica, estabelece-se no sentido de que é pressuposto da reclamação a existência de usurpação de competência dos Tribunais, o que não coaduna com o julgamento conforme o precedente fixado. O reconhecimento e aplicação do precedente pelo Tribunal ou julgador é exatamente o oposto de usurpar a competência dos Tribunais Superiores, pois, neste caso, está o juízo reconhecendo a força vinculante ao precedente e, portanto, descabida a Reclamação, já que ausente requisito essencial de admissibilidade pelo não cabimento.

O segundo ponto, como fixado anteriormente, reside na norma insculpida no próprio art. 986, que imputa competência exclusiva ao Tribunal formador do precedente para sua superação concentrada. Isso porque, são duas situações distintas afirmar que o precedente não se aplica ao caso por não estar o argumento trazido pela parte vinculado aos fundamentos determinantes do julgamento, sendo suficiente para superá-lo, enquanto outra se afirmar que o precedente do Tribunal não deve mais ser seguido pelos demais julgadores, retirando-lhe o efeito de observância obrigatória e vinculatividade de seus fundamentos determinantes.

O próprio texto legal deixa claro que somente será cabível reclamação quando “não observada a tese adotada no incidente” (CPC (LGL\2015\1656), art. 985, § 1º), de forma que, em momento algum se admite o uso de reclamação quando a tese tiver sido considerada no julgamento, seja a conclusão idêntica, seja por conclusão diversa, a partir da distinção ou superação difusa.

A interposição de novo recurso especial ou extraordinário para impugnar a decisão



proferida pelo órgão especial ou pleno em agravo interno do juízo negativo de admissibilidade. Neste caso, seria interposto novo recurso especial ou extraordinário, por ter a decisão seguido o precedente. A proposta enfrenta alguns problemas. O primeiro se refere ao círculo vicioso que se criaria. Efetivamente, a decisão é colegiada de Tribunal em última instância e, por isto, caberia recursos especial e extraordinário.

Contudo, o recurso interposto deveria receber novo juízo de admissibilidade do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal, que, seguindo o CPC (LGL\2015\1656), novamente deveria inadmitir o seguimento e, novamente, o único recurso cabível seria agravo interno.

Não há hipótese legal que conduza o Recurso Especial ou Extraordinário diretamente aos Tribunais superiores, de forma que a proposta criaria um círculo interminável. Apesar do esforço doutrinário, não há questão nova a afastar o juízo de admissibilidade negativo e, ainda, os Tribunais superiores já possuem entendimento do não cabimento deste recurso.

Contudo, a proposta pode ser admitida quando há violação ao art. 498, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656), pois, neste caso, há situação nova – nulidade absoluta do acórdão por ausência de fundamentação. Assim, parece-nos que a proposta pode ser admitida, mas na única hipótese de não observância dos requisitos de fundamentação da decisão.

Por fim, a proposta de cabimento da rescisória. Este meio autônomo de impugnação busca desconstituir a coisa julgada, sem finalidade específica de superação de precedentes. Além disso, a decisão rescindenda teria sido proferida pelo Tribunal Estadual, de forma que, não enfrentando os Tribunais superiores o mérito do Recurso Especial ou Extraordinário, é competência do Tribunal Estadual a respectiva rescisória. A ação não chegaria, em um primeiro momento, aos Tribunais Superiores e, neste viés, seria inócua para superação de qualquer precedente.

Final de contas, se o Tribunal Estadual é obrigado a seguir o precedente obrigatório, por ser ele vinculante, e a nova questão apresentada for decidida conforme o precedente, eventual recurso especial ou extraordinário na rescisória também seria inadmitido e, neste passo, voltaríamos ao agravo interno e às demais soluções supra.

Contudo, verdade é que, a possibilidade de cabimento de ação rescisória pelo não enfrentamento pelo Tribunal de “questão jurídica não examinada, a importar outra solução jurídica” revela e deixa transparecer algo de grande importância. A premissa adotada por grande parte da doutrina está equivocada. Há, ao contrário do alegado, a possibilidade do juízo de primeira instância ou tribunais superarem os precedentes e, portanto, diante de nova questão jurídica, quando examinada, a vinculação poderá ser quebrada, com a superação no caso individualizado.

5 Controle de vinculação (vinculatividade) e a superação do precedente

O precedente judicial tem sua observância obrigatória pelos juízes e tribunais e, como já dito, isto exige a consideração pelo julgador dos fundamentos determinantes existentes naquele julgado. Aqueles fundamentos determinantes promoveram a vinculação argumentativa, quando aderir ao caso individualizado, de forma que, diante dos mesmos argumentos, ter-se-ia uma mesma conclusão.

Esta vinculação dos fundamentos determinantes é controlada democraticamente, estando sujeita ao controle de vinculatividade político e jurisdicional, podendo ambos culminar em procedimentos por meio do qual o precedente perde sua força vinculante e é substituído por outra ratio decidendi⁶⁷.

O controle político é exercido por órgãos dotados constitucionalmente de função legislativa, exercido, por excelência, pelo Legislativo (Câmara, Senado ou Congresso), mas que também pode ser exercido pelo Executivo, como acontece com as medidas provisórias.



O exercício deste controle político de vinculatividade dos precedentes é realizado por meio de fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos, captados pela função legislativa que, ao compreender a ausência de vinculação entre o precedente e a sociedade, elabora Lei superando o precedente judicial – trata-se da denominada superação legislativa.

Entretanto, mesmo nos casos de superação legislativa há uma necessidade (exigência) argumentativa de superação do precedente pelo Tribunal que o fixou, não ocorrendo de forma automática com a publicação da lei estabelecida pelo denominado ativismo legislativo⁶⁸. É que, o ato de interpretar não pode ser cindido da aplicação e, representando o precedente viés interpretativo, necessariamente traz consigo o caso concreto a ser aplicado – não se trata de constitucionalidade da Lei, que é presumida, mas de vinculação e interpretação da norma, que não se confunde com o texto.

Não é incomum que a doutrina denuncie a ocorrência da superação legislativa de determinado precedente e o Tribunal, ao interpretar a novidade normativa, ratifique a higidez do julgado de observância obrigatório.

Exemplo marcante é a Súmula 372 (MIX\2010\1620) do Superior Tribunal de Justiça. Referida súmula enuncia que “não cabe aplicação de multa cominatória de natureza coercitiva na ação de exibição de documentos”, conclusão que também foi alcançada no REsp 1.333.988/SP, julgado sob procedimento dos recursos repetitivos. Com a entrada em vigor do CPC/2015 (LGL\2015\1656), parte da doutrina defendeu a ocorrência da superação do precedente, uma vez que o art. 400, parágrafo único, do Código autorizou ao juízo, sendo necessário, a adoção de “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”.

A questão ganhou os tribunais e inúmeras decisões começaram a ser proferidas, afastando a aplicação dos precedentes em virtude da superação legislativa que teria ocorrido. Somente pelas decisões contrárias aos precedentes é que a questão chegou ao STJ que, no REsp 1.763.462/MG reconheceu a necessidade de enfrentar a questão diante da inovação legislativa e verificar sua superação.

A questão é de tamanha importância que, até mesmo no âmbito penal, com aplicação do Código de Processo Penal e não do sistema de precedentes do Código de Processo Civil, podemos encontrar exemplos, como o ocorrido com a Lei 12.015/2009 (LGL\2009\2130). Isto porque, referido diploma legislativo modificou substancialmente o tipo penal do estupro, dispondo também sobre a natureza jurídica da ação penal cabível.

O texto normativo do art. 255 do CP (LGL\1940\2) expressamente condicionou a ação penal pública à representação da vítima, trazendo no parágrafo único apenas duas exceções (vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável).

Ocorre que, a Súmula 608 (MIX\2010\2331) do Supremo Tribunal Federal, enunciava que o crime de estupro, quando praticado mediante violência real, estaria sujeito à ação penal pública incondicionada. Com a chegada da nova legislação, de 2009, a doutrina majoritária defendeu que a súmula da década de oitenta teria sido superada, uma vez que o legislador, em omissão voluntária, não trouxe como exceção à ação penal pública condicionada o estupro com violência real.

O STF, em colegiado, ainda não se manifestou sobre a ratificação do precedente, atribuindo à ele novos argumentos capazes de afastar sua superação pela legislação, entretanto, a 1ª Turma da Suprema Corte já se manifestou, com divergências, no sentido de que a súmula “permanece válida mesmo após o advento da Lei 12.015/2009 (LGL\2009\2130)”, conclusão também alcançada pela 2ª Turma em alguns julgados⁶⁹.

Isso não apenas reforça a ideia, mas deixa claro que a simples edição ou publicação de uma nova lei não é suficiente para superação de um precedente, pois, até mesmo na superação legislativa, a quebra da vinculação somente pode ser feita



argumentativamente, por intermédio do controle de vinculação do precedente diante da Lei e dos argumentos das partes, de forma que seja superado de forma concentrada pelo Tribunal que o fixou.

A vinculatividade decorre da exigência de fundamentação (CR, art. 93), que recebe atributos do art. 37, exigindo que a fundamentação decisória seja pautada na legalidade, impessoalidade (imparcialidade processual), moralidade, tornando-se posteriormente pública (publicidade), após construída em um procedimento eficiente – aqui compreendido como aquele efetivo na implementação de direitos em uma duração razoável estruturada pelas garantias constitucionais processuais.

Portanto, a vinculação do precedente submete-se à ordem constitucional, relevada pela fundamentação, que é pedra de toque para emprestar vinculatividade à decisão – não há legitimidade pelo mero procedimento.

Extraí-se daí que, também a superação judicial tem início nos juízos ordinários, que, diante de uma questão nova, ou seja, um ponto controvertido não existente no acórdão, deverá enfrentar a questão e, se for o caso, superar o precedente.

É o art. 489, § 1º, do CPC (LGL\2015\1656) que descreve os mecanismos de superação de precedentes, ao exigir um contraditório como direito de influência e não surpresa, cabendo ao juiz considerar seriamente os argumentos trazidos pelas partes.

A partir da testabilidade desses argumentos, confrontados com a ratio decidendi do padrão decisório, caberá ao juízo exercer o controle de vinculatividade – que pode ser difuso ou concentrado, constando argumentativamente a possibilidade de superação do precedente. Isto é, relacionando o contraditório com a fundamentação, exige-se, na construção da decisão, a verificação se o padrão decisório vincula o caso concreto e é capaz de se manter diante dos argumentos trazidos pela parte.

Revela-se o juízo de vinculatividade difuso (controle de vinculatividade difuso) exercido pelo órgão julgador que não proferiu o padrão decisório, decorrência lógica-jurídica do ônus argumentativo estabelecido para as partes pelo sistema de precedentes, superação que somente surtirá efeito naquele processo, enquanto a superação concentrada somente pode ser realizado pelo órgão jurisdicional formador do precedente.

Esta é a interpretação constitucional a ser dada ao art. 986 do CPC (LGL\2015\1656)⁷⁰, pois, apesar diante do controle de vinculatividade difuso, que poderá conduzir o caso individualizado para conclusão diversa, percebe-se que o precedente somente perderá a validade com a superação pelo Tribunal que o fixou (controle de vinculatividade concentrado).

A possibilidade de superação do precedente nos casos concretos, pelos juízos ordinários, está inserida em inúmeras normas do Código de Processo Civil, seja para possibilidade de admissibilidade do Recurso Especial ou Extraordinário, quando “mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem” (CPC (LGL\2015\1656), art. 1.041), hipótese legal, aliás, que possibilitará a superação concentrada, se for o caso.

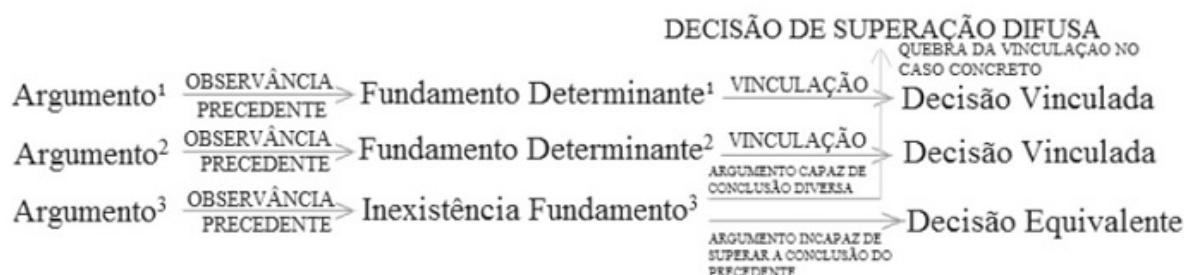
Mas, também, para o cabimento de ação rescisória, quando o juízo ordinário não apreciar “questão jurídica não examinada, a importar outra solução jurídica” diversa (CPC (LGL\2015\1656), art. 966, §§ 4º e 5º).

Ora, se o Tribunal estadual ou regional pode e deve examinar questão jurídica que importe em solução jurídica diversa, evidentemente que estará ele superando o precedente, de forma que o Código reconhece a possibilidade de superação aos juízes e tribunais.

Veja que, o próprio art. 489, § 1º, VI, diz que a decisão será fundamentada quando o julgador deixar de seguir precedente obrigatório e demonstrar a superação do precedente, por lógica, pode ser o precedente, então, superado por ele. Pode-se assim



representar a possibilidade de superação diante de um novo argumento:



71

Soma-se a possibilidade, ainda, de que o Tribunal formulador do precedente poderá enfrentar o novo argumento (mantendo sua integridade), utilizado e entendido como suficiente para superação do precedente no controle difuso, mas entender que não há razões suficientes para mudança, mantendo incólume o precedente, mas agregando, aos seus fundamentos determinantes o novo argumento então enfrentando, de forma que passará a ser observado nos futuros julgamentos, vinculando a conclusão àquela trazida na decisão-precedente.

Somente é possível falar em integridade do precedente quando ele tiver maior qualidade argumentativa e for suficiente para enfrentar todos os argumentos das partes, caso contrário, a quebra desta integridade corresponde à sua perda de vinculação. A partir do momento em que o precedente não é suficiente para responder aos argumentos das partes por meio de seus fundamentos determinantes, perde a integridade, possibilitando a quebra de sua vinculação por meio da superação.

O controle de vinculatividade difuso atua no plano da eficácia, afastando a aplicação do precedente no caso concreto em virtude de sua superação argumentativa. Enquanto isto, permanece o precedente existente e válido no plano jurídico, até que seja superado pelo Tribunal que o fixou (superação concentrada). Em virtude disto, todos os demais julgadores que não se confrontarem com argumentos diferentes, mas apenas aqueles já existente, permanecem vinculados à sua conclusão, em uma intrínseca ligação entre argumentação e fundamentação.

A norma infraconstitucional disciplina, então, metodologias de estabelecimento de razões (fundamentação) para casos que passam a exigir a observância obrigatória dos demais julgadores. Estes procedimentos especiais ou decisões de observância obrigatória não decorrem da autoridade ou posição hierarquia do STJ e STF, devendo ser reconhecido importante papel dos Tribunais estaduais ou regionais na formação desses precedentes. O que ocorre com STF e STJ é uma maior amplitude de sua competência e a própria função institucional de cada órgão do Judiciário.

A força vinculante dos precedentes não decorre de uma supremacia ou autoridade das Cortes Supremas ou da sua autoridade, nem sequer dos procedimentos⁷² – que apenas individualizam as decisões que devem necessariamente ter seus fundamentos determinantes observados, portanto, mas sim da Constituição e da Lei, estando intrinsecamente ligado o conceito de vinculação aos fundamentos determinantes (ratio decidendi) –, o que vincula são os fundamentos diante dos mesmos argumentos, e não a decisão em si, menos ainda o julgador.

Esse é o pano de fundo que pode ser extraído da afirmação de que, diante do precedente formado em controle de constitucionalidade abstrato, “os juízes e tribunais devem procurar identificar o precedente emanado da referida decisão”⁷³.

O ônus argumentativo se revela justamente diante da vinculação do precedente. Com observância obrigatória pelos sujeitos processuais, o precedente deverá ser levado em



considerado para solução do caso concreto, de forma que, previamente ciente da existência do precedente, caberá a parte (ônus) tentar, de forma argumentativa, desvincular a solução dos fundamentos determinantes do precedente. Portanto, o ônus argumentativo é justamente a tentativa de quebra da vinculação do caso concreto do precedente posto, seja pela sua distinção, seja pela superação.

A superação se dá por meio argumentativo, seja ele legislativo seja por meio jurisdicional (overruling). Deve-se lembrar que o texto em si é impossível de se mostrar como fator de modificação do mundo, exigindo-se sua compreensão, respeitados os limites semânticos normativos.

Entretanto, isso não é capaz de, por si só, superar um precedente, o que somente poderá ocorrer na construção compartilhada de uma decisão a partir da interpretação de um novo texto legal. Exercem os juízes um controle de vinculatividade do precedente, entendendo que, em decorrência de novos argumentos apresentados foram capazes de superar os fundamentos determinantes do precedente invocado, observando-o, mas o superando de forma difusa.

Enquanto não superado de forma concentrada, o precedente permanecerá sendo de observância obrigatória e seus fundamentos determinantes com vinculatividade para todos os julgadores submetidos hierarquicamente à sua competência, de forma que todas as ações que trouxerem aqueles mesmos argumentos continuariam a receber a mesma conclusão, num controle de vinculatividade decorrente de sua fundamentação determinante.

6 Conclusão

Conclui-se que, a superação dos precedentes e interpretação do sistema estabelecido pelo Código de Processo Civil, apresenta-se como grande problema capaz de engessar o sistema processual, apesar das propostas já apresentadas, que parecem não resolver adequadamente a questão.

Contudo, ao enfrentar a questão percebe-se que uma proposta de uma solução deve necessariamente passar pela demarcação de seu antecedente lógico – próprio conceito de vinculação e observância obrigatória dos precedentes – emergindo a necessidade de desvelar o sentido de vinculação, cindindo seu significado da observância obrigatória ao tratar de precedentes, pois, enquanto a observância obrigatória decorre do método, a vinculação está intrinsecamente ligada aos fundamentos determinantes do precedente.

Nesse cenário, a vinculação se estabelece argumentativamente, mas somente em relação quando formados metodologicamente por procedimentos previamente estabelecidos, que emprestam maior racionalidade e segurança jurídica no posicionamento dos próprios tribunais, impedindo dimensionar precedentes vinculantes em julgados sujeitos a decisões conflitantes no mesmo tribunal ou no judiciário.

Pari passu, definidos os sentidos de vinculação e observância obrigatória, ao enfrentar a superação dos precedentes, atento as normas constitucionais e independência funcional, o art. 986 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) exige uma interpretação em conformidade com a Constituição.

A partir daí, surge a quebra da vinculação quando os fundamentos determinantes são insuficientes para a adequada fundamentação da decisão jurisdicional, pois não permitem que o julgador responda a todos os argumentos das partes. Colocada em risco a integridade do precedente pelo cumprimento do ônus argumentativo pela parte, caberá ao juízo decidir o caso, respondendo ao argumento novo e, se for o caso, superando o precedente no caso concreto, superação esta difusa e que mantém incólume o precedente, mas que viabiliza a chegada de um novo caso ao Tribunal formador do precedente para que, se for o caso, reposicione-se com a superação do precedente ou, ainda, mantenha-o enfrentando o novo argumento e o afastando,



conservando a integridade e vinculatividade do padrão decisório.

Referências bibliográficas

ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro. Dissertação (Dissertação em Direito), Recife: Unicap, 2011. Disponível em:

[http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2011-08-16T151044Z-409/Publico/dissertacao_jaldemiro.pdf]
Acesso em: 05 jan. 2019.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANDOM, Robert. Facts, Norms, and Normative Facts: A Reply to Habermas. *European Journal of Philosophy*. Oxford, 8 (3), p. 356-374, 2000.

BRANDOM, Robert. *Making It Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. London: Harvard University Press, 2001.

BRANDOM, Robert. *Tales of the Mighty Dead*. Cambridge: Harvard, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (versão digital).

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

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

CHIKALANGA, I. A Suggested Taxonomy of Inferences for the Reading Teacher. *Reading in a Foreign Language, Hawaii*, v. 8, n. 2, p. 697-709.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 5-36, maio-jun. 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC (LGL\2015\1656). In: MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DEMO, Pedro. *Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DURO, Cristiano. A fundamentação na técnica de superação do padrão decisório no anteprojeto de um novo CPC (LGL\2015\1656). In: FREIRE, Alexandre et alli. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil (baseado no relatório apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira)*. Comissão Presidida



pelo Deputado Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. O Poder Judiciário e(m) crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOMES DE FREITAS, Christiano Rodrigo. DURO, Cristiano. Legitimação decisória no novo Código de Processo Civil. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza: Unichristus, ano 12, n. 16, p. 112-129, jan.-dez. 2014.

HART, H. L. A. O conceito de direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoriageral do processo: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo e a crise da República. Folha de São Paulo, São Paulo, 05.03.2017. Disponível em: [<https://goo.gl/bKw32F>]. Acesso em: 25 dez. 2018.

MACÊDO, Lucas Buril de. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiros. Revista de Processo Comparado, v. 3. jun.-nov. 2016.

MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e direito: qual pragmatismo e o que interessa no pragmatismo? Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, n. 3, p. 68-102, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 80, n. 4, p. 291-310, out.-dez. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Culturareligiosa, previsibilidade e unidade do direito pelo precedente, 2014. Disponível em: [[https://www.ufrgs.br/caar/wp-content/uploads/2014/10/Cultura-religiosa-Previsibilidade-e-Unidade-do](https://www.ufrgs.br/caar/wp-content/uploads/2014/10/Cultura-religiosa-Previsibilidade-e-Unidade-do-direito-pelo-precedente.pdf)]. Acesso em: 01 set. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Folha de São Paulo, Caderno Opinião, São Paulo, 01.02.2010. Disponível em: [<https://goo.gl/d11jLX>]. Acesso em: 25 dez. 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agriDEM a democracia, escreve professor da USP. Folha de São Paulo, São Paulo, 28.01.2018. Disponível em: [<https://bit.ly/2J89Kn3>]. Acesso em: 25 dez. 2018.

MILGRAM, Stanley. Behavioral Study of Obedience. Journal of Abnormal and Social



Psychology, 67, p. 371-378, 1963. Disponível em: [<https://goo.gl/wCd87e>]. Acesso em: 17 nov. 2018.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Direito constitucional brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 15. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle. FREITAS, Marina. A necessidade de meios para superação dos precedentes. Revista de Processo, São Paulo: Ed. RT, v. 281, 2018.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Salvador: JusPodivm, 2018.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americana : do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Unb/Finatec, 2011.

PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015 (LGL\2015\1656): um debate necessário. Civil Procedure Review, v. 8, n. 2, p. 93-133, maio-ago. 2017.

PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo Comparado, v. 3, jun.-nov. 2016.

PEIXOTO, Ravi. Superação doprecedente e segurança jurídica. Salvador: JusPodivm, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. História e prática do habeas corpus. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007. v. 1.

POPPER, Karl R. Alógica da pesquisa científica. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

SCHWAB, Jurgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Org. Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

STRECK, Luiz Lenio. Precedentesjudiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015 (LGL\2015\1656). Salvador: JusPodivm, 2018.

TREVISAN, Maria Carolina. Boaventura de Sousa Santos: Supremo se ajoelhou diante das pressões de cima. Blog Universa, 30.08.2018. Disponível em: [<https://goo.gl/TWssTX>]. Acesso em: 26 dez. 2018.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. A sinalização na superação do precedente. Revista de Processo – RePro, São Paulo, v. 43, n. 276, p. 401-426, fev. 2018.

VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANETTI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

WALUSHOW, Wilfrid. Positivismo jurídico influyente. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Sequência: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. Disponível em: [<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>]. Acesso em: 03.04.2019.



1 Este artigo é resultado do grupo de pesquisa "Processualismo Constitucional democrático e reformas processuais", vinculado à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ. Esse grupo é membro fundador da "ProcNet – Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo".

2 This article is the result of the research group "Democratic Constitutional Processualism and procedural reforms", linked to the Pontifical Catholic University of Minas Gerais and registered in the National Directory of Research Groups of CNPQ. This group is a founding member of "ProcNet - International Research Network on Civil Justice and Contemporary Proceedings".

3 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Culturareligiosa, previsibilidade e unidade do direito pelo precedente*, 2014. p. 23. Disponível em: [https://www.ufrgs.br/caar/wp-content/uploads/2014/10/Cultura-religiosa-Previsibilidade-e-Unidade-do-direito.pdf]. Acesso em: 01.09.2018.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Cultura e previsibilidade do direito*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 80, n. 4, out.-dez. 2014, p. 291-293.

5 O termo neopragmático utilizado faz referência ao neopragmatismo linguístico (inferencialismo), e não jurídico, sem qualquer relação com o pragmatismo jurídico norte-americano. O pragmatismo jurídico parte da escola teórica do realismo jurídico, de Roscoe Pound, Benjamim Cardozo e Oliver Holmes Jr., em sua concepção instrumental do Direito, para construir uma teoria da decisão. Esta teoria adota três pilares de sustentação. O primeiro refere-se ao contextualismo, de forma que toda e qualquer proposição deve ser julgada a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. O consequencialismo, por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. E, por fim, o antifundacionalismo consiste na rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais e dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis ao pensamento.

6 WARAT, Luis Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. Sequência: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692]. Acesso em: 03.04.2019.

7 WARAT, Luis Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. Sequência: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692]. Acesso em: 03.04.2019.

8 Tradução livre. CHIKALANGA, I. *A Suggested Taxonomy of Inferences for the Reading Teacher*. Reading in a Foreign Language, Hawaii, v. 8, n. 2, p. 697-709, p. 697.

9 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

10 Tradução livre. BRANDOM, Robert. *Facts, Norms, and Normative Facts: A Reply to Habermas*. European Journal of Philosophy. Oxford, 8 (3), 2000. p. 356.

11 BRANDOM, Robert. *Making It Explicit: Reasoning, Representing and Discursive Commitment*. London: Harvard University Press, 2001.



12 VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

13 NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 154-155.

14 BRANDOM, Robert. Tales of the Mighty Dead. Cambridge: Harvard, 2011. p. 6.

15 NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 155.

16 Tradução livre. A instituição denomina-se Royal College of Physicians.

17 O Habeas Corpus Act, de Carlos II, em 1679, foi importante instrumento contra prisões arbitrárias, entretanto, sua origem é mais remota. Antes mesmo do reinado de John Lockland (João Sem Terra), em que surge a Magna Charta Libertatum vel concordia inter regem Johannem et barones, em 1215, o sistema jurídico inglês contava com várias formas de "ordem" (writ), dentre elas, o habeas corpus ad subjiciendum, que ordenava ao detentor a apresentação do preso, com o esclarecimento das razões da prisão, a fim de submetê-lo às determinações da Corte (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. História e prática do habeas corpus. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2007. v. 1, p. 37-48).

18 Por todos: NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. Direito constitucional brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2017.

19 VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 51.

20 PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Unb/Finattec, 2011. p. 67-68.

21 MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e direito: qual pragmatismo e o que interessa no pragmatismo? Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, n. 3, p. 68-102, p. 76

22 MARÇAL, Antonio Cota. Pragmatismo e direito: qual pragmatismo e o que interessa no pragmatismo? Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro, n. 3, 2011. p. 77.

23 Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 198-230) vom 15. Januar 1958.

24 SCHWAB. Jurgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Org. Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

25 "Tais decisões são, segundo a Lei Fundamental, a inviolabilidade da dignidade humana como princípio supremo do ordenamento constitucional, a república, a democracia, o postulado do Estado social de Direito, e a organização territorial em termos de Estado Federal" (HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7). E, ainda: HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

26 DURO, Cristiano. A fundamentação na técnica de superação do padrão decisório no anteprojeto de um novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et alli. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil (baseado no relatório apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira. Comissão Presidida pelo Deputado



Fábio Trad. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III, p. 33. E, ainda, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 5-36, maio-jun. 2013.

27 Os institutos do *gesetzeskraft* alemão, *binding precedent* inglês e força obrigatória geral portuguesa, são exemplos de que a vinculação não é criação brasileira, ou seja, não é invenção tupiniquim em um *brasilian law*, não obstante algumas peculiaridades do sistema processual vigente em *terrae brasilis*, como também existem nos demais sistemas processuais alienígenas.

28 Enumera o artigo: 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.

29 PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, n. 2, maio-ago. 2017, p. 97-98.

30 CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018 p. 442.

31 PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (*overruling*) no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo Comparado*, v. 3, jun.-nov. 2016. PEIXOTO, Ravi. *Superação doprecedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2018.

32 A metáfora foi utilizada por Conrado Hubner Mendes, no Jornal Folha de São Paulo. MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. Folha de São Paulo, Caderno Opinião, São Paulo, 01.02.2010. Disponível em: [<https://goo.gl/d11jLX>]. Acesso em: 25.12.2018.

33 LOPES, José Reinaldo de Lima. O Supremo e a crise da República. Folha de São Paulo, São Paulo, 05.03.2017. Disponível em: [<https://goo.gl/bKw32F>]. Acesso em: 25.12.2018. Neste sentido, ainda: MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. Folha de São Paulo, São Paulo, 28.01.2018. Disponível em: [<https://https://bit.ly/2J89Kn3>]. Acesso em: 25.12.2018.

34 TREVISAN, Maria Carolina. Boaventura de Sousa Santos: Supremo se ajoelhou diante das pressões de cima. Blog Universa, 30.08.2018. Disponível em: [<https://goo.gl/TWssTX>]. Acesso em: 26.12.2018.

35 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018 p. 56-70.

36 KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

37 COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018 p. 54-55.

38 NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 59-61.



39 NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 62-64.

40 O controverso estudo foi desenvolvido por influência dos eventos do holocausto, especialmente o julgamento de Adolf Eichmann.

41 MILGRAM, Stanley. Behavioral Study of Obedience. Journal of Abnormal and Social Psychology, 67, p. 371-378, 1963. Disponível em: [<https://goo.gl/wCd87e>]. Acesso em: 17.11.2018.

42 Nesse sentido, ver a teoria da justificação do sistema.

43 DEMO, Pedro. Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

44 POPPER, Karl R. Alógica da pesquisa científica. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 42-44. LEAL, Rosemiro Pereira. Teoriageral do processo: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 34.

45 O Conceito do Direito de Hart marcou não apenas o positivismo, mas a metodologia calcada na filosofia da linguagem (HART, H. L. A. O conceito de direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012).

46 Perceba-se que, a inconstitucionalidade não é propriamente do precedente vinculante, mas sim da vinculação entendida como aplicação imediata em virtude da autoridade. Apontando a inconstitucionalidade da proposta, sem adentrar ao debate sobre o significado e seus significantes: BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (versão digital). Cap. 16, tópico 2.1.. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 15. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015 p. 1836. CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015.

47 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 434-435. E, ainda: CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018. Defende o autor que, somente pode-se afirmar que são vinculantes os precedentes previstos nos arts. 102, § 2º, e 103-A da Constituição, e arts. 947, § 3º, 985, I e II, e 1.040, todos do CPC.

48 Seria o caso, por exemplo, das hipóteses de cabimento de reclamação, o que tornaria o precedente vinculante para MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1324; ou, ainda, classificando os precedentes em formalmente vinculantes e formalmente vinculantes fortes a partir do cabimento de reclamação, como o faz ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

49 GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Meurer. Petropolis: Vozes, 1999.

50 GADAMER, Hans-Georg. O problema da consciência histórica. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

51 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. O Poder Judiciário e(m) crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 192.



52 NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2012. p. 197.

53 GOMES DE FREITAS, Christiano Rodrigo; DURO, Cristiano. Legitimação decisória no novo Código de Processo Civil. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza: Unichristus, ano 12, n. 16, p. 112-129, jan.-dez. 2014.

54 Nesse sentido, VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2018.

55 VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 177-285.

56 VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 301-336.

57 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 444.

58 VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 342-362.

59 ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro. Dissertação (Dissertação em Direito), Recife: Unicap, 2011.

60 Neste sentido: VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 337.

61 NUNES, Dierle. FREITAS, Marina. A necessidade de meios para superação dos precedentes. Revista de Processo – RePro, n. 281, São Paulo: Ed. RT, 2018.

62 PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. Civil Procedure Review, v. 8, n. 2, maio-ago. 2017, p. 20.

63 TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. A sinalização na superação do precedente. Revista de Processo – RePro, São Paulo, v. 43, n. 276, p. 401-426, fev. 2018.

64 Possibilitaria o denominado anticipatory overruling: i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Supre Corte; ii) uma tendência da Supre Corte que permite concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está à espera de um caso apropriado para realizar o overruling (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 403).

65 ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro. Dissertação (Dissertação em Direito), Recife: Unicap, 2011.

66 MACÊDO, Lucas Buril de. Transformação, Sinalização e Superação Antecipada e sua Pertinência ao sistema de precedentes brasileiros. Revista de Processo Comparado, v. 3. jun.-nov. 2016.

67 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente Judicial. São Paulo: Noeses, 2012.

68 Entendendo que ocorreria uma superação automática, por todos: RAVI, Peixoto. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. Revista de



Processo Comparado, v. 3, jun.-nov. 2016. Já Humberto Ávila (Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011) vai além e diz que, nestes casos, sequer se trataria de hipótese de superação do precedente, já que a alteração normativa é fator externo. O argumento parece não ter validade quando se percebe que o novo texto normativo, que seria contrário ao precedente, será objeto de interpretação pelo Tribunal, que pode, inclusive, manter o precedente. Não há superação automática, de forma que a mera alteração legislativa não implica de per si na superação do precedente.

69 STF, 1ª Turma, HC 125.360/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27.02.2018 (Info 892). A 2ª Turma também chegou a essa conclusão: STF, 2ª Turma, RHC 117.978, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 05.06.2018 (Info 905). O STF foi instado a se manifestar sobre a manutenção do precedente, pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio da ADI 4.301 da Procuradoria Geral da República.

70 “Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.”

71 Imagem própria.

72 Ressurge aqui o problema da estruturação normativa trazida pelo Código quanto ao direito jurisprudencial, pois é fácil perceber que o texto legal reúne técnicas distintas e atribui a elas força vinculativa, numa verdadeira mixórdia, como se extrai do art. 927 (VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 282)

73 VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 281.