

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito

Cristiano da Silva Duro

CONTROLE DE VINCULAÇÃO:

**Precedentes de Observância Obrigatória e sua Superação
no Processo Jurisdicional Democrático**

**Belo Horizonte
2022**

Cristiano da Silva Duro

CONTROLE DE VINCULAÇÃO:

**Precedentes de Observância Obrigatória e sua Superação
no Processo Jurisdicional Democrático**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Orientador: Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes

**Belo Horizonte
2022**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D947c	<p>Duro, Cristiano da Silva Controle de vinculação: precedentes de observância obrigatória e sua superação no processo jurisdicional democrático / Cristiano da Silva Duro. Belo Horizonte, 2022. 139 f.</p> <p>Orientador: Dierle José Coelho Nunes Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Brasil. Código de processo civil (2015). 2. Precedentes judiciais - Aspectos constitucionais - Brasil. 3. Controle de constitucionalidade. 4. Processo civil. 5. Decisão judicial. 6. Efeito vinculante. 7. Democracia. I. Nunes, Dierle José Coelho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p>
-------	---

CDU: 340.142

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Cristiano da Silva Duro

**CONTROLE DE VINCULAÇÃO:
Precedentes de Observância Obrigatória e sua Superação
no Processo Jurisdicional Democrático**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes - PUC Minas (Orientador)

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros - PUC Minas

Prof. Dr. Flávio Quinaud Pedron - PUC Minas

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia

Profa. Dra. Lorena Machado Rogedo Bastianetto

Belo Horizonte, 19 de outubro de 2022

Para Kívia, Julia, Bia e Gaia, meus quatro pontos cardeais.

AGRADECIMENTOS

Escrever agradecimentos em uma obra revela-se a mais árdua das tarefas, seja pelo receio do esquecimento, seja pela certeza da injustiça. Um dia alguém me disse: “Cris, pare de tentar abraçar o mundo, ele não cabe nos seus braços”. A mim, cabe o agradecimento por mostrar a finitude de nossas realizações que se apresenta como o chão frio da infinitude de nossos sonhos. Agradecer pela necessidade de nos despir das mais comezinhas das vaidades para se jogar de braços abertos em um mundo que não lhe pertence, como não pertence à ele. Minha gratidão à Kívia, por iluminar meu caminho, por mais sombrio que seja. À Gaia, por me sustentar em momentos de desequilíbrio e mostrar que ter o sorriso mais delicioso do mundo faz muita diferença. À Julia por me ensinar que ter cautela e ir devagar, às vezes, é bom. E à Bia por deixar muito claro que se sentir diferente, está tudo bem. Sem vocês, eu estaria sempre perdido. Aos meus pais, pela oportunidade de estar aqui na tentativa de evoluir.

Ao LuD Associados, escritório que tenho a felicidade de integrar e ajudar a construir, lado a lado, ombro a ombro, com pessoas maravilhosas, que foram essenciais nesse caminhar.

Não poderia deixar de agradecer ao Dierle, mais do que um orientador, um incentivador, sempre disponível para ajudar. Mais do que um brilhante pesquisador, um ser humano que brilha. Aos companheiros de mestrado, todos eles, que não irei nominar para evitar esquecimentos contrangedores. Ao Prof. Flávio Pedron, fonte interminável de conhecimento na teoria do direito, referência em Dworkin que muito acrescentou à trajetória. À Professora Dra. Flaviane que descortinou o jogo de cena do processo penal - e até um artigo rendeu. Ao Prof. Ronaldo Brêtas que, com seu jeito ranzinza, tornava as tardes engraçadas. Ao Prof. Rosemíro por fomentar incansavelmente minha resiliência. Aos demais integrantes do PPGD da PUC Minas, que contribuíram direta ou indiretamente para que tudo funcione, meu muito obrigado.

Sometimes you don't realize your own strength until you
come face to face with your greatest weakness.
(Susan Gale)

RESUMO

Ainda quando do debate sobre o projeto de um Código de Processo Civil, debruçou a doutrina sobre o tema dos precedentes, tomado como grande novidade na Lei n. 13.105, que teria sido responsável por estabelecer um sistema de precedentes no Brasil, um verdadeiro *stare decisis*. Imediatamente, socorreu-se a doutrina brasileira no direito comparado, buscando nos sistemas alienígenas institutos e categorias para importação, justificada em uma convergência entre *civil law* e *common law*. A teoria dos precedentes começa a ser construída a partir de critérios de autoridade, da metodologia utilizada ou do argumento de fundamentação, mas sempre se baseando na necessária vinculação indiscriminada dos julgadores, que acaba por desaguar no problema sobre a forma de superação dos precedentes. Colocando o conceito de precedente e sua superação em crítica, busca-se estabelecer a distinção entre os institutos os conceitos de observância obrigatória e vinculação, para subsidiar o exame das propostas de superação de precedentes trazidas de forma recorrente pela doutrina, com ênfase em suas aporias metodológicas para, então, apresentar a proposta de controle de vinculação do precedente e o método de superação, ponto central do trabalho. O presente trabalho, a partir da metodologia crítica-dedutiva, buscará estabelecer os pressupostos meta-teóricos necessários para releitura de institutos da teoria de precedentes alinhada com a ordem constitucional vigente, tomando como marco teórico o Direito como integridade de Ronald Dworkin e a teoria do processualismo constitucional democrático, de Dierle Nunes.

Palavras-chave: Processo Civil. Democracia. Precedentes. Vinculação. Observância Obrigatória. Superação.

ABSTRACT

Even during the debate on the project of a Civil Procedure Code, the legal theory focused on the matter of precedents, taken as a great novelty in Law 13.105, which would have been responsible for establishing a system of precedents in Brazil, a true *stare decisis*. Immediately, the Brazilian legal theory was resorted to in comparative law, seeking in the alien systems institutes and categories for importation, justified in a convergence between civil law and common law. The theory of precedents begins to be constructed from criteria of authority, the methodology used or the reasoning argument, but always based on the necessary indiscriminate binding of the judges, which ends up in the problem of how to overcome precedents. After a historical foreshortening and the analysis of the theories about them, seeks to distinguish between the institutes the concepts of obligatory observance and binding, to support the examination of proposals for overruling precedents recurrently brought by the legal theory, with emphasis on its methods flaws to then present the proposal for controlling the precedent's binding and the method of overcoming it, the central point of the work. The present work, based on the critical-deductive methodology, will seek to establish the meta-theoretical assumptions necessary for the construction of a theory of precedents aligned with the current constitutional order, taking the democratic judicial process as a theoretical framework.

Keywords: Precedent. Obligatory Observance. Binding. Overruling.

ASTRATTO

Anche durante il dibattito sul progetto di un nuovo codice di procedura civile, la dottrina si è concentrata sul tema dei precedenti, preso come grande novità nella legge 13.105, che sarebbe stato responsabile di stabilire un sistema di precedenti in Brasile, un vero e proprio sguardo decisivo. Immediatamente si è fatto ricorso alla dottrina brasiliana del diritto comparato, ricercando negli ordinamenti stranieri istituti e categorie di importazione, giustificati in una convergenza tra diritto civile e diritto comune. La teoria dei precedenti comincia a costruirsi a partire da criteri di autorità, dalla metodologia utilizzata o dall'argomentazione argomentativa, ma sempre sulla base del necessario indiscriminato legame dei giudici, che finisce nel problema di come superare i precedenti. Dopo uno scorcio storico e l'analisi delle teorie sui precedenti, si cerca di distinguere tra gli istituti i concetti di obbligatorietà e vincolante, per supportare l'esame delle proposte di superamento dei precedenti ricorrentemente avanzate dalla dottrina, con enfasi sui suoi metodi aporie per quindi presentare la proposta per controllare il legame del precedente e le modalità per superarlo, punto centrale dell'opera. Il presente lavoro, dalla metodologia critico-deduttiva, cercherà di stabilire i presupposti metateorici necessari per la costruzione di una teoria dei precedenti allineata all'attuale ordinamento costituzionale, assumendo come cornice teorica nella teoria del diritto, il diritto come integrità , mentre nella teoria del processo viene adottato il processo giudiziario democratico di Dierle Nunes.

Parole chiave: precedente Conformità obbligatoria. rilegatura. Resilienza.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 RELEITURA DOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DOS PRECEDENTES: A convergência entre <i>common law</i> e <i>civil law</i> na berlinda	13
1.1 Uma Narrativa sobre os Precedentes	14
1.1.1 <i>Precedentes no Common Law</i>	15
1.1.2 <i>Precedentes no Civil Law</i>	23
1.2 <i>O Sistema Brasileiro de Precedentes: Uma Convergência de Sistemas?</i>.....	30
2 DE JULGADOS A PRECEDENTES VINCULANTES: (Re)construindo o conceito de precedentes.....	39
2.1 Padrões Decisórios? A questão das súmulas.....	45
2.2 Dos Julgados Qualificados (Precedentes).....	50
2.2.1 Autoridade e Precedente	52
2.2.2 Método e Precedente	60
2.2.3 Argumentação e Precedente	61
2.3 Entre Método e Argumento: Observância Obrigatória e Vinculação	63
2.4 Julgados Qualificados (Precedentes) e Julgados Persuasivos	66
3 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE NA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES	69
3.1 A Teoria do Direito em um Modelo Liberal-Igualitário.....	69
3.2 Integridade, Resposta Correta e Erros Institucionais	76
4 PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO	87
4.1 A Legitimação pela Comparticipação e pelo Policentrismo	87
4.2 Fundamentação das Decisões Jurisdicionais	91
5 OS PROBLEMAS DAS PROPOSTAS PARA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES	98
5.1 A Tese da Superação pelo Julgamento-Alerta.....	99
5.2 A Tese da Superação do Precedente por AREsp e ARE (CPC/2015, art. 1.042) contra decisão de Agravo Interno.....	102
5.3 A Tese da Superação do Precedente por Reclamação	104
5.4 A Tese da Superação por Interposição de Novo Recurso Especial ou Extraordinário.....	107
5.5 A Tese da Superação do Precedente por Admissão de Recurso Especial ou Extraordinário contra Acórdão em consonância com o Precedente	108
5.6 A Tese da Superação do Precedente por Ação Rescisória.....	110
6 CONTROLE DE VINCULAÇÃO, DISTINÇÃO DE QUESTÃO JURÍDICA E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE.....	113
7 CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125

INTRODUÇÃO

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 a 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, reduzindo-lhes o espaço interpretativo, como se isto fosse possível, por meio de um padrão que deve apenas e tão-somente ser repetido.

Apesar da semelhança, estes fundamentos éticos não se referem aos precedentes, mas à proeminência do legislativo a partir de 1789, com as revoluções burguesas. A suposta referência à vontade do legislador (*mens legislatoris*) assume grande importância diante de uma magistratura engessada sob o dogma do positivismo exegético, que encontrou justificativa no pós-revolução francesa em decorrência de decisões judiciais que questionavam o Monarca Luís XVI e preocupavam também os revolucionários republicanos¹. 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, ao legislativo não foi possível conter os juízes com os limites normativos estabelecidos na Lei. A partir da diferenciação entre texto legislado e norma, aliada a um modelo ideológico de patrimonialismo weberiano exercido por um “homem cordial”, é a magistratura mais uma vez - como sempre foi historicamente - colocada sob suspeição.

Instala-se uma suposta crise, em que os juízes tenderiam a tratar casos iguais de modos diferentes, provocando verdadeira insegurança jurídica em face da ausência de previsibilidade das decisões. A solução não poderia ser outra, senão estabelecer limites interpretativos, mas agora, por meio de outro órgão, as denominadas Cortes Superiores (ou Cortes de Vértices²), substituindo-se também o elemento vinculante – antes a Lei, agora os precedentes. Volta-se

¹ O Monarca Luís XVI é deposto em 1792 pela Revolução Francesa, com surgimento da Escola da Exegese do início do século XIX, a partir do advento do Código Napoleônico. (LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 97, jan. a jun. de 2008, pp. 105-122).

² Embora seja estranha a terminologia, pois parece ignorar que – à exceção do círculo que não tem vértice – qualquer outra figura geométrica apresentará pelo menos três vértices. Logo, parece questionável a justificativa de uma suposta superioridade do ápice sobre a base.

ao passado, está-se diante do juiz *bouche du précédent* ou “juiz-boca-do-precedente”³.

A tentativa de desconstrução deste cenário exige uma releitura dos fundamentos históricos dos precedentes, realizada no primeiro capítulo, a partir da compreensão do *civil law* e do *common law* como sistemas intercambiários, na tentativa de compreender o sistema brasileiro de precedentes.

No segundo capítulo, busca-se reconstruir o conceito de precedente, delimitando o instituto como adotado na construção deste trabalho. A polissemia do termo exige que sejam traçados seus limites semânticos e, para isso, perpassa-se pelas tentativas de definição de precedentes a partir da autoridade da Corte, do método utilizado ou do argumento.

Apresenta-se a hipótese de ser o precedente compreendido a partir de um critério metodológico-argumentativo, com distinção entre observância obrigatória e vinculação, institutos que, em releitura, apresentam conteúdos normativos distintos, aplicados e observados em momentos diversos na construção da decisão.

Enquanto a observância obrigatória se revela hermeneuticamente “o começo”, representa “um início”, designa “o ponto de partida”, a vinculação irá desaguar na conclusão, é um final, não em si mesmo, mas no contraditório e na fundamentação. Representa a fiscalidade republicana do cidadão junto à jurisdição na aplicação dos precedentes. Fixada a terminologia de precedentes para o trabalho, permite-se iniciar o caminho a ser trilhado para compreender a superação dos precedentes.

No terceiro capítulo, analisa-se as contribuições de Ronald Dworkin e da sua Teoria do Direito como Integridade para justificação e para a legitimidade do sistema de precedentes, em especial a constante busca pela resposta correta e atuação do juiz diante dos erros institucionais. A exigência de igual respeito e consideração acaba por exigir um permanente *accountability*, que permite a fiscalidade no exercício do poder.

O quarto capítulo encarrega-se de definir a teoria processual adotada. Utilizando-se do processualismo jurisdicional democrático, preocupa-se em estabelecer parâmetros para a legitimação do processo e a fundamentação das decisões, que se revelam vetores democráticos para exercício dessa *accountability*.

No quinto capítulo apresenta-se as propostas que formam o estado d’arte na superação dos precedentes, analisando se realmente a superação de precedente é um problema a ser enfrentado ou se alguma das teses construídas se mostra suficiente para resolver a questão.

Problematiza-se as teorias de superação de precedentes pelo julgamento-alerta, pela

³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 206/2012, p. 359 – 379, abr. / 2012.

interposição de agravos em recurso especial e extraordinário contra decisão de agravo interno na instância ordinária, a possibilidade de utilização da reclamação e da rescisória e, ainda, as propostas de admissibilidade de recurso especial e extraordinário ou até mesmo a interposição de novos recursos, soluções até então encontradas na doutrina para superação de precedentes.

O sexto capítulo traz proposta de controle de vinculação como forma de superação de precedentes, equiparando a proposta diante da distinção de questão jurídica inserida pela Lei 13.256, de 2016, como hipótese de cabimento de ação rescisória.

A adoção do eixo metodológico crítico-dedutivo revelou-se mais adequado para enfrentar as problematizações colocadas nas linhas acima, a partir dos marcos teóricos do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin e do Processualismo Jurisdicional Democrático, de Dierle Nunes.

1 RELEITURA DOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DOS PRECEDENTES: A convergência entre *common law* e *civil law* na berlinda

Muito se debate sobre a existência ou não de uma aproximação entre os modelos de *civil law* e *common law*, também chamado de “mixagem, circulação de modelos jurídicos, bijuralismo ou convergência entre sistemas”⁴.

Independentemente do reconhecimento ou não deste fenômeno, que será tratado com maior cuidado a seguir, certo é que se encontra estruturado no ordenamento jurídico pátrio um microssistema de precedentes e, por isso, é precisa a preocupação manifestada por Nunes, Bahia e Pedron no sentido de que deve haver uma “preocupação científica de consolidação de uma ‘teoria dos precedentes’ para nosso país”⁵.

A preocupação externada pelos autores segue no fluxo daquilo já apontado por Gino Gorla, em 1966, ao concluir as próximas gerações de juristas italianos a estudar os aspectos teóricos dos precedentes judiciais⁶, como do próprio Thomas Bustamante, em 2012, ao tentar sistematizar uma teoria de precedentes judiciais⁷.

A grande questão gravita em torno da possibilidade de mera importação da doutrina precedentalista inglesa ou norte americana, o que estaria subsidiado pela referida aproximação entre os modelos anglo-saxão e romano-germânico. Reforçando o problema, Nunes e Bahia são precisos ao afastar a simplicidade na importação de institutos estrangeiros, “salvo quando façamos uma comparação adequada e responsável das peculiaridades dos sistemas, de suas litigiosidades e do modo como o referido instituto deva ser aplicado”⁸.

Como exemplo mais exacerbado dessa naturalização na internalização de categorias e institutos estrangeiros pode ser descrito com a dificuldade epistémica de enquadramento de súmulas como precedente, as profundas divergências sobre métodos de superação e

⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 655.

⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria Geral do Processo*, p. 655.

⁶ GORLA, Gino. Raccolta di Saggi sull'Interpretazione e sul Valore del Precedente Giudiziale in Italia. *Il Foro Italiano*. Roma, Vol. 89, Nº. 9, p. 5-48, 1966.

⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012.

⁸ NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. nº. 57, jun/set. 2015, p. 18.

distinção⁹, a graduação entre precedentes e até mesmo sobre a efetiva forma de incidência dos precedentes nos julgados de casos concretos.

A ausência de enfrentamento sob a fundamental perspectiva da necessidade de construção de uma teoria acabou desaguando em numerosos textos da literatura especializada, tratando institutos sem teoria, alcançando resultados diametralmente opostos e, muitas das vezes, entrevendo problemas tidos como “insolucionáveis” ou com soluções *contra legem*.

O que se propõe a seguir é a arriscada tentativa de racionalizar o debate, traçando linhas teóricas sobre precedente no Direito brasileiro para subsidiar a análise de sua superação.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que o reconhecimento da história é determinante para explicar os acontecimentos e as estruturas sociais, exigindo-se uma breve visitação sobre o caminho historiográfico¹⁰ percorrido até então, fundamental para subsidiar construção de uma teoria dos precedentes.

1.1 Uma Narrativa sobre os Precedentes

O uso de dos chamados precedentes no direito brasileiro é uma discussão antiga, muito anterior à promulgação do Código de Processo Civil em 2015. Aqueles que acreditam que o Brasil vem se aproximando paulatinamente da cultura do *common law*¹¹ entendem que o sistema de precedentes já era usado tacitamente no judiciário pátrio e o CPC/2015 apenas oficializou essa aproximação e foi além, tornando o uso dos precedentes algo vinculativo.

Em contrapartida, há aqueles que defendem que nunca houve no Brasil uma cultura de

⁹ BORTOLUCI, Lygia Helena Fonseca. Os precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015: a operacionalização do distinguishing a partir da identificação dos conceitos de ratio decidendi e tese jurídica. *Revista de Processo*. vol. 322. ano. 2021. dez. 2021. São Paulo, 2021, p. 401-416.

¹⁰ A metodologia utilizada é a historiografia da Escola dos Annales, desenvolvida por Marc Bloch e Lucian Fevre na revista francesa *Annales d'histoire économique et sociale*, em sua terceira fase, permitindo a abordagem de elementos geográficos, históricos, psicológicos e sociais, em especial diante de estruturas que modelam as sociedades. Conhecida como *nova história cultural*, a metodologia adotada permitirá o recorte temático específico na construção desta obra (Cf. LEVI, Giovanni. Sobre a Micro-História. In: BURKE, Peter (org.). *A Escrita da História*. São Paulo: Unesp, 1992, p. 133-161. BURKE, Peter. A Nova História, seu Passado e seu Futuro. In: BURKE, Peter (org.) *op. cit.*, p. 7-37).

¹¹ Por todos: TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. A. 48, nº 2, p. 411-430, Milano: Giuffrè, 2007, p. 411-430; TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: aspetti fondamentali*. Sui confine: scritti sull'agiustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente à Súmula Vinculante*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008. Este autor, afirmando que “o hibridismo processual (aproximação entre civil law e common law) é questão já sedimentada” (DURO, Cristiano. Precedente e o Novo CPC: A Fundamentação na Superação do Padrão Decisório. In DIDIER JR., Freddie. et al. *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2014).

utilização de precedentes¹², apenas uma praxe na utilização de jurisprudência ou padrões decisórios o que, em nada, se assemelharia a uma “commonização” do direito brasileiro.

Para os críticos do sistema precedentalista¹³, o respeito aos precedentes no Brasil não decorre de uma convergência entre os sistemas do *civil law* e *common law*, mas sim de uma lógica totalmente pertencente ao *civil law* na qual os precedentes são criados e usados com base na legislação vigente, e seu conteúdo também deve respeitar a lei utilizada para fundamentá-lo.

Mas afinal, o que são os precedentes no *common law* e no *civil law*, que permitiria esse apontamento sobre essa aproximação dos modelos? Soma-se a isto dois casos do direito estrangeiro merecem especial atenção. O primeiro deles origina-se do *common law* e é essencial para demonstrar que a vinculação precedentalista não recebe a carga estabelecida pela doutrina pátria.

Já o segundo foi formado no sistema romano-germânico, contudo, é essencial para compreender a soberania, neste sistema, da Constituição e da Lei.

1.1.1 Precedentes no Common Law

É comum, ao leremos sobre o sistema do common law, atribuir o seu surgimento à Inglaterra no séc. XI - a partir da invasão normanda, em 1066 - mas, em verdade, sua origem remonta a tempos mais antigos. Já no séc. VI há relatos da utilização do direito anglo-saxônico na Bretanha. Mesmo que parte do território inglês tenha pertencido ao Império Romano entre os séculos I e V d.C., a influência de Roma não deixou vestígios significativos na cultura jurídica inglesa e, durante esse período, a aplicação dos costumes locais conviva com a utilização de normas de origens diversas. Neste sentido conferenciam Antônio Aurélio de Souza Viana e Dierle Nunes, em sua obra *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*:

Do século I ao V d.C., parte da Inglaterra integrou o Império Romano. Alguns relatos dão conta de que “o direito anglo-saxônico ou germânico na Bretanha, como preferem alguns estudiosos, começa quando, no final do século VI d.C., a Inglaterra converte-se ao cristianismo”. Embora a Inglaterra tenha sido parte do Império Romano, a romanização não deixou vestígios consideráveis no direito, na língua e

¹² Por todos: CÂMARA, Alexandre de Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Rio de Janeiro: Atlas. 2017. DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*. Ano 1. Vol 2. Jul/Dez. 2015.

¹³ Neste sentido, veja TRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O Que é Isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2^a Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

em outras instituições dos períodos que se seguiram. Antes dos anos 1000, conviviam no território britânico normas de diversas origens e se aplicavam também os usos locais. Com a conquista normanda de 1066, inicia-se a unificação do direito¹⁴.

Após a invasão normanda em 1066, o direito no território britânico começou a ser unificado, sendo gradativa a construção de um direito oriundo das cortes reais. Na visão de John Gilissen, o termo *common law* passa a ser utilizado a partir do séc. XIII, denominando um sistema jurídico na Inglaterra, baseado nas decisões das jurisdições reais, um “direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região”¹⁵.

O *common law*, desde o seu surgimento, é mais que um direito comum, é a construção gradativa de institutos pelas cortes reais inglesas. É, em verdade, a “aplicação do direito pelas Cortes Reais, que se sobrepõe ao direito marcadamente costumeiro aplicado por jurisdições locais. Daí a palavra ‘common’, porque valia para todo o reino, cujos tribunais, nos tempos nascentes, eram itinerantes”¹⁶.

Esses tribunais itinerantes garantiam a ampla aplicação das decisões das cortes reais, buscando aumentar e solidificar o poder do Estado, suprimindo a aplicação dos costumes locais. Esse direito nascente, oriundo das cortes reais de justiça e de aplicação ampla e comum a todo o território inglês, configurava-se como um conjunto de regras - materiais e processuais - que visavam à garantia de se levar a termo todo processo iniciado nos tribunais de Westminster. Com o crescimento do poder das cortes de Westminster - ganho a partir da anulação das jurisdições senhoriais e locais - temos que:

Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei, poderia endereçar-lhe um pedido; o Chanceler, um dos principais colaboradores do rei, examinava o pedido e, se considerasse fundamentado, enviava uma ordem chamada *writ* a um xerife (agente local do rei) ou a um senhor para ordenar ao réu que desse satisfação ao queixoso; o facto de não dar esta satisfação era uma desobediência a uma ordem real; mas o réu podia vir explicar a um dos Tribunais reais por que razão considerava não dever obedecer à injunção recebida¹⁷.

Nas cortes reais, além da possibilidade de concessão de um *writ*, era possível chegar aos juízes por meio de queixas ou petições. Todavia, a obtenção da outorga de um *writ* pela chancelaria ou mesmo alcançar os juízes por meio de queixas ou petições não era algo fácil. A autoridade dos juízes àquela época não lhes permitia decidir em todos os casos a eles

¹⁴ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38.

¹⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 207.

¹⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*, p. 38.

¹⁷ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 210.

apresentados.

No início do séc. XIII, o sistema do *common law* enfrentou sua primeira grande turbulência, advinda da guerra entre o rei João e os barões, com edição da chamada *Magna Charta Libertatum*. A *Magna Carta* trouxe mudanças no cenário político e jurídico da Inglaterra, limitando os poderes reais para - dentre outras situações - o julgamento nos tribunais reais. Mesmo em meio a essa agitação política e jurisdicional, já no séc. XIII era possível vislumbrar o embrião do que viria a ser o sistema de precedentes judiciais no direito inglês. Em 1258 temos a edição das chamadas *Provisões de Oxford*, estatutos que proibiam a concessão de novos *writs*.

Não obstante a proibição constante das *Provisões de Oxford*, em 1285 surgiu o *Statute of Westminster II*, documento que passou a permitir a concessão de novos *writs* desde que “[...] se estivesse diante de um caso similar ao anterior. Essa passagem contém um dado histórico elementar, pois, além de identificar a estirpe do precedente, relaciona o Statute of Westminster II a uma busca por coerência empreendida pelo rei Eduardo I”¹⁸.

A exigência de similitude entre um caso presente a ser julgado e um *writ* já decidido pela corte real, configurou uma inovação no sistema jurídico inglês. Essa necessidade de se comparar e confrontar casos com aqueles passados demonstra a essência de funcionamento do *common law*, um sistema baseado em decisões passadas.

No período compreendido entre os anos de 1485 e 1532, surge, na Inglaterra, um movimento de oposição ao *common law* denominado, então, de *equity*. Nesse novo movimento processual “[...] o chanceler decidia visando a *equidade*, sem levar em consideração as regras do processo e mesmo das origens do *common law*. A aplicação da equidade indica maior maleabilidade das normas para ajustarem-se aos casos concretos, realizando assim a justiça”¹⁹.

O modelo da *equity* traz uma nova possibilidade para modificar a direção de um caso, valendo-se de um recurso diretamente ao rei. “O rei era fonte de justiça e não permitia o mau funcionamento dela em seu reino. Era possível a aplicação da moral no lugar do direito estrito, uma vez que este último se mostrava exuberantemente formalista²⁰”. A utilização do sistema de soluções da *equity* conjuntamente com às regras do *common law* demonstra a dualidade do direito inglês, havendo a fusão desses dois modelos apenas no final do séc. XIX

¹⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*, p. 42.

¹⁹ MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. *Coleção Roteiros Jurídicos: História do Direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

com a reforma da organização judiciária inglesa e a integração das regras da *equity* ao *common law*.

A legislação, propriamente, não ocupava um lugar de destaque dentro do sistema jurídico inglês, tendo a utilização dos atos ou estatutos sido feita de maneira suplementar, em caráter excepcional em relação ao *common law*, preterida em favor da jurisprudência, fundada em costumes. Contudo, há de se atentar para o fato de não ser qualquer tipo de jurisprudência instituída com base em costumes aquela apta a servir como fonte do *common law*, em verdade, como bem expõem Viana e Nunes:

[...] inúmeros estudiosos do direito inglês sinalizam que os costumes somente atingiam patamar jurígeno a partir do seu reconhecimento pelos tribunais. Essa constatação põe em descrédito as tentativas de conceituar o common law de modo simplório, como um direito consuetudinário, pois carecia de chancela judicial. Antes daquela ratificação, eram meros costumes; uma vez reconhecidos pelos juízes, transformavam-se em direito. Nasce, assim, de modo muito evidente, a missão conferida aos juízes quanto à forjadura do direito²¹.

Desta forma, apercebe-se que o costume tem papel importante na formação do direito inglês, mas não se pode considerar todo e qualquer tipo de costume como fonte direta do *common law*, cabendo este papel apenas ao costume judicializado, ou seja, aquele que passa pelo reconhecimento de um tribunal. Essas jurisprudências baseadas em costumes criam um critério interpretativo fundado em decisões passadas, cimentando o sistema de decisões pretéritas no *common law*.

O sistema de decisões judiciais passadas teve grande importância dentro do *common law*, sendo este o ponto de partida para a interpretação de quaisquer novos casos apresentados às cortes. Porém, é preciso compreender que, apesar da grande importância do da jurisprudência dentro do sistema jurídico inglês, antes do séc. XIX esta não possuía rigidez ou vinculação quanto à necessidade de sua aplicação. Neste sentido aduzem Viana e Nunes:

Ao longo de todo o desenvolvimento do direito inglês, a decisão judicial apresentou grande importância, mas não havia rigidez quanto à vinculação ao passado. A doutrina do precedente, a partir da qual os casos presentes obrigatoriamente devem ser guiados por decisões anteriores, ainda estava por vir. Com base nesse histórico, é possível afirmar que o direito produzido pelos juízes não poderia ser encarado, verdadeiramente, como fonte do direito, já que, por séculos, no direito inglês, inexistia a vinculação obrigatória aos casos anteriores²².

A partir do final do séc. XIX, mais especificamente, em 1861: “a regra da aderência ao

²⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 47.

²¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*, p. 63.

²² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*, p. 69.

precedente foi estabelecida no caso Beamish v. Beamish e se fixou definitivamente em London Street Tramways v. London County Council”²³. Essa vinculação necessária dos casos presentes ao precedente, sem a possibilidade de afastá-lo ou modificá-lo perdurou no direito inglês até a década de 1960. Entre o fim do séc. XIX e a primeira metade do séc. XX, tal era a força vinculativa atribuída aos precedentes dentro do *common law* que até mesmo a Câmara dos Lordes estava obrigada à observar os precedentes no momento de julgar.

O conceito de “precedente” evoluiu da mesma forma que os costumes o fizeram dentro da sociedade inglesa, todavia, ainda nos dias de hoje não há um consenso sobre qual seria a definição de precedentes dentro do atual sistema do *common law*, não havendo unanimidade entre os teóricos quanto à sua definição exata.

Porém, conforme bem pontuam Viana e Nunes, citando Michele Taruffo “em tempos mais recentes, variadas são as tentativas de explicação do precedente judicial. De assentimento generalizado, embora não unânime, é a noção de precedente como “decisões que funcionam como modelos para decisões posteriores”²⁴.

Desta feita, os precedentes no atual sistema jurídico inglês seriam decisões passadas que servem como um modelo para a prolação de decisões atuais e futuras. Tais precedentes, para serem considerados como tais precisam ter seu núcleo formador composto por dois fatores a *ratio decidendi* - ou as razões e fundamentações para a decisão proferida; e analogia entre os casos - anterior e sucessivo²⁵.

Para além de seu núcleo formador indispensável, o precedente no atual sistema jurídico inglês gira em torno de dois momentos primordiais - o momento de sua formação e o momento de sua interpretação e aplicação ao caso concreto. Neste sentido bem pontuam Viana e Nunes:

De um lado, tem-se o estágio no qual é formado, ou, para dizer de outra forma, a declaração emanada pelo tribunal que, ao decidir o caso, cria uma razão determinante e hábil a ser seguida futuramente em casos semelhantes. Por outro lado, um segundo momento, não menos importante é verdade, diz respeito à inevitável interpretação ou de sua utilização, já que a técnica de uso do precedente não se encerra pelo julgamento do caso, mas exige um aprimorado uso de teorias e técnicas capazes de permitir a extração da razão determinante do caso para a devida

²³ CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

²⁴ TARUFFO, Michele. Aspetti del precedente giudiziale. In: RAMELLI, Alejandro et al. *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*. Medellín: Universidad de Medellín; Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015.

²⁵ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 107. E, ainda, QUEIROZ, Estefânia Maria de. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103. SILVA, Cristina Menezes da. *Ratio Decidendi: o elemento vinculante do precedente*. *Revista Forense*. vol. 431. ano 116. Jan-Jun 2020. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 332-351.

aplicação em casos que guardem certa correspondência²⁶.

É possível, então, constatar que no atual estágio do *common law* os precedentes são decisões passadas - formadas pela *ratio decidendi* e a analogia entre os casos - que servem de modelo para a solução de casos futuros. Para além de seu eixo formador, o funcionamento desse precedente dentro do sistema inglês acontece em dois níveis - ou fases - diferentes, sendo a primeira fase aquela no qual o precedente se forma; e a segunda fase aquela em que o precedente é interpretado e utilizado para o julgamento de um caso por meio da utilização de uma série de teorias e técnicas capazes de extrair do texto a *ratio decidendi*.

Dois são os pontos de destaque. O primeiro que no modelo anglo-saxão o precedente não “nasce” precedente, mas torna-se. Em segundo, não se fala mais em força vinculante dos precedentes, que apesar de ser parte do *common law* por muitos anos, hoje, constitui fato superado, mesmo que apenas na metade do séc. XX.

A força vinculante dos precedentes no direito inglês foi superada apenas em 1966, com a edição, pela Câmara dos Lordes do “*House of Lord's Practice Statement*” e, desde então “a *House of Lords* passou a admitir a superação (*overruling*) de seus próprios precedentes, prática que permanece na *United Kingdom Supreme Court* (que substituiu a *House of Lords* como tribunal superior na Inglaterra)”²⁷.

Assim, apercebe-se que a vinculação dos precedentes dentro do *common law* foi um processo decorrente dos costumes ingleses, bem como da própria evolução do sistema jurisdicional e sua forma de atuação. Conforme demonstra Nogueira:

A partir do momento em que o common law segue a linha do judge made law, se não houvesse a vinculação aos precedentes o sistema ruiria. Considerando que a regra de direito é feita em cada caso concreto, é absolutamente fundamental que haja uma vinculação aos precedentes. É não só uma fonte do direito, mas sim uma questão de sobrevivência para manter o sistema seguro e coeso²⁸.

De igual maneira, a possibilidade de afastamento da vinculação também resultou da evolução natural dos órgãos jurisdicionais britânicos, criando-se a oportunidade de rever os precedentes caso o julgador vislumbre equívoco no precedente invocado.

O famoso caso *Bonham* serve de exemplo paradigmático para compreensão da constante reavaliação do precedente diante da legislação estabelecida.

Na Inglaterra, durante o reinado de Henrique VIII, segundo monarca inglês da Casa de

²⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*, p. 110.

²⁷ ANDREWS, Neil. *Three Paths of Justice*. Londres: Springer, 2012, p. 108-109.

Tudor e responsável pela reforma inglesa, foi criado o Colégio de Médicos da Inglaterra²⁹, em 1518 e, anos depois, em 1540, 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.

Fazendo uso destes 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 inglês³⁰. 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 se notabilizou em decorrência da decisão proferida pelo Sir Edward Coke, reconhecido por muitos como origem da *judicial review*, ou seja, o controle de constitucionalidade³¹.

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.

²⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado brasileiro*. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2013, p. 39-40.

²⁹ Tradução livre. A instituição denomina-se *Royal College of Physicians*.

³⁰ 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.^a ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955, p. 37-48).

³¹ Por todos: NERY JR., Nelson. ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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 *equity*³², entretanto, se notabilizou 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”³³.

Estava-se num período compreendido entre o início do Século XVII (1603) até a instalação de Guilherme de Orange no poder (1689), que tornou exemplar o século revolucionário inglês para a progressiva efetivação política da liberdade individual e das garantias do sujeito humano enquanto titular de direitos³⁴.

O Direito ainda se compreendia em uma ciência formal e dedutiva a partir da relação entre conceitos, mas, na realidade revolucionária inglesa, começa 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”³⁵.

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, consideradas precedentes, 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.

³² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 51.

³³ PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: Do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Unb/Finatec, 2011, p. 67-68.

³⁴ MARÇAL, Antônio Cota. Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo? *Revista do Curso de Direito - PUC Minas Serro*, nº. 3, 2011, p. 76

³⁵ MARÇAL, Antônio Cota. Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo? p. 77.

1.1.2 Precedentes no Civil Law

O *civil law* tem suas raízes históricas no Direito Romano, um sistema jurídico que teve a lei escrita como sua base central. O sistema romano-germânico, de matriz romanista, abrange quase todos os sistemas jurídicos da Europa e do ocidente, dada a importância da influência do Direito Romano sobre a sua configuração e desenvolvimento, em especial a partir do séc. XIII. Tal é a influência histórica do *civil law* na formação do direito no ocidente que, “mesmo as duas outras grandes famílias europeias do direito, o *common law* inglês e os direitos dos países com tendências comunista, não escaparam inteiramente dessa influência”³⁶.

Apesar da óbvia origem romanista, o *civil law* em muito afastou-se de sua origem na Roma antiga, configurando uma verdadeira evolução dos institutos e regras do processo jurisdicional adotados às épocas de César ou Justiniano. Contudo, antes de chegar a essa chamada evolução do Direito Romano, a Europa passou por um período de mudanças jurídicas e processuais.

Com a invasão dos bárbaros à Roma e a consequente queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., a Europa passa por uma modificação em seu sistema jurídico. As leis escritas deixam de ser a principal fonte do Direito, os costumes orais dos povos bárbaros são assimilados rapidamente, as grandes cidades se enfraquecem e o povo retorna ao campo dando, posteriormente, origem aos feudos. Assim, nesse período “a lei escrita deixa de ser a principal fonte jurídica e os costumes ganham cada vez mais projeção. Esse retorno ao passado é tão grande que o direito escrito desaparece da Europa, ficando restrito ao direito canônico”³⁷.

Com os costumes orais ganhando força, a interiorização da população e a formação dos feudos o direito passa a ser aquilo que o senhor feudal determina que é. Os senhores feudais, grandes proprietários de terras, controlam o que é o direito e a sua forma de aplicação, dando preferência para a *vendetta*, a busca direta de reparação pelo dano sofrido. Assim, nesse período:

A Europa Ocidental divide-se numa multiplicidade de pequenos senhorios, na posse de nobres turbulentos, que nenhuma autoridade é capaz de dominar; nenhuma justiça pode reprimir os seus distúrbios, as suas razias. Entre eles a vendetta é a solução

³⁶ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 202.

³⁷ MACIEL, José Fábio Rodrigues; Aguiar, Renan. *Manual de História do Direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 171.

normal de conflitos; a sua força depende geralmente da dos membros de sua família, do seu clã e da dos seus vassalos³⁸.

Tem-se, desta forma, que o direito, no período feudal, resume-se à uma relação entre o senhor e sua vassalagem e, de igual maneira, entre os senhores e aqueles servos em seus domínios, configurando-se uma relação de completa dependência social e jurídica. Durante esse período de retorno da Europa ocidental ao direito oral, apenas a Igreja Católica detinha o poder sobre a lei escrita, sendo o Direito Canônico a única forma de direito escrito presente durante a maior parte da Idade Média.

Com a descentralização do poder presente na Idade Média, a Igreja Católica ganha força, assumindo aos poucos um importante papel nos cenários político e jurídico, principalmente por acreditar que possuía uma autoridade única - e cedida por Deus - para exercer o poder político e jurisdicional sobre toda a Europa. Nesse período a Igreja:

Herdeira da cultura romana,[...] por intermédio de seus religiosos, foi de grande importância aos reinos bárbaros que eram gradualmente formados, transmitindo, àqueles cujas relações com o clero eram amistosas, tecnologias jurídicas, políticas e agrícolas. Paralelamente ao aumento de sua importância e poder, a Igreja passa a desenvolver um direito canônico apto às intervenções na sociedade que proporcionasse sua contínua autoridade sobre os diversos assuntos da época³⁹.

Essa assunção de poder por parte da Igreja Católica e a sua intervenção em assuntos jurídicos e políticos da época fez surgirem novas fontes escritas para o direito, desta vez, baseadas nos decretos emitidos pelos concílios, os estatutos aprovados pelos sínodos e nos decretos pontifícias. No séc. XII, com a grande produção de textos normativos pela Igreja Católica, a organização e compilação desses textos em um único volume tornou-se imperiosa, surgindo, assim, o *Decretum Gratiani*, uma “compilação dos textos canônicos que reúne em torno de 4.000 textos de relevância para o direito, organizados e, alguns, brevemente comentados”⁴⁰.

Também no séc. XII há a redescoberta do *corpus iuris civilis*, compilação de leis romanas escritas feita por decreto de Justiniano no séc. VI. A partir dessa redescoberta, o estudo do direito passa a ser voltado quase que exclusivamente para o *corpus iuris civilis*, originando, assim, uma ciência do Direito diferente e afastada de todos os sistemas jurídicos em vigor naquele período.

Apesar de seu conteúdo eminentemente teórico, nos dizeres de Gilissen, o direito

³⁸ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 189.

³⁹ MACIEL, José Fábio Rodrigues; Aguiar, Renan. *Manual de História do Direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 163.

⁴⁰ MACIEL, José Fábio Rodrigues; Aguiar, Renan. *Manual de História do Direito*, p. 163.

erudito criado com base nos estudos do *corpus iuris civilis* tinha suas vantagens, tais como ser um direito escrito - ao contrário do direito consuetudinário e oral presente na maior parte da Europa; era comum a todos - sendo, inclusive, reconhecido como *ius commune*, o direito comum da Europa; era mais completo - compreendendo instituições que o direito feudal desconhecia ou já não conhecia; era mais evoluído - por ter sido elaborado com base em textos jurídicos e refletiam a vida de uma sociedade mais desenvolvida⁴¹.

Nos sécs. XII e XIII, temos uma transformação gradativa dos sistemas jurídicos na Europa que passa de um sistema de direito feudal para um sistema baseado na razão, considerado mais evoluído e equânime. Nesse período o direito sai de um sistema baseado em ditames “divinos”, dentre eles podemos citar os ordálios⁴² como meio de prova, para um sistema baseado na razão, utilizando-se de inquéritos, testemunhos, dentre outros, como meios de prova, por exemplo. Nesse mesmo período surgem diversas “escolas” de pensamento jurídico dentro das universidades europeias, todas voltadas para o estudo do direito.

Uma das principais escolas surgidas com o intuito de estudar o *corpus iuris civilis* foi a então denominada escola dos “Glosadores”, estudiosos que “davam explicações sobre cada parágrafo dos textos clássicos, mas sem se preocuparem em relacioná-los com outras partes da obra”⁴³. A escola dos glosadores foi imprescindível no fornecimento da base interpretativa do texto de Justiniano, garantindo que os juristas que vieram depois interpretassem o *corpus* mais livremente.

Sucedendo a escola dos glosadores surgiu a escola dos “Comentadores”, “estudiosos que passaram a interpretar o direito romano de forma mais livre, entendendo-o como um sistema”. Como membros dessa escola temos “os conselheiros dos príncipes, das comunas e dos particulares, cujos trabalhos auxiliaram na harmonização dos sistemas jurídicos que surgiram a partir dessa época na Europa continental, especialmente nos séculos XIV e XV”⁴⁴. Foram os comentadores os primeiros a utilizarem-se de uma interpretação filosófica do texto

⁴¹ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 203.

⁴² Também conhecidos como juízo de Deus, os ordálios constituíam a submissão do acusado de determinado crime à provação física, tais como segurar um ferro em brasa ou deixar que sobre a mão fosse jogada água fervente e aquele que tivesse as mãos queimadas seria culpado por revelação divina; havia também a prova da água que consistia em atirar o acusado em um rio caudaloso e, se a pessoa boiasse - como se a água a estivesse expulsando em virtude de sua culpa - ou se não conseguisse sair do rio, seria considerada culpada por juízo divino. Essas são apenas algumas das formas de ordálios, comumente utilizadas na Idade Média como meio de “prova”.

⁴³ MACIEL, José Fábio Rodrigues; Aguiar, Renan. *Manual de História do Direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 174.

⁴⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues; Aguiar, Renan. *Manual de História do Direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 175.

de Justiniano, associando direito e ética em busca da justiça.

A partir do séc. XVI a Europa ocidental passa por novas mudanças sociais e políticas que acabam culminando no movimento de formação dos estados nacionais. Com o surgimento dos estados nacionais, o monarca regente passa a precisar de um ordenamento que possa ser aplicado a todo o território, indistintamente, de maneira a garantir o exercício do poder de forma concentrada. Temos então que “entre os séculos XVI e XVIII o direito tornou-se cada vez mais escrito, sendo tal fato resultado direto do fortalecimento dos Estados, que passaram a dar redação oficial para a maior parte das regras costumeiras”⁴⁵.

Outro grande responsável pelas modificações no *civil law* foram as grandes revoluções que aconteceram na Europa, sendo a Revolução Francesa - ocorrida no fim do séc. XVIII - a que exerceu a maior influência na modificação dos “moldes” do *civil law*. Ao contrário do que pretendiam os revolucionários, a revolução francesa não conseguiu trazer ao país a estabilidade tão almejada e acabou por criar

[...]as condições ideais para o surgimento de um novo líder, que tivesse pelo menos a imagem de que poderia ser o “salvador da pátria” e finalmente proporcionar aos franceses alguma segurança. Nesse contexto surge Napoleão Bonaparte, que após o golpe do 18 Brumário, assumiu o comando da nação e logo impôs a sua vontade: elaborar um Código Civil, o que efetivamente ocorreu em 1804⁴⁶.

Um dos objetivos da revolução francesa era romper por completo com o antigo sistema político, jurídico e social e o Código Civil de Napoleão é um dos - senão o maior - símbolo dessa completa ruptura. As leis vigentes na França antes da revolução eram de origem estrangeira e não de origem francesa e acabavam por representar um regime que não mais se adequava à sociedade francesa. O Código de Napoleão, além de romper com esse sistema de leis estrangeiro acaba por influenciar todo o modelo de codificação na Europa, mostrando-se extremamente útil para o momento que a França vivia. Desta forma tem-se que

[...] o Código Civil de Napoleão, de 1804, além de romper definitivamente com o direito do Ancien Régime, funciona como um guia completo, coerente e claro dirigido ao cidadão em linguagem acessível para que pudesse permitir às próprias pessoas, independentemente da interpretação dos juristas e dos juízes, a conhecer por conta própria seus direitos e obrigações⁴⁷.

O Código de Napoleão foi criado para ser completo e sem falhas - o que garantiria a supremacia da separação dos poderes, impedindo que o juiz, diante de um caso concreto,

⁴⁵ MACIEL, José Fábio Rodrigues; Aguiar, Renan. *Manual de História do Direito*, p. 227.

⁴⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado brasileiro*. 2 ed. Salvador: JusPodium, 2013, p.45.

⁴⁷ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado brasileiro*, p. 45-46.

dessa nova interpretação ao texto legal, “criando um novo direito” - coerente e claro. Tal foi a importância e a influência do Código Civil Napoleônico para o *civil law* que a sua entrada em vigor deu início a uma primeira onda de codificações e, a partir dele, várias outras codificações são criadas.

A influência do Código de Napoleão na criação de novas codificações em outros países pertencentes ao *civil law* perdura até os dias atuais e demonstra perfeitamente a diferença existente entre os sistemas do *common law* e *civil law* assim como “a diferença de valor que a jurisprudência tem em cada uma dessas duas famílias”⁴⁸.

Dentro do sistema do *civil law*, os precedentes assumem um conceito e função em muito diferentes daquele exercido no *common law*. O precedente, nesta família jurídica, não exerce uma função vinculativa, sendo utilizado como um norte interpretativo, isto é, são decisões passadas - emanadas de qualquer corte, seja de instância igual ou superior - que se mostram relevantes para o caso presente a ser decidido, não sendo vinculante. Tal conceito de precedente dentro do *civil law* é confirmado ao se analisar o que dizem os direitos alemão, francês e italiano sobre a temática, vez que é “notória [a] influência que o Direito Alemão, o Francês e o Italiano exercem sobre toda a tradição jurídica de *civil law* e, especialmente, sobre o Direito Brasileiro”⁴⁹.

Observando-se o direito alemão, percebe-se que dentro de seu sistema jurídico o precedente é concebido como sendo “qualquer decisão prévia possivelmente relevante para um caso presente a ser decidido”, sendo certo que tal noção “pressupõe algum tipo de vinculatividade”⁵⁰. Um precedente, na Alemanha, é importante não por ser um precedente, mas pela interpretação de uma lei usada para elucidar determinado caso passado.

Já no Direito francês o termo precedente jamais estará ligado à noção de decisão vinculante. Isso acontece porque a França adota um sistema jurídico “conhecido como jurisprudence constante, ‘um juiz não está vinculado por uma única decisão de um único processo prévio’”⁵¹. Isso significa dizer que, na França, a decisão judicial vincula apenas as partes envolvidas no processo que lhe deu origem. No Direito francês, assim como no Direito Alemão, o precedente é definido como decisão anterior proferida em caso similar, tendo seu sentido subdividido em duas vertentes:

⁴⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado brasileiro*, p. 46

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas. 2017, p. 29.

⁵⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas. 2017. p. 29.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 37.

Um “sentido forte”, para se referir à decisão de uma corte superior usada como um argumento de autoridade que, embora não vinculante, deve ser seguida pela corte inferior, a qual não tem obrigação de fazê-lo, mas quase sempre o faz por razões práticas; e um “sentido fraco”, para significar uma decisão em um caso similar, de qualquer corte, ainda que inferior, que pode servir positiva ou negativamente como modelo, de modo a permitir a incidência do princípio da igualdade perante a lei (principle of equality before the law)⁵².

Verifica-se, então, que na França, os precedentes não têm força vinculante e os juízes, ao decidirem sobre um caso, não devem basear o *decisum* em um precedente, pois a única verdadeira fonte do Direito francês é a lei, cabendo ao precedente um caráter meramente persuasivo, isto é, fornecem argumentos para alicerçar a nova decisão.

Por fim, tem-se que o Direito Italiano faz uso do termo precedente, principalmente, de maneira muito mais ampla, definindo-o como “qualquer decisão prévia possivelmente relevante para um caso a ser decidido⁵³”. Para além dessa definição principal, o Direito italiano traz ainda outros dois sentidos para o termo precedente:

[...] um sentido mais estrito, em que precedente é qualquer decisão prévia tratando do mesmo tema jurídico. Por fim, há um sentido mais apropriado da palavra, embora de uso muitas vezes vago e incerto, em que se usa o termo “precedente” para designar uma decisão que é tida como de alguma maneira significativa ou que possivelmente influenciará a decisão de um caso posterior⁵⁴.

Desta forma, tem-se que, na Itália o precedente não é instrumento vinculante, não tendo o condão de substituir a utilização de leis, códigos ou da própria Constituição, servindo como forma de argumentação e justificação das legislações utilizadas e das decisões tomadas.

Tomando-se como referência os conceitos de precedentes apresentados, é possível, então, definir precedente como qualquer decisão judicial - seja de instância superior ou de instância inferior - que trate de assunto semelhante ao caso em julgamento e que sirva como base argumentativa e justificadora para o uso da legislação aplicável ao litígio em questão.

Portanto, tendo-se em conta o conceito de precedentes e a importância da lei dentro do sistema do *civil law*, para que se fosse possível integrar o precedente judicial nos sistemas legais daqueles países pertencentes a tal família jurídica necessário se fez:

A formulação da teoria geral dos precedentes, de caráter analítico, tornou-se, portanto, uma etapa necessária à integração do precedente judicial na dogmática jurídica dos países da Tradição civil law. O *Systemdenk* romano-germânico demandou o posicionamento do precedente na velha teoria das fontes e seu enquadramento como espécie de fato jurídico, para que lhe fossem atribuídas

⁵² GRZEGORCZYK, Christophe – Precedent in France (em cooperação com Michel Troper), in Neil MacCormick e Robert S. Summers (edit.), *Interpreting Precedents*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

⁵³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas, 2017, p. 44.

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*, p. 44.

diferentes possibilidades eficaciais⁵⁵.

Com isto, é possível perceber que o modelo de *civil law*, ainda quando permite a utilização de precedente com força vinculante, exige a previsão de tal eficácia no ordenamento jurídico, não havendo uma tradição jurídica formada a partir da prática reiterada pelos órgãos jurisdicionais de respeito aos precedentes, como ocorre no *common law*.

Mais do que isto. Os precedentes no *civil law* devem se sujeitar a um constante e ininterrupto *accountability* diante dos direitos e garantias fundamentais, como já reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão.

O reconhecimento desta exigência de submissão de atos do poder à Constituição sobrevém posteriormente do famoso caso, ocorrido séculos mais tarde, na Alemanha. Em 15 de janeiro de 1958, o Tribunal Constitucional alemão julga o caso Lüth-Urteil⁵⁶, originando a decisão considerada por muitos como a mais importante da Corte alemã.

Em litígio envolvendo liberdade de expressão, dois proeminentes atores sociais da Alemanha, pós segunda-guerra, Erich Lüth e Veit Harlan.

Erich Lüth era conhecido crítico de cinema e diretor do Clube de Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo inicia campanha junto aos membros do cinema, distribuidores de filmes cinematográficos e ao público em geral para boicotar o final lançado na época por Veit Harlan. Harlan ganhou notoriedade na época do nazismo e sua participação nos incitamentos de violência praticadas contra o povo judeu no cinema, principalmente por meio de seu filme “Jud Süß”, de 1941⁵⁷.

Harlan e seus parceiros comerciais ajuizaram ação contra Lüth, julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, que impõe à Lüth obrigação de deixar de fazer, sob pena de multa, a partir de norma contida no §826 do Código Civil alemão (BGB). Lüth recorre, então, ao Tribunal Constitucional, recém-criado com o objetivo de garantia aos direitos fundamentais⁵⁸.

Em julgamento histórico, o Tribunal Constitucional alemão, pela primeira vez, lança as bases dogmáticas sobre os direitos fundamentais, reconhecidos como direitos públicos

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*. Ano 1. Vol 2. Jul/Dez. 2015, p. 5.

⁵⁶ Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 198-230) vom 15. Januar 1958.

⁵⁷ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad.: Beatriz Hennig et. al. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 381.

⁵⁸ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 381-382.

subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem objetiva⁵⁹.

Ao reconhecer a normatividade da Constituição e dos direitos fundamentais em geral, 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, o Tribunal Constitucional alemão acabou por reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

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; dentro desta 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.

1.2 O Sistema Brasileiro de Precedentes: Uma Convergência de Sistemas?

Especificamente no Brasil, volta-se à discussão sobre a integração dos precedentes ao ordenamento jurídico pátrio e a tentativa de elaboração de uma teoria dos precedentes apenas nos últimos vinte anos, em especial após as reformas pelas quais passaram a Constituição da República, o Código de Processo Civil - mais especificamente, com a promulgação da Lei

⁵⁹ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, p. 382.

13.105 - e mais recentemente, a reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT. A partir de então, muitos foram os trabalhos publicados defendendo a inserção dos precedentes na Teoria do Direito - seja a teoria geral, seja a teoria processual - como bem estabelecem Didier Jr. e Souza:

As pesquisas sobre o papel dos precedentes judiciais se multiplicaram após as reformas por que passaram a Constituição Federal, o Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho brasileiros, para dotar de alguns efeitos processuais os precedentes, a jurisprudência dos tribunais e os enunciados das suas súmulas, bem como após o surgimento da súmula vinculante. Adicionalmente, a discussão pela doutrina de transformações em curso na jurisdição constitucional brasileira, a exemplo da teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade, a mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal e a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento contribuíram para o aprofundamento do estudo do precedente judicial⁶⁰.

Como resultado da publicação desses inúmeros trabalhos, examinando a dogmática por trás das reformas legislativas ocorridas nestes primeiros anos do Séc. XXI, teorias foram formuladas dando eficácia aos precedentes e servindo como base fundante da atual doutrina brasileira do precedente judicial. Desta feita, apesar de o Brasil pertencer, desde o começo de sua história jurídica, à família do *civil law*, “é possível afirmar que o precedente judicial está no centro dos debates do Direito processual no Brasil”⁶¹.

É recorrente a defesa na doutrina de que estaria havendo um sistema híbrido entre *common law* e *civil law*, decorrente da convergência entre estes sistemas, em especial diante da incorporação dos precedentes no *civil law*. Em outras palavras, estaríamos diante de uma aproximação entre sistema jurídico romano-germânico e anglo-americano – *commom law* e *civil law* -, tendência reafirmada pela doutrina nacional e estrangeira⁶², ainda que sob outras denominações, como hibridismo processual, mixagem ou circulação de modelos⁶³.

Com a utilização cada vez mais comum de decisões judiciais anteriores sobre a mesma matéria - e em alguns casos, exigência por parte do magistrado de apresentação de decisões em sentido semelhante ao direito pleiteado - surgiu no Brasil a teoria de que o *civil law*

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, ano 1, vol 2, jul.-dez. 2015, p. 5-6.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro, p. 6.

⁶² TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. A. 48, n° 2, p. 411-430, Milano: Giuffrè, 2007, p. 411-430. Ver, ainda: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente à Súmula Vinculante*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

⁶³ TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: aspetti fondamentali. Sui confine: scritti sull'agiustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

brasileiro estaria se aproximando dos preceitos do common law inglês, criando assim um “common law à brasileira”⁶⁴.

A defesa dessa ideia de aproximação entre essas duas famílias jurídicas é sustentada pelo argumento de que “se a divisão estanque entre o *common law* e o *civil law* foi perceptível em algum momento do passado, atualmente não o é mais. Essas duas famílias passam a trocar soluções jurídicas”⁶⁵.

Temos aqui, a ideia de que a convergência entre os sistemas do *civil law* e *common law* dar-se-ia pela natural aproximação entre os países e, por consequência, a constante troca de experiências e influências advindas do processo de globalização. A integração global entre os estados e a constante troca de influências e experiências, inclusive no campo do Direito, geraria um movimento de “globalização jurídica” e, portanto:

[...] o movimento de convergência entre as tradições jurídicas tem se intensificado devido ao fenômeno da globalização, que promove a circulação de soluções e propostas entre as famílias romano-germânica e de tradição common law. Nota-se que a troca de informações entre os sistemas existentes é evidente e mútua, além de consistir em uma tendência inevitável, afinal ambos afluem para a mesma finalidade, que é gerar previsibilidade e respeitar a isonomia⁶⁶.

Contudo, apesar do grande esforço para caracterizar uma mutação dos sistemas jurídicos, em razão da utilização de precedentes com força vinculante, a partir de uma “globalização judicial” ocorrida nos últimos vinte anos, um olhar mais atento parece não caminhar neste sentido.

Sobressalta a crítica de que “qualquer tentativa de configurar nosso sistema processual como se estivesse caminhando rumo ao *common law* [...] deconsidere as matizes históricas, metodológicas e filosóficas de nosso sistema processual”⁶⁷.

Os modelos do *common law* e do *civil law* não são e nunca foram estanques, pelo contrário, nos séculos XVI a XVIII, com os Estados Nacionais Modernos, o direito consuetudinário era tomado como sistema jurídico aberto com ligações com o codificado, sustentando por uma visão cosmopolita de juízos universais.

⁶⁴ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 655.

⁶⁵ PEIXOTO, Ravi. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 3 ed. Salvador: Jus Podium. 2018, p. 134

⁶⁶ GALIO, Morgana Henicka. Vinculação aos precedentes: crítica e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do judiciário. In: ICOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. (Coord.) *Processo e Jurisdição I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 268.

⁶⁷ SILVA, Diogo Bacha. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Transcendentalização dos Precedentes no novo CPC: Equívocos acerca do efeito vinculante. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 36, jul./dez.2016, p. 102.

Enquanto a ideia de tradição é um artificialmente estabelecida no *common law* para estabelecer e consolidar um método que dê unidade ao sistema, no *civil law*, a partir de Savigny, também será utilizada artificialmente para legitimar a construção da dogmática jurídica⁶⁸. É dizer:

No universo do *civil law*, veremos que não estamos diante de algo tão distinto assim. Reservando as particularidades da experiência histórica, veremos que para o *civil law* mostrou-se imprescindível a construção, por Savigny, de uma dogmática jurídica (com natureza pseudocientífica) que serve ao trabalho de atualização do direito romano e também ao de criação e de manutenção de uma tradição artificial. Essa Ciência do Direito, construída pelos Pandectistas, produz uma dogmática; e, assim, a história do direito, que com Savigny cumpre esse papel, surge a partir de uma tensão: de um lado, o dogma; de outro, a história.

[...]

Para o *common law*, os precedentes são instrumentos para mediar e controlar a legitimidade das decisões presentes – que devem se adequar a uma dada tradição (ainda que inventada). Dessa forma, eles fazem presente o passado a partir de uma reprodução institucional⁶⁹.

Como assinala Thomas Bustamante, ao descrever a evolução do *stare decisis* inglês, Estados que adotavam o modelo codificado observavam e respeitavam os precedentes formados, alcançando inclusive situações de verdadeiro engessamento dos entendimentos firmados⁷⁰.

Apesar da cisão entre *common law* e *civil law* ter recebido contornos mais acentuados com o positivismo jurídico, sempre houve uma confluência de modelos, seja de ordem pragmática, existindo no direito consuetudinário códigos ou estatutos e no direito codificado influência da jurisprudência, seja de ordem teórica, como o positivismo de Kelsen que se aproxima do realismo jurídico norte-americano e inglês⁷¹.

O Direito português, dos séculos XVII e XVIII, debatia sobre os julgados da Casa de Suplicação e sua vinculatividade ou mera persuasão⁷², debate que prosseguiu na época de

⁶⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 19, n. 119, out.2017/jan.2018, p. 654.

⁶⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 19, n. 119, out.2017/jan.2018, p. 652.

⁷⁰ Como aponta Thomas Bustamente, ao citar Gero Dolezalek, “nos anos de 1746 e 1777, respectivamente, os dois Estados alemães de Hessen-Kassel e Hassen-Darmstadt conduziram esse princípio [do *stare decisis*] ao extremo. Eles estabeleceram por lei que os seus tribunais de apelação não detinham mais autoridade para modificar os seus próprios precedentes. Em Hassen, desde aquele momento, somente o legislador poderia decidir abandonar um precedente considerado não mais aceitável” (DOLEZALEK, Gero. *I Precedente giudiziale nello ius commune*, 1998, p. 79. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 79).

⁷¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 93-95.

⁷² DIDIER JR., Fredie. SOUZA, Marcus Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, RT, ano 1, jul./dez. 2015.

Império e posteriormente na República⁷³.

A afirmação que são os sistemas jurídicos estanques e completamente segregados nasce de uma simplificação alegórica⁷⁴, um verdadeiro sendo comum teórico que reduz a complexidade dos sistemas jurídicos em modelos didáticos e bem definidos, estabelecendo barreiras que jamais existiram, é imprecisa.

Na verdade, a busca pelas respostas, sob viés histórico-sociológico, foi fator essencial no desenvolvimento dos sistemas, de forma que, apesar de cada um com sua lógica, tiveram diálogo, viabilizado por esta equivalência funcional⁷⁵.

Portanto, o argumento de que estaria ocorrendo uma aproximação entre os sistemas toma como pressuposto que estes seriam estanques, herméticos e fechados, de forma que somente nesta quadra da história começa uma abertura; teria a membrana de segregação do sistema tornando-se permeável para permitir uma convergência entre eles, o que não é exatamente preciso. Somente é possível aproximar algo que está inegavelmente separado.

A premissa adotada, ao que parece, está equivocada. Não há uma aproximação porque jamais houve um afastamento. Não há um hibridismo, porque sempre houve uma confluência. Não existe uma mixagem, porque nunca houve a segregação pressuposta entre os sistemas.

No Brasil não é diferente. Sempre se debateu sobre o papel dos precedentes no direito codificado brasileiro, em especial, na tentativa de respeito às decisões pretéritas dos Tribunais, apesar de o tema ter evoluído muito pouco ou quase nada ao longo de quase todo este período, ganhando maior relevância e força somente a partir da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, e tomando lugar de destaque apenas com os debates e aprovação da Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

Explicam Didier Jr. e Souza que:

Aos precedentes era reconhecido, portanto, um efeito apenas persuasivo. A vinculatividade dos precedentes judiciais não foi reconhecida pela doutrina nem mesmo nos precedentes do Supremo Tribunal Federal em exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis, forjado na Constituição Federal de 1891 com inspiração no judicial review estadunidense.

Para compensar a ausência de *stare decisis* nas decisões de controle de constitucionalidade difuso no Direito brasileiro, adotou-se, posteriormente, o procedimento de atribuir ao Senado Federal o poder de suspender a execução, no

⁷⁴ Pedron e Ommati já denunciavam essa simplificação na visão dos sistemas, mais precisamente afirmando que “se popularizou no senso (in)comum dos juristas brasileiros uma visão distorcida do que seja o *common law*, [...] produto de uma *caricatura didática*” (PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 19, n. 119, out.2017/jan.2018, p. 648).

⁷⁵ PEDRON, Flávio Quinaud. OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 19, n. 119, out.2017/jan.2018, p. 653.

todo ou em parte, de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁶, em controle incidental.

Que ao Poder Legislativo tenha sido dada esta competência é evidência de que o sistema jurídico brasileiro hesitou, mais de uma vez, em conferir ao Poder Judiciário a competência para proferir precedentes vinculantes, ainda que apenas em controle difuso de constitucionalidade⁷⁶.

Ainda que não seja possível estabelecer verdadeiro respeito aos precedentes (*stare decisis*), parece notória a preocupação com a observância aos julgados dos Tribunais em suas missões constitucionais, ainda que apenas de caráter persuasivo.

Ainda no sentido de ausência de afastamento entre os sistemas, inclusive no Brasil, tem-se a Constituição Federal de 1891, que “fez referência expressa à aplicação da jurisprudência dos tribunais ao contemplar uma interessante regra, não repetida nas Constituições supervenientes, que determinava a consulta pelos tribunais federais à jurisprudência dos Estados, na hipótese de aplicação de leis estaduais, e a consulta pelos tribunais estaduais à jurisprudência federal, quando tivessem de interpretar leis da União”, reconhecendo-se inclusive “a prevalência da jurisprudência federal sobre as jurisprudências dos estados federados, dado o caráter de órgão de cúpula do Supremo Tribunal Federal”⁷⁷.

Se considerar-se a já criticada estanquidez sistêmica, a aproximação entre *civil law* e *common law* em terras brasileiras teria ocorrido a primeira vez em 1891, ao estabelecer a Constituição um respeito à jurisprudência, mas, na verdade, isto apenas reforça os argumentos já apresentados no sentido de que não há essa imunização entre os sistemas de *common law* e *civil law*.

Em 1933, pelo Decreto 23.055, o respeito à jurisprudência do Superior Tribunal Federal volta a ser objeto de regulamentação, ao se estabelecer que “as justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal”. Em 1936, o art. 2º da Lei 319 disciplina os prejulgados das Côrtes de Apelação, que também, enquanto o Código de Processo Civil de 1939 estabelecia fora de padronização interpretativa⁷⁸.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. SOUZA, Marcus Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, RT, ano 1, jul./dez. 2015.

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. SOUZA, Marcus Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito brasileiro. A Constituição Federal de 1891 assim dispunha: “Art 60 - Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...) § 2º Nos casos em que houver de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e, vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos tribunaes federaes, quando houverem de interpretar leis da União”.

⁷⁸ CPC/1939, art. 861. “A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas”.

Em 1963, Victor Nunes Leal, influenciado pelos assentos portugueses, idealiza a súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal⁷⁹, enquanto a Constituição de 1967, após a Emenda Constitucional 7 de abril de 1977, passou a admitir a representação para interpretação de lei ou ato normativo⁸⁰. O incidente de uniformização de jurisprudência são regulamentados no CPC/1973, nos artigos 476 a 479, disciplinando, este último, que o julgamento tomado pela maioria absoluta dos votos “constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”⁸¹.

Estes fatos, apesar de não tratem e não estabelecerem especificamente um sistema de precedentes, não deixam dúvidas de que, inclusive em *terrae brasiliis*, apesar da adoção do *civil law*, a tentativa de implementar observância ou respeito a determinados julgados sempre esteve presente, em menor ou maior medida, reforçando o argumento sobre a inexistência de sistemas completamente afastados e incomunicáveis.

Não se nega que maior força no respeito a julgados ou um esboço de precedente somente veio a ocorrer a partir da Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, tomando lugar de destaque com os debates e aprovação da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil vigente, mas, o que se evidencia, tais movimentos não decorreram de uma mixagem, circulação de modelos jurídicos, bijuraismo ou convergência entre sistemas e sim de característica própria do *civil law*.

Aliás, reforça a conclusão o preciso apontamento da Alexandre Freitas Câmara de que, no Brasil, adota-se tanto o *civil law* que o sistema de precedentes no Brasil decorre única e exclusivamente da Lei. Foram necessárias modificações e inovações legislativas para que fosse estabelecido uma espécie de *stare decisis*, o que seria inimaginável no sistema do *common law*. Sem a Lei, nenhum juiz, Tribunal ou jurisdicionado estaria obrigado a observar precedentes e, se há exigência de lei escrita, evidenciado está o sistema em que se insere o Brasil⁸².

Nunca foi necessário nos países de *common law* estabelecer legislativamente regra

⁷⁹ CARVALHO, Flávio Pereira de. O Histórico do Processo Legislativo de Criação da Súmula Vinculante no Brasil. *Revista Senatus*, Brasília, v.7, n.1, p.32-39, jul. 2009.

⁸⁰ DIDIER JR., Freddie. SOUZA, Marcus Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, RT, ano 1, jul./dez. 2015.

⁸¹ CPC/1973, art. 479. “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

⁸² CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

explícita determinando aos juízes observarem os precedentes, o que acaba inclusive por gerar dificuldades na literatura especializada em precisar quando as cortes inglesas realmente sentiram-se constrangida a observá-los.

Ao mesmo tempo, caminha-se em sentido contrário ao defendido por Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza, de que existiria no Brasil um sistema atípico, diverso do *civil law* e *common law*, estabelecido por co-influência do Direito português e norte-americano⁸³. Essa concepção não apenas vai além de compreender que os sistemas de *common law* e *civil law* são estanques, como acaba por pregar uma impossibilidade de aproximação entre estes, de tal forma que faria emergir um novo sistema, distante dos outros, que só é encontrado no Brasil.

O não reconhecimento dessa confluência permanente entre os sistemas e suas evidentes distinções permitiu que institutos fossem importados sem maiores preocupações quando se fala em precedentes.

À título de exemplo, as teorias do precedente até então propostas parte da noção de precedentes estabelecida no sistema anglo-saxão, sem se preocupar com os contornos e características emprestados pelo ordenamento jurídico e seus reflexos. O que influenciará diretamente na sua compreensão e forma de aplicação.

Não se está aqui, de forma alguma, defendendo o fechamento hermético do ordenamento jurídico pátrio e suas teorias, não é uma defesa da pureza do Direito brasileiro. Reconhece-se que os conceitos lógico-jurídicos ou jurídicos fundamentais são marcados pela universalidade; são conceitos *a priori* e que independem das características de determinado sistema jurídico para serem compreendidos. Entretanto, não podem ser simplesmente transportados e convertidos em conceitos jurídico-positivos. A conversão destes institutos em conceitos positivos demandam a observância das especificidades do sistema jurídico em que está sendo inserido⁸⁴.

Em razão disto, parece mais apropriado se falar em convergência de perspectivas teóricas, como defendido por Thomas Bustamante⁸⁵, reconhecendo que, desde o desenvolvimento dos sistemas há “semelhanças entre o método judicial e o emprego de

⁸³ DIDIER JR., Fredie. SOUZA, Marcus Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, RT, ano 1, jul./dez. 2015.

⁸⁴ Neste sentido, ver: DIDIER JR., Fredie. SOUZA, Marcus Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, RT, ano 1, jul./dez. 2015. TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, 18^a ed., México: Porúa. 2005, p. 81 e ss.; VILANOVA, Lourival. O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado. In *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, T. I. Brasília: Axis Mundi/IBET, 2003, p. 89-93; DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 42-53; BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015.

⁸⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 3-114.

precedentes no *common law* e no direito romano do período clássico”, de forma que “a criatividade judicial nos dois sistemas difere muito pouco”⁸⁶, não em razão de um hibridismo ou de uma mixagem, mas porque são características sistêmicas que sempre estiveram presentes.

Cada um dos sistemas possui “mecanismos intraprocessuais e extraprocessuais diferentes”⁸⁷, que devem ser considerados na conversão dos conceitos jurídicos fundamentais em conceitos jurídico-positivos, de forma que a açodada importação, sem maiores reflexões, pode acabar provocando um “estado de coisas inconstitucionais”⁸⁸.

Identifica-se na equivocada conversão do conceito fundamental do *stare decisis* a partir do *common law* para conceito jurídico-positivo do Direito brasileiro, sem refletir sob a luz espraiada pelo ordenamento jurídico vigente, alguns dos graves problemas e incompreensões da matéria, seu respeito e observância, assim como na própria superação. Em razão disto, toma-se como ponto de partida a tentativa de traçar noções do que sejam precedentes.

⁸⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*, p. 2.

⁸⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial*, p. 2.

⁸⁸ Instituto inédito surgido a partir de julgamento pela Corte Constitucional da Colômbia ao reconhecer a repetição em massa de violações aos direitos fundamentais.

2 DE JULGADOS A PRECEDENTES VINCULANTES: (Re)construindo o conceito de precedentes

Tomada a linguagem, “que está a edificar conceitos para a humanidade”⁸⁹, como arquétipo das relações sociais e do próprio Direito, encontra-se mais que limitações da linguagem-objeto impostas pela realidade cultural⁹⁰, pois tem a carga de *experiência* (realidade cultural) trazida pelos signos e significantes⁹¹ da linguagem, a serem revelados a partir de um comprometimento sério em um jogo de dar e fornecer razões, com reflexo direto no próprio *precedente*.

Heidegger, superando uma visão metodológico-normativa de Schleiermacher e de Dilthey que buscavam pelo “correto” sentido textual, se desvincula do método para alcançar o homem (*Dasein*) imerso em um mundo constituído pela linguagem, previamente conformado por estruturas que permitem a compreensão⁹².

Por essa razão, o discurso sempre é acompanhado e precedido por uma antecipação de sentido (*pré-compreensão*), como alerta Lenio Streck, que advém do mundo prático, de um desde-já-sempre, e que se funda no encontro hermenêutico⁹³.

Hans-Georg Gadamer apontou a importância e problematização da consciência histórica, capaz de caracterizar o homem contemporâneo e que se manifesta a todo instante sobre sua atividade intelectual⁹⁴, e, ao trabalhar os preconceitos como condição da compreensão, interpretação e aplicação, apresenta a realidade histórica como formadora da razão, construção cultural de cada época⁹⁵.

Como apontam Bernardo Fernandes e Flávio Pedron, Gadamer enfatiza a necessidade de se levar em consideração a historicidade do ser, pois cada pessoa tem diante de si um horizonte que atua não como elemento limitador, mas como “condição de possibilidade” de

⁸⁹ LEAL, Rosemíro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 106.

⁹⁰ ALMEIDA, Andréa Alves de. Espaço Jurídico Processual na Discursividade Metalinguística. Curitiba: CRV, 2012, p. 21

⁹¹ Utiliza-se o termo *signo* como entidade psíquica combinativa de conceito (significando) e imagem acústica (significante). (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. São Paulo: Cultrix, 2006).

⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107.

⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 226-227.

nossa compreensão⁹⁶.

Propõe-se, então, a interação entre o horizonte interpretativo do sujeito e o horizonte de onde provém o objeto interpretado por meio do círculo hermenêutico, “momento estrutural ontológico da compreensão”⁹⁷ que, nas palavras de Rodolfo Viana Pereira, é um conceito que adota como ponto de partida um enlace dialético originário da relação entre consciência histórica do intérprete – formada pelo conjunto difuso e atemático de preconceitos trazidos pela tradição – e a abertura interpretativa permitida pelo objeto a partir de seu mundo particular, conformando a compreensão.

Desta forma, o círculo hermenêutico ocorre no instante em que “o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete”⁹⁸.

Este intercâmbio (enlace dialético) entre a consciência histórica do intérprete e o texto é chamado por Gadamer de *dialética da pergunta e resposta*, despontando que o conhecer somente é possível através de interrogar-se ou perquirir-se sobre o sentido da coisa, reconhecendo-se que, por mais que saiba sobre um objeto determinado, não se sabe tudo⁹⁹.

Lenio Streck conclui que o existir do sujeito é um existir histórico e o objeto não é construído pela razão, o que torna impossível ao intérprete retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo, pois não há cisão entre sujeito (intérprete) e objeto (texto), e sim uma fusão de horizontes, onde o intérprete não retira do sentido do texto, ao contrário, ele lhe atribui sentido. A tradição estabelece-se, então, como pré-juízo que orienta a interpretação, não estando disponíveis – “não dependem de sua vontade” – ao intérprete¹⁰⁰.

Em virtude disso que, “temos de abrir cansativamente o caminho de regresso a essa tradição”¹⁰¹, exigindo no estudo dos *precedentes* mais que o retorno às origens da função jurisdicional ou do *common law*, mas a tentativa de escancarar os sentidos implícitos na teoria precedentalista e identificar a tradição histórica que influencia os sujeitos processuais na

⁹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 192.

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3^a Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 389.

⁹⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 34-35.

⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3^a Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 474-483.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a Cegueira Positivista. Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: nº. 57, p. 142-144, 2008.

¹⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3^a Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 67.

compreensão do instituto, pois em “tempos de nova legislação processual (o Código de Processo Civil) devemos olhar para o passado, de modo a aprender com o mesmo e evitar percalços que tendemos a (re)produzir”¹⁰².

A ciência processual deve observar os significados na comunicação através da linguagem, em um maior tecnicismo essencial para evolução da ciência. Cada ciência exprime-se numa linguagem própria, sendo necessário para entendimento desta ciência a aquisição de seu vocabulário.

A interpretação fica condicionada ao contexto histórico, ao repertório, a literalidade do texto em sentido estrito, e aos horizontes da cultura – esta é fundamental, pois determina os limites do conteúdo semântico da palavra¹⁰³.

Esse jogo de pedir e dar razões é essencial para construir um conceito coerente discursivamente para tomar um instituto jurídico dotado em seu significado e conceito próprios, pois os nomes não podem ter maior significado do que as próprias coisas denominadas, sob pena de verdadeira miscelânea de significados e derrocada da ciência por ausência de técnica.

É dizer: o “praxismo infecto-contagioso do foro, muito mais forte, em razão do despreparo técnico dos práticos (ou operadores) do direito”¹⁰⁴ deve ser evitado, para o correto entendimento da proposta apresentada.

A palavra precedente encontra-se mergulhada em um mar de significados, como se possível fosse, tecnicamente, atribuir múltiplos significados ao mesmo significante, correndo o risco de científicamente, um termo que tudo pode significar, nada designar.

Um primeiro ponto necessário é a tentativa de fixação da terminologia adequada a ser utilizada ao tratar os precedentes, especialmente distinguindo-os de julgado e jurisprudência, questão essencial de caráter qualitativo e quantitativo.

O julgado refere-se a uma decisão específica e individualizada, sem que, necessariamente, receba autoridade de precedente, podendo se referir a qualquer provimento jurisdicional, enquanto jurisprudência reflete conjunto de decisões em determinado sentido, reunindo inúmeros julgados, ou seja, a jurisprudência “faz referência a pluralidade, muitas

¹⁰² NUNES, Dierle. Reformas processuais: estatalismo ou privatismo? Por um modelo comparticipativo. *RBDPro – Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 145, abr./jun. 2015.

¹⁰³ CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. A Existência do Direito a Partir da Linguagem. *Revista de Direito Privado*. vol. 75/2017, Mar.2017, p. 15 - 34.

¹⁰⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 112

vezes ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos”¹⁰⁵.

Explica Fábio Monnerat que: em “sentido estritamente técnico processual, por jurisprudência, deve ser entendido a reiteração de julgamentos sobre a mesma matéria, no mesmo sentido, proferido em sede de Tribunais¹⁰⁶.

É a jurisprudência¹⁰⁷ um complexo de julgados alcançando conclusões semelhantes em casos análogos, não podendo se apresentar na forma de julgados inconsistentes (contraditórios ou conflitantes), incapazes de formar jurisprudência, resumindo-se apenas em um conjunto de decisões¹⁰⁸.

Zaneti aponta que a jurisprudência é “apresentada como parte das fontes indiretas, secundárias e materiais do direito, normalmente ligadas aos costumes, não tendo força vinculante de uma fonte formal e primária”¹⁰⁹.

Os julgados, assim como a jurisprudência, podem constituir-se em elementos persuasivos, mas não há obrigatoriedade em sua observância, nem sequer são suas razões de decidir ou fundamentos determinantes vinculantes ao órgão jurisdicional¹¹⁰. Mas o que, então, seriam os precedentes?

Como aponta Aurélio Viana, deve-se buscar “na formulação da lei - para partir de um exemplo tradicional - reduzir antinomias e possibilidades de interpretações díspares”¹¹¹. O

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. Precedents in Italy. In *Precedent and the Law – Reports*. XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxele: Bruylant, 2007.

¹⁰⁶ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenação). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351.

¹⁰⁷ O termo jurisprudência pode receber outros sentidos, como conceito *lato* de ciência do direito; conjunto de manifestações dos jurisconsultos (prudentes) sobre as questões jurídicas em concreto; doutrina jurídica, seja de natureza teórica, prática ou mista; manifestações dos juízes e tribunais sobre lides; ou conjunto de pronunciamentos do Poder Judiciário num determinado sentido, sendo que apenas este último guarda relação com o estudo empreendido. (FRANÇA, Rubens Limongi. *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 144-146).

¹⁰⁸ Os conflitos podem ser de duas espécies: conflitos sincrônico que ocorrem quando o mesmo tema é decidido de diferente forma no mesmo momento ou em pequenos espaços temporais; e conflitos diacrônicos em que o mesmo tema é decidido de diferente forma ao longo do tempo. Neste sentido: TARUFFO, Michele. Precedents in Italy. In *Precedent and the Law – Reports*. XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxele: Bruylant, 2007, p. 184.

¹⁰⁹ ZANETI JR. Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 303.

¹¹⁰ [...] de uma maneira tecnicamente ajustada, é indispensável que o ator processual (seja o advogado/defensor, o membro do MP ou o juiz) consiga retirar do julgado a ratio decidendi, isto é, a razão generalizável de uma decisão judicial que, no futuro, vem a ser utilizada como base para outras decisões (TARTUCE, Fernanda; CHAVES, Marianna. Precedentes e litígios familiares: primeiras reflexões. *Revista Pensamento Jurídico*. vol. 11. n. 1. jan-jun 2017. São Paulo, 2017, p. 193-213).

¹¹¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 159.

Código de Processo Civil traz o termo precedente em quatro diferentes dispositivos¹¹², enquanto o termo padrão decisório é encontrado uma única vez¹¹³

Ao tratar do tema, Streck e Abboud definem precedente como “uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores”, destacando, porém, que “sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares”, cabendo perquirir se o caso a ser解决ado não importará em graves distorções¹¹⁴.

A leitura do texto legal parece atribuir outras qualidades aos precedentes, que não apenas devem ser aptos à reprodução, mas sua observância é obrigatória. Além disso, também não constituem uma decisão qualquer, mas decisão tomada a partir de procedimentos pré-estabelecidos legalmente.

Isto porque, Streck e Abboud foram buscar inspiração no *common law* para construir o conceito apresentado, já que no sistema anglo-saxão o julgado não nasce precedente, mas se torna um precedente, permitindo a Taruffo afirmar que a força persuasiva de um precedente não pode ser definida *a priori* em termos gerais: apenas *a posteriori*, e considerando se determinado precedente teve de fato influência sobre as decisões dos casos futuros similares, permitindo determinar sua força. Não se trata de questões de definição teórica e abstrata, mas uma questão ligada – por assim dizer – ao sucesso prático do precedente no exercício da jurisdição¹¹⁵.

Não é o que ocorre no sistema de precedentes brasileiro. O *stare decisis* no Brasil decorre de imposição legal e a escolha do legislador foi por estabelecer verdadeiros procedimentos gestadores de precedentes, a partir de técnicas pré-definidas¹¹⁶. A decisão

¹¹² CPC/2015, art. 489, §1º, V: “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; art. 489, §1º, VI: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”; art. 926, §2º: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, art. 927, §5º: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

¹¹³ CPC/2015, art. 966, §5º: “Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O Que é Isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2ª Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45.

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. *Precedents in Italy in Precedent and the Law – Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht*, 16-22 July 2006. Bruxele: Bruylant, 2007, p. 179

¹¹⁶ Como explicam Nunes e Bahia, a técnica de causa-piloto ou “processos teste” (Pilotverfahren ou test claims) consiste na escolha de uma ou algumas causas com similitude na tipicidade para serem julgadas, resultando em padrões decisórios para resolução dos litígios em massa, já que a solução permitiria que fossem resolvidos

nasce precedente e sua força persuasiva, limitada aos argumentos enfrentados, é imediata, não dependendo de uma influência - incerta e não conhecida - em casos futuros.

É essa equivocada concepção, em nosso ver, que leva Streck e Abboud à conclusão de que não existiriam precedentes no Brasil, mas apenas provimentos vinculantes¹¹⁷ ou que os Tribunais vinculariam, mas não por precedentes¹¹⁸. Ora, se não existem precedentes, a que se referem os textos legais acima apontados, que expressamente utilizam o termo “precedentes”? Seria um signo sem significado na Lei? Talvez possamos concordar com Streck e Abboud se entendermos a afirmativa como não temos precedentes como aqueles do *common law*, em seu conceito jurídico-positivo, no Brasil.

Outra questão importante é que, apesar de o padrão decisório em nosso ordenamento receber essa qualidade imediatamente, não dependendo de uma influência futura, não quer dizer que o precedente seja hermético ou ainda um final em si mesmo.

Ao contrário, o precedente judicial deve ser visto como um *principium*, um ponto de partida (*starting points*)¹¹⁹. Isto porque, o precedente não é um *topoi* de Viehweg nem sequer mero método de facilitação de julgamento massivo de demandas¹²⁰. O precedente antecipa argumentos necessários ao debate e à decisão jurisdicional, em busca da única resposta correta.

A credibilidade ao precedente é outorgada pela metodologia utilizada, entretanto, sua legitimidade, ainda que amplamente debatido e formado com observância às garantias fundamentais, somente será alcançada pela sua constante fiscalidade na aplicação aos casos futuros, já que os sujeitos processuais são distintos, com fatos próprios - ainda que análogos - e o mais importante, que não participaram na formação do precedente e, portanto, possuem o

rapidamente todas as demais causas paralelas. Por outro lado, na técnica do “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”, somente questões comuns a todos os casos similares são resolvidas, cabendo a cada juízo, no caso concreto, aplicar a decisão. (NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. nº. 57, jun/set. 2015, p. 18).

¹¹⁷ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). *Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 176.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e Hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 106.

¹¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 408. E, ainda: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Quinaud. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 655. VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹²⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

direito fundamental de fiscalidade.

Seguindo por este caminho, a metodologia outorgará ao julgado da qualidade de precedente, impondo-lhe sua observância obrigatória no debate do caso futuro, antecipando argumentos já decididos pela *ratio decidendi*, entretanto, é a partir daí que poderão as partes e juiz fiscalizar seus fundamentos determinantes e se aplicáveis ao caso em julgamento, tomado como análogo, não sendo possível, *a priori*, afirmar que o precedente manterá sua aplicação e força vinculante.

Isto revela a correção da afirmação de Dierle Nunes, apontando que “o precedente é um *principium* argumentativo. A partir dele, de modo discursivo e profundo, verificar-se-á, inclusive com análise dos fatos, se o precedente deverá ou não se repetido (aplicado)”¹²¹.

Tem-se, com isto, que o termo precedente faz alusão a uma decisão ou julgado que recebe a qualidade de padrão decisório, em virtude de ter sido construída a partir de procedimento especial previstos no ordenamento jurídico, impondo aos sujeitos processuais, em casos futuros, sua observância obrigatória. Por sua vez, a observância obrigatória impõe a séria consideração e enfrentamento dos argumentos pré-estabelecidos pelo precedente, cabendo aos sujeitos processuais promover o *accountability*, fiscalizando sua aplicação ao caso *subjudice* e a suficiência destes argumentos pré-estabelecidos para construção da única resposta correta ao caso.

2.1 Padrões Decisórios? A questão das súmulas

Ao definir os precedentes, impõe-se o debate sobre as súmulas, em especial diante de sua ausência de fundamentação ou mesmo de argumentos, podendo perquirir-se como poderia ser a súmula precedente se não se adianta qualquer argumento.

É que, o enunciado de súmula, por sua estrutura, está mais próxima do texto legal do que de um julgado e, se não há julgado, não se pode falar em fiscalidade de seus fundamentos determinantes, jogando por terra o que foi até aqui construído.

É interessante a alegoria utilizada por Guilherme Lunelli:

Imaginemos que um advogado ou juiz deixe o Brasil por alguns anos, desvinculando-se totalmente do cenário jurídico. Ao retornar, o jurista é apresentado a um impresso que, sem identificar o que é o que, contém variados enunciados de súmula e artigos de lei, emitidos ou sancionados no período em que o personagem se

¹²¹ DIERLE, Nunes. *Novo CPC Consagra Concepção Dinâmica do Contradictório*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <<https://bit.ly/3K7nVZh>>, acesso em 04/02/2022.

encontrava no exterior. Indaga-[se]: somente pela semântica, conseguiria o jurista separar os textos sumulares dos textos legais?¹²²

Alexandre Freitas Câmara traz contundente defesa sobre a impropriedade de se denominar súmula como precedente, já que “precedente é uma decisão judicial, proferida para resolução de um caso”, contudo, o “que se tem ali é um extrato de diversas decisões”¹²³. A conclusão disto é que “súmula não é precedente”, já que não haveria fundamentos determinantes, ao contrário, a súmula seria mero “extrato da jurisprudência dominante de um tribunal”¹²⁴.

A afirmação não parece merecer retoque, aliás, o próprio Código de Processo Civil cuida de tratar de precedentes e súmulas de forma dissociada, como, por exemplo, no art. 489, V, do CPC, que dispõe ser nula a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Como se nota, o texto legal faz referência a precedentes e enunciados de súmula, contudo, isto não quer dizer que inexistem fundamentos determinantes a serem dialeticamente observados e debatidos na decisão, para que empreste legitimidade ao enunciado de súmula, nem mesmo que há de ser construída teoria diversa para tratar sobre súmulas.

Se o contrário fosse, estar-se-ia diante de um cenário há muito denunciado, em que se busca apenas eliminar eventuais divergências, impedindo inclusive o amadurecimento do tema, como já alertava a literatura especializada, senão vejamos:

Aqui entre nós, a “jurisprudência” (ou que chamamos disso) esforça-se para, logo, formatar um enunciado de Súmula (ou similar) a fim de se encerrar o debate sobre o tema, hiperintegrando a discussão, já que, no futuro, o caso terá pinçado um tema que seja similar ao enunciado sumular e, então, a questão estará ‘resolvida’ quase que automaticamente, como nos tempos da subsunção da escola da exegese, apenas que, em vez de a premissa maior ser a lei, agora é a Súmula, “jurisprudência dominante”, ou julgado proferido em “repercussão geral”. Esta peculiar “jurisprudência” preventiva imagina uma possível divergência e trata logo de eliminá-la, não permitindo que a questão amadureça nos Tribunais à medida que for ocorrendo, para que, então, se forme um entendimento consolidado¹²⁵.

Para que as súmulas assumam seu papel no *stare decisis* brasileiro, importante sua

¹²² LUNELLI, Guilherme. *Direito Sumular e Fundamentação Decisória no CPC/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108.

¹²³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas. 2017. p. 217.

¹²⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas. 2017, p. 217.

¹²⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Jurisprudência instável” e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 438.

compreensão para além do mero enunciado. As súmulas são um nada em si mesmas, não possuindo qualquer argumento ou razão de decidir, servindo de mero “índice” de fundamentos determinantes colhidos em uma ou mais decisões. As súmulas funcionam como índices porque não possuem fundamentos determinantes - e os fatos importam. Súmulas não são enunciados legislativos que se tornam norma universal, geral e sem qualquer substrato fático, assim como não são julgados em si. Como esclareceu Nunes Leal, a súmula “é um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convencional; distingue a jurisprudência firme da que se acha em vias de fixação”¹²⁶.

Há, por detrás da súmula, verdadeiros precedentes - com fundamentos decisórios - cuja observância é obrigatória. Em outras palavras, são julgados que, inicialmente, não receberam a qualidade de precedentes, contudo, com evolução dos casos, decidiram os Tribunais por lhes outorgar essa qualidade, o que fizeram por meio das súmulas.

A súmula não se distingue do precedente em razão da qualidade, ao contrário, a súmula é o que atribuí a qualidade de precedente a determinados julgados, dos quais não se desvincula. O enunciado de súmula jamais pode ser tomado como marco zero interpretativo.

A interpretação dos fundamentos determinantes estampados indicados pelos enunciados de súmula exigem a observância aos julgados que lhe compõe. Em outras palavras, as súmulas desenvolvem papel semelhante aos temas de recursos repetitivos do STJ, apenas indicam o objeto discutido pelos precedentes, mas os fundamentos determinantes cuja observância é obrigatória encontram-se nos julgados.

Pretender utilizar a súmula como padrão decisório equivale a utiliza-se aos temas ou mesmo às ementas dos precedentes, olvidando por completo dos fatos e fundamentos que conduziram ao resultado. Tanto é assim que o CPC expressamente determina o estabelecimento de um laime objetivo entre o enunciado de súmula e “as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (CPC, art. 926, §2º).

Não diferente dos demais precedentes, ao receberem a qualidade de precedentes em razão do enunciado de súmula, os fundamentos determinantes daqueles julgados qualificados passam a ter a observância obrigatória e serem dialogicamente debatido nos autos, seja pela sua aplicação ao caso concreto, seja pela sua vinculação.

Isto porque, repisa-se, a súmula não é precedente, mas o instrumento para tornar os julgados que lhe deram origem em precedentes, é o *método* eleito para que os julgados seja qualificados. Equiparam-se a súmula ao recurso repetitivo, ao incidente de assunção de

¹²⁶ LEAL, Victor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 7.

competência, ao incidente de resolução de demanda repetitiva, ao recurso especial e extraordinário repetitivo, dentre outros procedimentos qualificados de julgados, procedimentos formadores de precedentes, como já defendido.

Por isto, é impossível se falar em taxatividade ou impossibilidade de interpretação do enunciado de súmula, seja porque, como defendem Streck e Abboud, o texto, por mais singelo que seja, jamais irá dispensar o ato interpretativo¹²⁷, mas porque súmulas não são precedentes e, assim sendo, não se prestam a serem interpretados, mas para qualificar os julgados (precedentes) a serem objeto de interpretação.

Há defesa diametralmente oposta ao lecionado por André Ramos Tavares, no sentido de que a súmula promoveria a quebra entre os fatos e fundamentos e seu enunciado, de forma que “os detalhes dos casos concretos, suas particularidades e interesses, apreciados pelas decisões anteriores, serão descartados”¹²⁸.

Corresponderia isto na usurpação da função legislativa, assumindo o judiciário verdadeira função legiferante, quando, na verdade, a súmula apenas indica a existência de caso concreto já decidido, cujo tribunal resolveu por qualificá-lo, tornando-o precedente pela súmula, de forma que deverá ser observado nos casos futuros.

Para se ter a real compreensão do aqui apresentado, pode-se trazer à luma o enunciado da Súmula Vinculante 13 e seu desenvolvimento interpretativo, que torna impossível a afirmação de “quebra” dos fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram sua criação.

A Emenda Constitucional nº. 45 inseriu na Constituição o art. 103-A, que outorgou ao Supremo Tribunal Federal “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta”.

Com objetivo de deixar mais claro o que está sendo aqui defendido, trazemos à lume a Súmula Vinculante 13 editada pelo Supremo Tribunal Federal, recebendo o seguinte enunciado:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 52-53.

¹²⁸ TAVARES. André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante – Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007, p. 13.

A Súmula foi publicada no DJe 162 de 29/08/2008 e *qualificou* os julgados para condição de precedentes, na ADC 12¹²⁹, RE 579.951¹³⁰, ADC 12 MC¹³¹, MS 23780¹³² e ADI 1521 MC¹³³. Em análise dos casos, verifica-se que os fundamentos determinantes gravitaram em torno da necessidade ou não de lei específica para proibição do nepotismo em contratações públicas, diante do regime único dos servidores públicos.

Essas premissas são essenciais para compreensão do texto na súmula vinculante, que nada mais fez do que se torna índice dos julgados qualificados a partir de sua edição. A extensão e os fundamentos determinantes devem ser tomados a partir destes.

Ora, se existisse a “quebra” de *liame* objetivo entre Súmula e os fatos que lhe deram sustentação, o sentido semântico seriam ampliado, já que, da leitura do enunciado não é possível se encontrar todas as limitações trazidas nos casos concretos enfrentados.

A ausência de racionalidade no trabalho com precedentes, fez com que surgissem novos casos, buscando a aplicação da Súmula a questões diversas, cujo contexto fático não era análogo aos julgados qualificados (precedentes) pela súmula. É o caso, por exemplo, da nomeação de cônjuge, companheiro ou parente para cargo de natureza política.

O tema foi objeto das Reclamações 29.033, 22.339 e 28.024 perante o Supremo Tribunal Federal, todas rejeitadas, ao se realizar a distinção (*distinguish*) entre os julgados qualificados pela Súmula Vinculante 13 e o caso concreto posto em julgamento, não permitindo dúvidas de que o enunciado de súmula não se desprende do contexto fático-jurídico do julgado que qualificou, ao contrário, o liame objetivo existente entre eles é de natureza dissociável.

Isto revela que a preocupação de Bahia e Silva sobre a aplicação dos precedentes de forma descontextualizada e arcaica, buscando um fechamento argumentativo, permanece presente¹³⁴, em outras palavras, um dos principais equívocos na utilização dos precedentes no Brasil é a “credulidade exegeta (antes os Códigos, agora os julgados modelares) que o padrão formado (em repercussão geral ou em recurso repetitivo) representa o fechamento da

¹²⁹ Publicado no DJe nº 237 de 18/12/2008.

¹³⁰ Publicado no DJe nº 202 de 24/10/2008.

¹³¹ Publicado no DJ de 01/09/2006.

¹³² Publicado no DJ de 03/03/2006.

¹³³ Publicado no DJ de 17/03/2000.

¹³⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. SILVA, Diogo Bacha e. O Novo CPC e a Sistemática dos Precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. *Revista Direito Estado e Sociedade*, nº. 46, jan./jun.2015, p. 57-58.

discussão jurídica”¹³⁵.

Destarte, conclui-se que não é a súmula precedente ou padrão decisório, mas representa metodologia de *qualificação* de julgados pretéritos que, após a edição do enunciado de súmula, recebem a qualidade de precedentes, cujos fundamentos determinantes devem ser observados de forma obrigatória no *stare decisis* brasileiro.

2.2 Dos Julgados Qualificados (Precedentes)

A utilização das expressões de “observância obrigatória” e “vinculação”, ao tratar de precedentes, tornaram-se sinônimos na praxe, o que é transportado em alguns momentos para doutrina. Pouco se debate sobre seus conteúdos e significados, quase sempre tratados como sinônimos que navegam em um senso comum teórico dos juristas¹³⁶, utilizando-se de uma significação extra conceitual no interior do sistema de conceitos processuais.

O precedente vinculante tornou-se “uma ideologia no interior da ciência, um *doxa* no interior da episteme”¹³⁷, 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.

Neste jogo de pedir e dar razões promovido pelos juristas, a definição dos conceitos torna-se essencial para compreensão do objeto, em especial por ser o Direito uma prática linguística que estabelece uma dimensão discursiva¹³⁸.

O conhecimento do conteúdo conceitual é pressuposto para qualquer expectativa da função inferencial que sua expressão irá exercer e é este *status* normativo de convededor que outorga a autoridade social que fundamenta um ato de fala performativo. Tornar o conteúdo conceitual explícito adquire condição *sine qua non* para o ato.

É justamente neste cenário que não se pode mais aceitar que termos historicamente distintos em seu conteúdo, como observância obrigatória e vinculação, sejam tratados como

¹³⁵ NUNES, Dierle. Acórdãos deveriam ter linearidade argumentativa. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <bit.ly/3uWVabc>, acessado em 05/02/2022.

¹³⁶ WARAT, L. A. O Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Busca Legis*, nº. 5, p. 48-57, jun. 1982.

¹³⁷ WARAT, L. A. O Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas, p. 48-57.

¹³⁸ NUNES, Dierle. LUD, Natanael. PEDRON, Flávio. *Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais*, p. 154-155.

sinônimos, sem maior precisão sobre seus significados. Afirmar que determinada decisão é de observância obrigatória ou vinculante exige maior esforço linguístico, de forma a deixar explícito o conteúdo desta observância obrigatória e vinculação ou as razões que possam ser dadas para o que se considera vincular.

Quando alguém fala em *vinculação*, parece que o faz sem ter consciência de seus aspectos linguísticos e assume compromissos implícitos de algo que afirma sem conseguir torná-lo explícito.

A relação entre precedentes e sua vinculação ganhou 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 fundamentação¹³⁹.

Com a entrada em vigor, os debates se intensificaram, inclusive em torno de serem ou não obrigatórios os precedentes, imputando à expressão “observância obrigatória” conteúdo idêntico ao termo “vinculação”¹⁴⁰. É que, o art. 927 do Código de Processo Civil expressamente dispõe que os “juízes e os tribunais observarão” as decisões decorrentes dos procedimentos enumerados¹⁴¹.

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 se vincula o juízo, órgão que compõe o Judiciário no exercício da jurisdição, e não a decisão e, mais, afasta-se por completo os critérios de construção.

Pode-se dizer que, o referido enunciado trata o precedente como regra, ou seja, sob

¹³⁹ DURO, Cristiano. *A Fundamentação na Técnica de Superação do Padrão Decisório no Anteprojeto de um Novo CPC*, 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.

¹⁴⁰ Os institutos do *gesetzeskraft* alemão, *binding* precedente 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 os sistema processual vigente em *terrae brasiliis*, como também existem nos demais sistemas processuais alienígenas.

¹⁴¹ 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.

ponto de vista lógico somente pode o juízo decidir em uma dimensão de validade, um “tudo-ou-nada”.

Como explica Dworkin, a realização da conduta prevista, proibida ou permitida por uma regra, somente permite alcançar duas conclusões. Ou a regra é válida e suas consequências jurídicas são obrigatórias; ou a regra é inválida e suas consequências jurídicas não contam em nada para a decisão¹⁴².

Afirmar que as decisões e precedentes previstos no art. 927 do CPC vinculam ao juízo é dizer que, diante de uma das decisões qualificadas pelos procedimentos do referido artigo, deve o julgador aplicá-lo em sua inteireza (por completo), caso entenda por sua validade, ou não aplique-o em absoluto.

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, equiparado a uma regra vinculante.

Sob essa premissa, a doutrina dos precedentes se estabelece e traz desdobramentos. Como critério epistêmico, as posições sobre vinculação dos precedentes serão apresentadas em três vertentes, a saber: *i*) da autoridade, retirando-se o dever de vinculação 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.

2.2.1 Autoridade e Precedente

A vinculação dos precedentes pela autoridade do órgão 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 – uma 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”¹⁴³.

A vinculação seria em decorrência direta da autoridade destas Cortes. Para os adeptos dessa teoria, a mudança normativa seria apenas o primeiro grande passo, necessário para alçar

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 21-26.

¹⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 442.

o sistema jurídico brasileiro ao patamar adequado de utilização do *stare decisis*, sendo importante também uma verdadeira aculturação do operador do direito para que “com uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e não a mera conclusão do julgado é que haverá efetivamente o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Brasil”¹⁴⁴.

Os defensores da teoria ético-precedentalista afirmam que, para além de uma modificação no pensamento e na cultura dos julgadores brasileiros, para se trabalhar com um sistema de precedentes de forma eficiente e “universalizada” seria necessário, antes, fazer uma distinção entre cortes de justiça e cortes supremas. Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

[...] é preciso distinguir no seio da organização judiciária cortes voltadas à justiça do caso concreto (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa e do direito aplicável ao caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência, das cortes voltadas à unidade do direito (as chamadas Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), cuja função é interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país¹⁴⁵.

Nesse diapasão, percebe-se que há uma clara hierarquização das cortes dentro do sistema precedentalista, cabendo às cortes supremas - também denominadas de cortes de vértice - o dever de interpretar e unificar o direito pátrio, dotando-o de segurança jurídica e igualdade; já às cortes de justiça caberia a função de aplicar os precedentes criados pelas cortes supremas, garantindo a “exploração dos possíveis significados dos textos jurídicos a partir do controle da justiça do caso concreto (a interpretação do direito é apenas um meio para chegar-se ao fim controle da justiça do caso)¹⁴⁶.

Essa distinção entre cortes supremas e cortes de justiça teria como função a solidificação da vinculação dos precedentes, tanto verticalmente quanto horizontalmente. A vinculação vertical dar-se-ia quanto à obrigatoriedade de as cortes de justiça respeitarem os precedentes criados pelas cortes supremas no momento do julgamento dos casos concretos a elas atribuídas. Quanto à vinculação horizontal, esta se daria na medida em que a própria corte suprema deve respeitar os precedentes por ela criados. Isso significa dizer que:

¹⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. p. 442.

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impresa. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. s/p.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2.

[...] a lei exige interpretação e a função das Cortes Supremas é exatamente interpretar a lei, nada mais natural que atribuir a uma teoria dos precedentes a tarefa de garantir a unidade do direito através da vinculatividade normativa das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes e, somente a partir disso, a vinculação desta interpretação para os órgãos de hierarquia inferior¹⁴⁷.

A noção de vinculação dos precedentes pela hierarquia e pela necessidade de se manter a unidade do direito, segundo os ético-precedentalistas, ganhou força após aprovação do Código de Processo Civil em 2015.

Com o advento do CPC/2015, que traz no bojo do artigo 927, a indicação de que os juízes e tribunais devem observar enunciados de súmulas vinculantes, acórdãos em incidentes de resolução de demandas repetitivas, dentre outros provimentos emanados pelas Cortes da instância extraordinária, fomentou a afirmação que o Código teria tornado obrigatória, oficialmente, a observância dos precedentes, reconhecendo a autoridade das Cortes de Vértice.

A teoria da vinculação dos precedentes pela autoridade defende que, ao inserir na Lei 13.105 os artigos 926, 927 e 928, o legislador demonstrou uma verdadeira preocupação em uniformizar a jurisprudência pátria, tornando-a estável, íntegra e coerente por meio da vinculação dos precedentes. Nos dizeres de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

[...] seria necessário particularizar no art. 926 que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao direito. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes. Isso porque as Cortes de Justiça – e os juízes de primeiro grau – são responsáveis por fomentar o debate a respeito de quais são as melhores opções interpretativas para os desacordos inerentes à interpretação do direito: tolher esse debate, não deixando espaços para que vingue, serve apenas para obtenção de uma solução para os problemas jurídicos – não necessariamente para obtenção da solução melhor ou mais amadurecida pelo diálogo e pela experiência judiciária. Em outras palavras: não necessariamente uma solução amadurecida democraticamente pelo diálogo institucional no e do poder judiciário¹⁴⁸.

Para garantir essa unidade do Direito, particularizada no artigo 926 do Código de Processo Civil¹⁴⁹, os Tribunais seriam divididos em Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes¹⁵⁰, cabendo a observância da função das Cortes de Precedentes em razão da hierarquia, de forma a fortalecer o papel dos Tribunais ao colocar em protagonismo os

¹⁴⁷ ZANETI JR, Hermes. *Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil.* *Revista de Processo.* vol. 235/2014. Set. 2014. p. 300.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sério Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil.*

¹⁴⁹ CPC/2015, Art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

¹⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 31-34.

precedentes, resolvendo a insegurança jurídica da dispersão decisória.

Avançando no tema, alguns autores encontram, ainda, distinção de vinculação nestes precedentes, tomando como premissa o sistema recursal previsto para impugnar as decisões que os contrarie, de forma que “o descumprimento dos precedentes judiciais enseja, normalmente, a interposição de recurso. Em alguns casos, no entanto, a violação aos precedentes pode ser corrigida por meio de impugnação direta aos órgãos judiciários superiores por meio da denominada reclamação¹⁵¹”.

Tudo isto para satisfação de premissas valorativas. Isto é, a adoção dos precedentes vinculantes no Brasil seria de vital importância para garantir que as decisões judiciais sejam uniformes, de maneira a tornar a prestação jurisdicional eficiente para todos aqueles que a procuram ou, como defende Luís Roberto Barroso, “a ampliação dos efeitos vinculantes no direito brasileiro pode ser associada ao atendimento de três valores: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência”¹⁵².

Constrói-se a ideia de que, a segurança jurídica adviria da vinculação dos precedentes uma vez que seria possível antecipar a forma como os novos casos serão decididos; a eficiência na suposta garantia de agilidade e simplificação da prolação de decisão final - ao adotarem os precedentes -, o que permitira que o tempo e os recursos do Poder Judiciário fosse alocados na análise e decisão de demandas ainda não julgadas pelo STF; por fim, a isonomia seria alcançada quando casos idênticos seriam decididos de forma idêntica.

Portanto, fixado o precedente pela Corte de Precedentes, caberia aos Tribunais e juízes hierarquicamente inferiores aplicar incondicionalmente, quase de forma mecânica, o padrão decisório, eliminando o maior número de processos, no menor tempo possível.

A criação de precedentes coerentes e adequados revelaria a verdadeira missão constitucional das cortes superiores, ou seja, para eles:

[...] tanto o STF quanto o STJ precisam, de uma vez por todas, assumir a sua missão constitucional, mais adequada à realidade em que vivemos. Se não podemos pegar emprestado um instrumento processual como o permission to appeal, do direito inglês, e o writ of certiorari, do direito norte-americano, porque claramente incompatíveis com a nossa Constituição, podemos adaptar a nossa Lei Maior, sem alterar o seu texto, para a nova realidade¹⁵³.

A aplicação dos precedentes vinculantes dentro do sistema jurídico brasileiro passaria

¹⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 83.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8 ed.. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 126.

por duas fases, a primeira corresponde à formação dos precedentes junto às cortes superiores; a segunda fase corresponde à aplicação, pelos juízes de patamares inferiores, desses precedentes formados nas cortes superiores.

Mas, para que esses precedentes vinculantes possam ser aplicados, precisam passar por um processo ético, pois “a adoção da teoria dos precedentes pelo novo Código de Processo Civil exige uma mudança importante na postura dos julgadores”, admitindo e assumindo a defesa do argumento de autoridade, aquele não sujeito a críticas, de forma a prevalecer, em razão da simples autoridade, fundamentos trazidos por um Tribunal que empiricamente constituem onze ilhas¹⁵⁴, responsável por crises¹⁵⁵, com decisões contra Constituição (prisão em segundo grau), sob uma justificativa metajurídica de assunção de um papel iluminista (Barroso), muitas das vezes capturado por uma política degradada¹⁵⁶.

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-abstrato¹⁵⁷.

As denominadas heurísticas, desveladas pela psicologia comportamental cognitiva¹⁵⁸, 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 sistemáticos¹⁵⁹.

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

¹⁵³ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes Vinculantes no Direito Comparado Brasileiro*. 2 ed. Salvador: Juspodivm. 2013. p. 239.

¹⁵⁴ A metáfora foi utilizada por Conrado Hubner Mendes, no Jornal Folha de São Paulo. MENDES, Conrado Hubner. *Onze Ilhas*, 2010.

¹⁵⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Supremo e as Crises da República*, 2017. Neste sentido, ainda: MENDES, Conrado Hubner. *Na Prática, Ministros do STF agredem a Democracia, escreve professor da Usp*, 2018.

¹⁵⁶ TREVISAN, Maria Carolina. *Boaventura de Sousa Santos: Supremo se ajoelhou diante das pressões de cima*, 2018.

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

¹⁵⁹ 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.

atenção e esforço cognitivo¹⁶⁰.

Estes 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 viciadas¹⁶¹.

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 obediência¹⁶², aponta que a autoridade serve a inúmeras funções produtivas, em uma tendência a obediência da autoridade, ainda que estas contradigam o bom-senso individual¹⁶³. Não apenas isto, há uma motivação psicológica para acreditar na controlada, estável e justo dentro do sistema gerido pela autoridade, internalizando uma necessidade de uma estrutura autoritária dominante¹⁶⁴.

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 desta visão passa necessariamente pela diferenciação entre o argumento de autoridade e a autoridade do argumento¹⁶⁵, que somente pode ocorrer com a democratização do discurso.

Não se trata de suprimir ou acabar com o argumento da autoridade, mas democratizá-lo, mediante a participação dos sujeitos processuais, reconhecendo que nossa argumentação é sempre transitória, pois pode ser refutada e analisada sob outra ótima. Em outras palavras, o argumento sempre estará sujeito à refutação, e, quando demonstrados os erros institucionais, devem ser superados.

A defesa ou crença na correção de um argumento em virtude da autoridade do

¹⁶⁰ NUNES, Dierle. LUD, Natanael. PEDRON, Flávio. *Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 59-61.

¹⁶¹ NUNES, Dierle. LUD, Natanael. PEDRON, Flávio. *Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais*, p. 62-64.

¹⁶² O controverso estudo foi desenvolvido por influência dos eventos do holocausto, especialmente o julgamento de Adolf Eichmann.

¹⁶³ MILGRAM, Stanley. *Behavioral Study of Obedience*, 1963.

¹⁶⁴ Neste sentido, ver a teoria da justificação do sistema.

¹⁶⁵ DEMO, Pedro. Argumento de Autoridade x Autoridade do Argumento: Interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

interlocutor nega a própria responsabilidade do discurso, já que se preocupa mais com o exercício do poder, do que com a legitimidade e responsabilidade em seu exercício. Importante destacar que, Jeremy Bentham já alertava pela rejeição da confiança cega aos veredictos, o que incluiria os próprios julgadores, já que a melhor forma de afastar qualquer suspeita das decisões seria sujeitá-las ao escrutínio público. Assim:

Eu mal posso conceber que haja juízes que, no exercício de funções tão rigorosas como as judiciais, possam voluntariamente se privar do poderoso apoio da opinião pública. Eu mal posso conceber como ousam usar este tipo de linguagem: ‘confiem cegamente em minha integridade; estou acima da tentação, do erro ou da fraqueza; eu sou minha própria segurança; deponham implícita confiança em minhas virtudes sobre-humanas’. A verdadeira honra de um juiz está em jamais exigir uma confiança assim, em recusá-la mesmo quando oferecida, em se colocar acima de qualquer suspeita, em afastar qualquer causa de suspeita, em colocar sua virtude e sua consciência sob o escrutínio da voz pública¹⁶⁶.

O discurso exige que o participante tenha comprometimento em dar e receber razões, ou seja, desenvolve um modelo de prática social em termos do jogo de dar e pedir razões. O mero exercício de um cargo ou função pública não permite, de antemão, afirmar que houve comprometimento ou mesmo que as razões dadas são suficientes na fundamentação para conclusão alcançada, quando há razões a serem ofertadas e recebidas.

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 argumento de autoridade é a negativa de toda teoria da linguagem e da filosofia do direito¹⁶⁷, 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 *further alemão*.

Não é possível mais ignorar a exigência de interpretação em conformidade com a

¹⁶⁶ Tradução livre. No original: “I can scarcely conceive, that judges should be found, who, in the exercise of such rigorous functions as the judicial are, can voluntarily deprive themselves of the mighty support of public opinion; I can scarcely conceive, how they can dare to use such language as this: ‘Trust blindly to my integrity; I am above the reach of temptation, or error, or weakness; I am my own security; repose implicit faith in my more than human virtues’. The true honour of a judge consists in never demanding a confidence like this, in refusing it even when it is offered to him, in putting himself above suspicion, by cutting off every cause of suspicion, in placing his virtue and his conscience under the care of the public voice”. (BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. London: Baldwin, Cradock & Joy, 1825, p. 72)

¹⁶⁷ 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.

Constituição, reconhecendo 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 doutrina¹⁶⁸.

Não obstante, a tese chega a flertar com a contradição em seus próprios termos. Isto porque, ao defender que o precedente é vinculante em decorrência da autoridade que o proferiu, como pode-se defender a existência de argumentos vinculantes (*ratio decidendi*) e não vinculantes (*obiter dictum*)? Naturalmente, os argumentos permanecem dotados da mesma qualidade de autoridade, não sendo crível se admitir que, ora aquela autoridade vincula por seu argumento, ora não vincula pelo argumento, por escolhas aleatórias.

Ambos os argumentos possuem a mesma origem de autoridade, ambos foram construídos pelas Cortes de Vértice ou Cortes de Precedentes, de forma que ontologicamente é impossível a distinção dos argumentos e ambos possuiriam a qualidade necessária para serem vinculantes.

Isto porque, ao mesmo tempo em que se defende a vinculação do precedente pela força da autoridade, leciona a doutrina nesta corrente que a acepção técnica do *stare decisis* exige a identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, de forma a segregar o elemento normativo vinculante da decisão dos argumentos meramente acidentais.

Ora, como pode-se, em um momento, defender que a força vinculante decorre da autoridade, mas, para identificar qual o núcleo normativo, é necessária a busca argumentativa, como se as demais proposições acidentais, *obiter dicta*, não tivessem sido proferidas pela mesma autoridade e deveriam ser desprezadas.

A partir do momento que se defende a vinculação pela força do discurso de autoridade da corte, parece ser contraditório caber ao operador segregar os fundamentos vinculantes e não vinculantes a partir da argumentação apresentada, já que, em termos de qualidade, todos foram construídos pela mesma autoridade jurisdicional - e, portanto, deveriam tornar-se vinculantes.

¹⁶⁸ 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*. São Paulo: Saraiva Jur., 2016. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade.

2.2.2 Método e Precedente

Já no campo de proposições metodológicas, acredita-se que a vinculação decorre do método, ou seja, a exigência do art. 927 do CPC 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 precedentes¹⁶⁹. Não diferente, essa vinculação decorreria ou teria gradações de valor a depender dos métodos (procedimentos) disponíveis para sua impugnação¹⁷⁰.

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 método, como já apontado em linhas anteriores¹⁷¹.

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. O método tem a capacidade de qualificar o julgado, mas permanece a abertura hermenêutica garantidora da correção argumentativa, já que, nesta espiral de conhecimento, a cada invocação do precedente, sua interpretação será distinta.

Assim, 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

Código de processo civil comentado. São Paulo: RT, 2015. CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 143-151, mai./2015.

¹⁶⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 3^a 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 art. 103-A da Constituição, e arts. 947, §3º, 985, I e II, e 1040, todos do CPC.

¹⁷⁰ 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^a Edição. São Paulo: RT, 2016, p. 1.324; 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*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3^a Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 226-227.

surpresas, cenário que tenta o CPC/2015 modificar em seu caráter contrafático.

Ademais, como bem anota Ravi Peixoto, admitir a tese de uma vinculação meramente metodológica criaria um sistema completamente contraditório¹⁷², 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.

Como consequência, tem-se não apenas o empobrecimento do discurso jurídico¹⁷³, mas também a quebra de independência interna da função jurisdicional, fazendo com que os magistrados de instâncias inferiores percam sua independência e autonomia, privilegiando uma concepção hierárquica e não funcional, com estagnação de entendimento superficial e parco de argumentos.

No paradigma democrático eleito pela Constituição, exige a atuação de todos os sujeitos envolvidos, com co-responsabilidade social e política¹⁷⁴, tendo por consequência a legitimidade das decisões jurisdicionais como condição de eficácia¹⁷⁵, sendo o método causa subjacente da própria legitimidade.

A preocupação com a ampliação de participação nos procedimentos de qualificação de julgados, para gerar precedentes, com contraditório como influência e não surpresa observado, assim como as demais garantias e direitos fundamentais é essencial para legitimidade da decisão, mas não para impor força vinculante ao julgado.

2.2.3 Argumentação e Precedente

O viés predominantemente analítico promove a redução da importância do ambiente

¹⁷² PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, nº. 2, mai-ago. 2017, p. 97-98.

¹⁷³ “A opção adotada ao invés de gerar a isonomia com legitimidade (fruto da máxima análise de argumentos após a divergência de entendimentos) promoverá, no mais das vezes, um julgado empobrecido por parcos argumentos analisados, em face do pinçamento preventivo dos primeiros casos que forem submetidos ao Poder Judiciário e que puderem gerar a multiplicação de processos sobre idêntica controvérsia.” (NUNES, Dierle. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Revista Consultor Jurídico*, ago.2012, disponível em <encurtador.com.br/quJU3>, consultado em 12/03/2021). Ver, ainda: NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

¹⁷⁴ NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 197.

¹⁷⁵ GOMES DE FREITAS, Christiano. DURO, Cristiano. Legitimização Decisória no novo Código de Processo Civil. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, v. 12, n. 16, pp. 112-128, jan/dez. 2014.

discursivo de construção da norma jurídica, condicionando a validade do direito à autoridade. O contramovimento à defesa dos precedentes pela autoridade demonstra que a forma de estruturação dos precedentes pelo CPC/2015 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 construtiva¹⁷⁶.

A partir de Dworkin, é 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 exemplificativos¹⁷⁷.

Rompe-se, assim, com o protagonismo de apenas um dos sujeitos processuais 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 Direito¹⁷⁸.

Há o necessário cuidado com suposta ausência de limitação ou especificação desta historicidade, que poderia provocar arroubos de (i)limitações, a depender de como é considerado. Isto porque, todas as decisões proferidas pelos tribunais necessariamente contam com argumentos comparticipados, de forma que, a vinculação apenas pelo argumento levaria ao cenário de que todos os julgados seriam precedentes vinculantes ou, caso contrário, seriam

¹⁷⁶ Neste sentido: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e Hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018.

¹⁷⁷ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 177-285.

¹⁷⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 301-336.

estes meramente persuasivos.

Importante lembrar que, o próprio Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema, trazido em pauta pelo Min. Gilmar Mendes, sobre a transcendência dos fundamentos determinantes¹⁷⁹. Tentou o ministro fazer prevalecer a tese por ele apresentada em 1995¹⁸⁰, a partir de estudos da doutrina alemã, quando traduziu livremente a expressão *tragende grande* por fundamentos determinantes, ao explicar a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que determinou a vinculação dos órgãos federais aos fundamentos de sua decisão.

Explica Breno Magalhães que:

Mendes, no mesmo estudo, cita, portanto, a possibilidade de uma eficácia transcendente do efeito vinculante ao caso concreto. Anos mais tarde, o Min. Maurício Corrêa, na ementa do julgado que tratou pela primeira vez sobre o tema dos limites objetivos do efeito vinculante, assentou que: “A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados [...]. Desde então, os julgados do STF têm oscilado, indistintamente, entre a utilização da nomenclatura “transcendência dos motivos determinantes” e “transcendência dos fundamentos determinantes”

Se admitir-se que a vinculação ocorre meramente em razão da argumentação originária do Tribunal, estar-se-ia retornando ao argumento de autoridade, de forma que a mera argumentação não é suficiente para promover um *stare decisis*, ao contrário, há de se identificar quais os julgados possuem a qualidade de precedente, ou seja, quais são os precedentes que devem obrigatoriamente serem considerados (observância) na construção dos debates e da decisão em um caso futuro.

2.3 Entre Método e Argumento: Observância Obrigatória e Vinculação

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, ao exigir a observância das decisões proferidas em determinados procedimentos não estabelece qualquer vinculação, mas apenas a obrigação de consideração dos julgados produzidos por

¹⁷⁹ Refere-se ao julgamento da Reclamação 3.014/SP.

¹⁸⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira (Coord..) *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.

aqueles procedimentos, enquanto, a vinculação será estabelecida argumentativamente.

Já identificava Alexandre Câmara que o efeito vinculante se expande do mero dispositivo da decisão, “demonstrando-se que os fundamentos determinantes daquele são mesmo aplicáveis ao novo caso sob apreciação”¹⁸¹. 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 estes princípios que promovem a filtragem necessária e a vinculação entre o fundamento determinante e os argumentos trazidos pelas partes (ônus argumentativo¹⁸²) 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 decisão¹⁸³, mas, ao contrário, o precedente exige a observância obrigatória para apresentar 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 precedente¹⁸⁴.

Estas razões antecipadas, que podem ser denominadas de argumentos vinculantes abstratos são elementos indutores do convencimento racional, adequando intersubjetivamente o padrão decisório *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, cumprindo o ônus argumentativo, para que seja emprestado legitimidade à decisão na aplicação do padrão decisório.

¹⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 444.

¹⁸² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 342-362.

¹⁸³ ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. *O Precedente Vinculante e sua Eficácia Temporal no Sistema Processual Brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na UNICAP. Disponível em <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2011-08-16T151044Z-409/Publico/dissertacao_jaldemiro_rodrigues.pdf>, acessado em 05 de janeiro de 2019.

¹⁸⁴ Neste sentido: VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 337.

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, o julgador estará obrigado a considerar estes argumentos pré-dispostos 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.

Afirma-se, com isto, que os precedentes de observância obrigatória são estabelecidos a partir do procedimento metodológico adotado e qualificados pela Lei, daí também serem chamados de precedentes qualificados. A qualidade aqui é de obrigatoriamente serem observados na construção da decisão pelos sujeitos processuais. Representa a observância obrigatória o ponto de partida argumentativo na construção da decisão, é o início na aplicação do precedente e desaguará no inevitável controle de vinculação do precedente.

Revela-se, com isto, que precedentes não são regras, não estão sujeitos a lógica do tudo-ou-nada, ao contrário, não possui a estrutura disjuntiva das regras, apenas servem de razões que contribuem a forma de uma decisão, cuja dimensão de peso será definido de forma dialética, pelo contraditório pleno entre as partes, ou seja, de forma argumentativa¹⁸⁵.

Portanto, a definição de precedentes deve ser compreendida no presente trabalho como julgados qualificados a partir de procedimentos previamente estabelecidos pela Lei, tornando-se princípios argumentativos, que antecipam razões e argumentos que devem obrigatoriamente serem observados na construção da decisão e, caso se estabeleça seu maior peso diante dos argumentos produzidos pelas partes (*ônus argumentativo*¹⁸⁶) e pela observância do ordenamento vigente, desaguam na vinculação do precedente de observância obrigatória.

¹⁸⁵ A diferença entre regras e princípios, cujo debate iniciou-se anterior, está em DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁸⁶ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 342-362.

2.4 Julgados Qualificados (Precedentes) e Julgados Persuasivos

Ao definir precedente, surge outra questão que deve necessariamente ser debatida. Os chamados “precedentes persuasivos”, que exigem um olhar crítico, seja diante da definição de precedentes acima estabelecida, seja por ser outro conceito transportado quase que diretamente do *common law* para o direito pátrio.

Conforme explica Thomas Bustamante, considera-se precedentes “meramente persuasivos, onde não há qualquer dever formal de obediência ao precedente judicial. Aqui, o dever de considerar o precedente nada tem de especial, pois corresponde apenas ao dever de levar a sério os argumentos aduzidos pelas partes no discurso”¹⁸⁷.

Entende Freitas Câmara que os “padrões decisórios argumentativos ou persuasivos, não obstante desprovidos de eficácia vinculativa, nem por isso podem ser ignorados (o que resulta dos deveres de uniformidade, coerência e integridade previstos no art. 926 do CPC)”¹⁸⁸. Neste caminho, apesar de não vinculantes, seria exigido um “ônus argumentativo” para o órgão julgador deles se afastar.

Como defendido em linhas anteriores, julgados, jurisprudência e precedentes não se confundem, ao contrário, precedentes devem ser considerados julgados qualificados pela metodologia adotada, tornando-se de observância obrigatória e, por isso, um ponto de partida para argumentação jurídica, desaguando, ao final, na vinculação, caso identificada a analogia entre os casos e argumentos desenvolvidos.

Se ser precedente é qualidade, que traz consigo a observância obrigatória e, ao final, a possível vinculação, impossível se falar em precedente persuasivo. Pode-se até dizer que, em função da necessidade de coerência e integridade da jurisprudência - e não de precedente - estes julgados ou a própria jurisprudência deve influenciar na decisão, em especial a partir do momento que seus fundamentos determinantes se tornam argumentos da parte, capazes de infirmar a conclusão adotada. Neste cenário, por exigência de fundamentação, devem estes argumentos trazidos a partir de julgados ou de jurisprudência serem enfrentados na decisão, por exigência do art. 489, §1º, IV, do CPC. Mas isto não os torna precedentes.

Ora, afirmar que existiriam “precedentes persuasivos” que não podem ser ignorados - portanto, são de observância obrigatória - e exigem um “ônus argumentativo” para que o

¹⁸⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 390.

¹⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os Padrões Decisórios a Sério: Formação e Aplicação de Precedentes e Enunciados de Súmula*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 345.

julgador dele se afaste é, ao final, dotar todo e qualquer julgado como precedente.

Os precedentes são de observância obrigatória, também o seria os persuasivos? Os precedentes exigem, para sua não aplicação, fundamentação qualificada, os persuasivos também o exigem? Se está o juízo obrigado a seguir os precedentes “vinculantes” e os precedentes “persuasivos”, não há persuasão, todos são vinculantes. Parece que a defesa dos precedentes “persuasivos” acaba por ser contraditória em seus próprios termos.

Mas não é só. Menos ainda atraí um “ônus argumentativo” para o juízo. Isto porque, em primeiro lugar, deixa Alexandre Freitas Câmara de conformar a ideia ou fundamentos do que seria *ônus* no processo.

Em reflexão sobre fatos jurídicos e regras, Brunetti estabelece a classificação entre regras finais, fundadas em deveres livres ou finais, e regras imperativas, decorrentes de deveres absolutos. Enquanto a regra imperativa impõe um dever absoluto sujeito a uma sanção, a regra final estabelece um dever livre, em que não há imperatividade e sua não realização não implica em qualquer sanção¹⁸⁹. São as regras finais o início da categoria conhecida como ônus jurídico, desprendendo-se posteriormente do conceito de dever jurídico¹⁹⁰.

O ônus permitiria que o agente deixe de adotar comportamento prescrito na regra sem provocar um ilícito, permitindo que o agente seja livre para escolher se pretende ou não adotar o comportamento, sem que isto importe em ato contrário ao Direito¹⁹¹.

Goldschmidt desenvolve, a partir desta compreensão, sua teoria de situações jurídicas, contrapondo-se ao processo como relação jurídica, trazendo o conceito de ônus como possibilidades processuais, que poderiam ser prefeitas, não acarretando sequer prejuízo quando não exercida, e imperfeita, que acarretaria prejuízo, mas não ilícito¹⁹².

Tomando por este caminho, tem-se que não seria possível afirmar que juízo possuí um ônus argumentativo para não aplicação de um “precedente persuasivo”, já que não há escolha. A fundamentação é *dever* ao mesmo tempo que se reveste de garantia constitucional, não podendo o juízo simplesmente decidir por não fundamentar.

O art. 489, §1º, do CPC não deixa qualquer dúvida ao reconhecer o ato contrário ao Direito, de tal forma que é considerada absolutamente nula a decisão por ausência de

¹⁸⁹ BRUNETTI, Giovanni. *Norme e RegoliFinali nel Diritto*. Torino: UTET, 1913, p. 62-74.

¹⁹⁰ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 59.

¹⁹¹ RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*, p. 60-61.

¹⁹² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 203.

fundamentação, quando não enfrentar os argumentos das partes ou justificar o afastamento aos precedentes (aqui, julgados qualificados). Não se trata de uma opção, de uma possibilidade processual, mas de verdadeiro dever do magistrado.

A afirmação de que existiriam precedentes meramente persuasivos somente poderia ser compreendida, então, dentro da racionalidade do *common law*, já que um julgado se torna precedente em momento *a posteriori*, não pode ser definido *a priori*: considerando se determinado precedente teve de fato influência sobre as decisões dos casos futuros similares, permitindo determinar sua força. Não se trata de questões de definição teórica e abstrata, mas ao sucesso prático do precedente no exercício da jurisdição.

Alexandre Freitas Câmara, ao defender não apenas a existência de precedentes persuasivos, mas um ônus argumentativo do magistrado, a um só tempo, amplia o conceito de precedentes por ele mesmo proposto, contrariando sua própria tese, como outorga ao magistrado a possibilidade de não fundamentar, violando dever constitucionalmente imposto.

Por tudo isto, parece correta a lição de Hermes Zaneti ao defender que não seria possível admitir a existência de precedentes “persuasivos”¹⁹³ no *stare decisis* brasileiro, ainda que sob outro fundamento. Ao se adotar o precedente como julgado qualificado pela observância obrigatória, podendo acarretar vinculação, a única conclusão que se pode alcançar é que um julgado ou jurisprudência, cuja função é meramente persuasiva, não detém a qualidade de precedentes. De outra forma, não é possível se falar em precedente persuasivo.

Com a definição do que seja precedente no presente trabalho, a releitura das formas de superação, como proposto, deve passar pelos pilares metateóricos que serão utilizados para a empreitada.

¹⁹³ ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 3^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 327.

3 CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE NA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Cattoni de Oliveira é preciso ao apontar que a autonomia pública e a privada pressupõem-se mutuamente, de modo que, por um lado, o constitucionalismo e a própria Constituição não podem mais ser compreendidos como a mera defesa de uma esfera privada e do exercício da autonomia enquanto liberdade negativa contra o público; por outro, não se pode conceber a Constituição como uma ordem jurídica material e apriorística a dirigir a sociedade como um só organismo em direção a uma única forma de vida digna¹⁹⁴.

A definição de um modelo é necessário para compreensão de uma teoria do direito adequada na interpretação dos precedentes e sua superação.

3.1 A Teoria do Direito em um Modelo Liberal-Igualitário

Ronald Dworkin afirma que “tornou-se comum descrever as grandes questões sociais de política interna e, em particular, a questão racial como paradigmas de conflitos entre as exigências da liberdade e da igualdade”¹⁹⁵. A indagação sobre estes direitos de liberdade e igualdade conduzem à proposição de uma releitura do liberalismo a partir do núcleo da igualdade, fundada na concepção da integração e na ética igualitária. Rechaçando as correntes utilitaristas e positivistas, desenvolve uma nova proposição de comunidade política, estruturada pela correlação entre o modelo judicial e o modelo político.

Por essa visão, renuncia à ideia de indivíduo como único núcleo, reputando importante papel à comunidade, com especial ênfase para a constituição identitária do sujeito e, com isto, afasta-se das concepções clássicas de liberalismo.

Partindo de uma reflexão que se coloca sobre o contrato social ou, mais precisamente, a existência de um contrato social que emerge em um suposto estado de natureza - técnica utilizada por Hobbes, Locke, Kant e Rousseau, levanta o problema deste contrato hipotético sem manifestação de vontade. Isto porque, somente pode-se dizer que uma pessoa está obrigada a um contrato se, previamente, manifestou sua efetiva concordância com seus termos.

Como diz Dworkin, “uma concordância hipotética não é simplesmente uma forma

¹⁹⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42-43.

¹⁹⁵ DWORAKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 410.

pálida de um contrato efetivo; não é absolutamente contrato nenhum”¹⁹⁶, o que permite estabelecer a importância de uma vida comunal política e seus limites, delineando um movimento dinâmico para o autorreconhecimento dos cidadãos, com uma composição de objetivos comuns, estabelecendo um vínculo ético assente na ideia de igualdade, que permite integrar comunidade e indivíduo.

Esclarecem Carvalho Netto e Scotti, a partir de Dworkin, que democracia e Constituição “se encontram e se ressignificam na concepção de democracia como parceria política”, pois não “há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social”¹⁹⁷.

Este modelo social, denominado modelo de princípios, acolhe a virtude da integridade, estabelece que as pessoas são membros de uma comunidade política governada por princípios comuns. A política estabelece em um espaço discursivo de debates a respeito de quais princípios serão adotados pela sociedade, por uma noção comparticipativa de democracia (*partnership conception*)¹⁹⁸.

Nesta comunidade democrática, cada cidadão atua como parceiro com iguais condições (fraternidade) de voz e de igual interesse nos resultados¹⁹⁹. Ao delinear essa sociedade em parceria, Dworkin não ignora a existência de uma maioria, entretanto, independentemente do credo ou religião, raça, gênero, posição socioeconômica ou orientação sexual, todos devem se respeitar e se reconhecer mutuamente. Como afirma, é possível que os negros, os pobres, os trabalhadores sem qualificação e os carentes de educação, por exemplo, tenham um direito abstrato à igualdade. De igual forma, os sujeitos prósperos, os brancos, os instruídos, e os trabalhadores qualificados também têm um direito à liberdade. Portanto, os dois conjuntos de direitos merecem consideração e respeito²⁰⁰.

Essa reciprocidade estampada nos direitos e garantias fundamentais, que decorrem de uma moral e exige da comunidade política coercitiva que todos os sujeitos sejam tratados com

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. p. 151.

¹⁹⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum: Belo Horizonte, 2011, p. 98-99.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 209-210.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 210.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 410.

igual consideração e respeito não quer dizer que existia um direito geral à liberdade²⁰¹. Liberdade e igualdade devem ser repensados.

O contrato social deve ser repensado não como um acordo, mas como “um dispositivo para extraír as implicações de certas premissas morais referentes à igualdade moral das pessoas”, dispositivo este que “impede as pessoas de explorar suas vantagens arbitrárias na seleção dos princípios de justiça”²⁰².

Estruturado a partir do “teste da inveja”, responsável por fazer com que cada pessoa pague pelos custos de suas próprias escolhas, a visão igualitária liberal é construída a partir da alegoria de um leilão dos recursos da sociedade. Como explica Kymlicka, imagine-se um leilão dos recursos da sociedade e todos possuem igual poder de compra, direcionando seus lances para os recursos que melhor se ajustam ao seu plano de vida. Concluído de forma satisfatória, as pessoas foram “tratadas com igual consideração, pois as diferenças entre elas simplesmente” reflete “suas diferentes ambições, suas diferentes crenças a respeito do que dá valor à vida”²⁰³.

As desvantagens naturais não são ignoradas, ao contrário, são reconhecidas, assim como se reconhece também a impossibilidade de alcançar a igualdade completa, já que, a tentativa de igualar os meios poderá resultar em impedimento para qualquer pessoa de alcançar seus fins, fracassando completamente na promoção da capacidade das pessoas de buscar seus objetivos²⁰⁴.

A distorção causada pela desigualdade seria mediada a partir de um complexo esquema de seguro, no qual cada um dos sujeitos estaria disposto, ao receber suas moedas iniciais para participar do leilão, a pagar um prêmio de seguro, garantindo certo nível de cobertura para as diferentes desvantagens que pudesse sofrer, fornecendo um terreno médio entre ignorar por completo as diferenças naturais e a impossível igualdade total de circunstâncias²⁰⁵. Em outras palavras:

Alguém que “perde” neste sentido deve trabalhar o suficiente para cobrir seu prêmio antes de estar livre para fazer as barganhas entre trabalho e consumo que teria estado livre para fazer se não houvesse feito o seguro. Se o nível de cobertura é alto, então, isso escravizará o seguro, não simplesmente porque o prêmio é elevado, mas porque

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 413-414.

²⁰² KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 76-78.

²⁰³ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 99-100.

²⁰⁴ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, p. 99-100.

²⁰⁵ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 101-103.

é extremamente improvável que seus talentos ultrapassem o nível que ele escolheu, o que significa que ele deve realmente trabalhar o máximo e que não terá muita escolha quanto a qual tipo de trabalho fazer²⁰⁶.

Nesta visão, a busca por uma sociedade mais justa e igual passa pelos avanços conquistados em um ambiente democrático e livre, ainda que de vez em quando um passo para trás seja dado, pois a divergência das pessoas sobre uma infinidade de complexas e importantes questões é condição de possibilidade para que se reconheça nelas uma comunidade verdadeiramente democrática e fraterna²⁰⁷ que saiba aprender a respeitar as diferenças²⁰⁸.

A todos os sujeitos constitucionais são atribuídos direitos e, por tal razão, todos os direitos individuais devem ser considerados, exigindo-se o tratamento de cada pessoa, individualmente valorada, com igual consideração e respeito, abrindo espaços para a liberdade²⁰⁹. São valores transportados pelo conceito de constitucionalismo, garantindo a indispensável limitação para proteção de direitos na dimensão estruturante da organização político-social republicana. E é através da garantia constitucional da igualdade, que somente se concretiza por meio de liberdades²¹⁰ moralmente importantes, como de expressão, orientação sexual, religiosa, de convicção, sendo efetivas e protegidas.

Mas o que seriam essas liberdades? A compreensão de liberdade perpassa pela igualdade como postulado, igualdade compreendida sob uma conceção liberal de quem o Estado deve tratar as pessoas com igual consideração e respeito (*treatment as an equal*)²¹¹, ou

²⁰⁶ Tradução livre. DWORKIN, Ronald. What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, no. 3, Wiley, 1981, pp. 185–246, disponível em <http://www.jstor.org/stable/2264894>.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press: Cambridge, 1986, p. 211-212.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. Law's ambitions for itself. The 1984 McCorkle Lecture. *Virginia Law Review*, vol. 71, number 2, mar/1985, p. 187.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 281.

²¹⁰ Ronald Dworkin desenvolve três argumentos visando justificar o direito à liberdade: a garantia de liberdades nomeadamente de expressão, e dois vieses de independência ética, se revelando pela liberdade em fazer escolhas fundamentais sobre o significado e importância da vida humana para nós mesmos e também pelo dever do Estado em não negar qualquer liberdade sob justificativa de popularidade ou entendimento majoritário sobre concepção da melhor maneira de viver. No original: “I stress in the book three types of argument we have available to justify liberty. First, we need some liberties, particularly of speech, because they are necessary to a fair and properly efficient democratic system of government. Second, we have a right to what I call ethical independence; this flows from the second fundamental principle I mentioned. We have a right to make fundamental choices about the meaning and importance of human life for ourselves, the right the Supreme Court recognized as justifying its holding that government must not prohibit early term abortion.5 Third, we have a right, again based in ethical independence, not to be denied any freedom when the government's justification rests on either the popularity or superiority of some conception of the best way to live. (DWORKIN, Ronald. Justice for Hedgehogs – Keynote Address. *Boston University Law Review*, vol. 90, nº. 469, p. 471-472, 2010).

²¹¹ We need a theory of liberty as well, and we must be aware of the danger that any plausible theory of liberty will conflict with the egalitarian theory of distributive justice I just described. It was Isaiah Berlin's claim

seja, “os direitos individuais a diferentes liberdades devam ser reconhecidos somente quando se puder mostrar que o direito fundamental a ser tratado como igual (*treatment as an equal*) exige tais direitos”²¹².

Igualdade e liberdade não colidem, não sendo direitos concorrentes, mas complementares, já que o direito à determinada liberdade deriva da concepção fundamental de igualdade²¹³.

Destarte, se uma determinada liberdade for exigida pelo princípio da *igual* consideração e respeito, então ela deve ser reconhecida como um *direito forte*, um verdadeiro *trunfo* contra o Estado, quando se poderá falar em democracia:

Democracia significa governo sujeito à condições – nós podemos chamar estas de condições “de democracia” – de posições de igualdade para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias atuam com respeito às condições de democracia, então as decisões destas instituições devem ser aceitas por todos em virtude disto. Mas quando não o fazem, ou quando a sua observância ou respeito é deficitário, não pode haver nenhuma objeção, em nome da democracia, a outros procedimentos que os protejam e os respeite de maneira efetiva. As condições de democracia são claras ao incluir, por exemplo, um requisito de que os cargos públicos devem, em princípio, serem acessíveis a membros de todas as raças e grupos de igual forma. Se alguma lei permitisse que apenas membros de determinada raça fossem elegíveis para um determinado cargo público, então não haveria nenhum custo moral – não importa o arrependimento moral a todos – se um tribunal que teve o poder de fazê-lo sob uma Constituição válida declarasse essa lei inconstitucional. Esta presumivelmente seria uma ocasião em que a premissa majoritária foi desconsiderada, mas mesmo que esta seja uma questão de desgosto segundo a concepção majoritária de democracia, não está de acordo com a concepção constitucional²¹⁴.

Ao tomar como princípios éticos basilares, conformadores da dignidade da pessoa

that this is necessarily the case. (DWORKIN, Ronald. Justice for Hedgehogs – Keynote Address. *Boston University Law Review*, vol. 90, nº. 469). Ainda: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 420.

²¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 421.

²¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 421.

²¹⁴ Tradução livre, no original: “*Democracy means government subject to conditions - we might call these the “democratic” conditions - of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide an respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect an respect them better. The democratic conditions plainly include, for example, a requirement that public offices must in principle be open to members of all races and groups on equals terms. If some law provided that only members of one race were eligible for public office, then there would be no moral cost - no matter for moral regret at all - if a court that enjoyed the power to do so under a valid constitution struck down that law as unconstitutional. That would presumably be an occasion on which the majoritarian premise was flouted, but though this is a matter of regret according to the majoritarian conception of democracy, it is not according to the constitutional conception*” (DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: HUP, 1996, p. 17-18.)

humana, o respeito por si mesmo, imputando a cada pessoa o dever de levar a sério sua própria vida, e a autenticidade, cabendo a cada um a responsabilidade por identificar quais devem ser os critérios de sucesso da sua própria vida, Dworkin promove uma coerência valorativa que desagua no respeito ao próximo, de forma que a vida de cada um dos indivíduos é objetiva e igualmente importante à de qualquer outro²¹⁵.

A atuação de forma contrária ao dever de igual consideração e respeito viola também a moralidade e afeta de forma negativa a ética, pois é da integração destas que emerge a responsabilidade de cada um perante os demais e o dimensionamento da responsabilidade moral.

A própria concepção de sujeito de direito exige cidadãos livres e iguais, tornando a recíproca verdadeira, já que somente pode-se falar em liberdade e igualdade quando diante de sujeitos de direitos²¹⁶, tornando estes princípios essenciais para democracia, senão vejamos:

Um governo só é legítimo se subscrever dois princípios dominantes. Em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso. Estes princípios orientadores estabelecem limites em torno das teorias aceitáveis da justiça distributiva – as teorias que estipulam recursos e as oportunidades que um governo deve atribuir às pessoas que governa²¹⁷

O descolamento do princípio democrático da posição majoritária valoriza a base principiológica estruturante do Estado de Direito – portanto, democrático – privilegiando o sujeito constitucional, pois, “na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos”, ao passo que a democracia moderna repousa em uma concepção individualista da sociedade com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como fundamento, antes desconhecido nas democracias antigas²¹⁸. Em outras palavras:

[...] a partir concepção constitucional da democracia, que é qualitativa, pois intimamente vinculada à igualdade, e não quantitativa, a decisão do Tribunal é democrática se restaura a igualdade violada entre os cidadãos, ou seja, o objetivo da democracia não é a expressão da vontade majoritária, mas sim que as instituições dediquem o mesmo respeito e consideração a todos os indivíduos. Portanto, quando é necessário para restaurar a igualdade, a democracia deve valer-se de

²¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 203.

²¹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 62.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011, p. 14.

²¹⁸ BOBBIO, Noberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 380.

procedimentos não-majoritários²¹⁹

E o respeito e consideração a todos os indivíduos, emprestando uma concepção qualitativa ao princípio democrático, somente pode ser alcançado discursivamente, o que exige a participação, ou seja, pela comunicação orientada para entendimento recíproco.

E a moral pessoal serve de base para sustentação da moralidade política, que é condição de possibilidade para os atos de autoridade e coerção estatal, dispensando um tratamento justificado e coerente para as pessoas²²⁰ e fundamentando os direitos políticos que constituem *trunfos* do cidadão diante do governo, exigindo igual consideração e respeito.

Há um valor da *performance* que traz a responsabilidade de cada um viver bem, ou seja, esforçar-se para criar uma vida boa, sujeita apenas a algumas restrições essenciais à dignidade humana, mas que seja adverbial e não adjetivo, o valor se encontra no modo como se vive e não no resultado. Lançando mão da analogia, pode-se comparar a vida com a arte. É como comprar uma pintura original, o valor decorre de uma determinada *performance*, enquanto uma mera cópia daquela pintura, apesar de terem resultados parecidos, não possuem o mesmo valor.

A ética representaria, portanto, o esforço para *viver bem*, enquanto, se quisermos viver bem, há regras do que devemos fazer e deixar de fazer pelos outros, definidas pela moral²²¹. Os padrões morais “prescrevem como nós devemos considerar os outros”, e os padrões éticos se referem a “como nós mesmos devemos viver”²²²

O cuidado é para não acreditar em uma confusão entre direito e moral ou de defesa da “moralização do direito”, ao contrário, o direito atual, em alguma medida, atua como função corretiva da moral, evitando que grupos majoritários ou mesmo um grupo politicamente organizado de indivíduos imponham seus próprios interesses sobre as demais pessoas de forma ilegítima, com quebra da moralidade política, evitando o comprometimento do pluralismo representativo da sociedade da alta modernidade²²³, ao mesmo tempo em que

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: HUP, 1996, p. 26.

²²⁰ BRUSSACK, Robert D. *The second labor of Hercules: a review of Ronald Dworkin's Law's Empire*. 23 Ga. L. Rev., 1989, p. 1137.

²²¹ É interessante a proposta da seguinte metáfora: Imaginem pessoas nadando em raias separadas de uma piscina. Estes indivíduos podem trocar de raia para auxiliar os outros nadadores, porém não para machucá-los. A moral, nesta ilustração, definiria as raias que separam os nadadores; e estipularia quando alguém deve trocar de raia — para ajudar os outros nadadores, sempre — e em que condições seria proibida a troca de raias. A ética estaria ocupada em definir o que é nadar bem em sua própria raia.

²²² DWORKIN, Ronald. *O que é uma vida boa?* São Paulo: FGV, 2011, p. 14.

²²³ MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008, p. 296.

permite ao cidadão atuar juridicamente por exigência moral.

Ao distinguir moral e ética, abre-se a possibilidade de busca por padrões éticos capazes de orientar a interpretação de conceitos morais, “os quais devem ser compreendidos de forma a se encontrar quais objetivos pessoais se adequariam, de um lado, e se justificariam obrigações imputáveis a cada um de nós, de outro”²²⁴.

Não há conflito entre direito e moral, mas aquele é um desdobramento da moral política, que decorre de uma moral pessoal mais geral e, por sua vez, tem origem na ética. Surge aqui a importância na proposição da unidade do valor, senão vejamos:

A tese da unidade do valor guarda, portanto, uma consequência teórica fundamental: a integração entre a moralidade e a ética. Se cada um de nós tem alguma razão para pensar que sua própria vida é importante, isso seria motivo o bastante para que cada um também se importasse com a vida alheia? De acordo com o princípio kantiano (aceito por Dworkin), segundo o qual é impossível a cada um respeitar a própria humanidade sem, ao mesmo tempo, respeitar a humanidade nos outros, então a resposta à pergunta deve ser, necessariamente, positiva²²⁵.

Em um âmbito geral e abrangente, as perspectivas éticas, morais e políticas traçadas não demandam maiores esforços, pois a proposição de que os cidadãos devem receber do Estado igual consideração e respeito não encontrará resistência ou conflitos. Contudo, ao se concretizar estas perspectivas, em decorrência da pluralidade de indivíduos, surgirão divergências e controvérsias e seu dimensionamento exige uma teoria do direito integra e coerente para sua solução.

A construção dessa racionalidade e espaço deliberativo exige, então, a fixação da teoria do direito a ser utilizada para subsidiar ideologicamente em uma concepção normativa democrática liberal-igualitária.

3.2 Integridade, Resposta Correta e Erros Institucionais

O construtivismo-jurídico de Ronald Dworkin busca afastar a discricionariedade no exercício do poder por meio da justificação do uso coercitivo deste pode, propondo a constante busca pela resposta correta, a partir da justificação pelos valores políticos, morais e éticos daquela sociedade de princípios.

²²⁴ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, v. 263, jan. 2017, p. 342.

²²⁵ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud, HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação, p. 345.

Tomando como premissa a adoção do modelo de comunidade de princípios²²⁶, as decisões proferidas no exercício do poder pela autoridade decorre do sistema de princípios pressuposto, reconhecido e motivado na decisão.

O Direito como *integridade*, proposto através de sua obra *O Império do Direito*, defendendo que o direito deve ser enxergado como um complexo de normas que tem como característica principal o poder de apresentar soluções jurídicas a quaisquer situações fáticas, mesmo que estas pareçam não estar direta e devidamente reguladas pelo ordenamento jurídico.

Para desenvolver sua teoria, o autor americano tece algumas críticas às concepções acerca do Direito dos modelos do convencionalismo e do pragmatismo jurídico para, então, propor uma nova visão de entendimento: o Direito como integridade.

Desconstituindo a teoria do convencionalismo em virtude da necessidade de convenção política anterior e, portanto, faz com que se apresente “uma descrição muito distorcida do modo como as práticas estabelecidas vêm a ser questionadas e modificadas”, também do pragmatismo, que “torna mais difícil prever o modo como vão se comportar os tribunais nos casos”²²⁷.

Como solução, apresenta a visão do Direito como integridade, que “nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro”²²⁸.

Em outra análise, se o convencionalismo está ligado somente ao passado e o pragmatismo somente ao futuro, o Direito como integridade, por sua vez:

[...] combina elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas ou nenhuma

²²⁶ Dworkin aponta a existência de três modelos distintos a partir da prática política de uma sociedade. Para se considerar uma comunidade política, deve-se preencher quatro diferentes aspectos de obrigações, que devem ser: *i*) especiais para seus membros (não acessíveis aos não membros); *ii*) gerais, com critérios amplos e aplicáveis a vários outros casos; *iii*) pessoais, que se tem de uma pessoa para com a outra; *iv*) vinculadas a um interesse igual com cada membro. Presentes estes aspectos, pode-se avaliar a comunidade como acidente de fato no tempo e espaço, na qual não há uma associação genuína, mas instrumentista, em que cada membro busca utilizar o outro apenas como instrumento para seus próprios fins; uma comunidade de regras representa a associação pela aceitação, por seus membros, da obediência a regras previamente estabelecidas pela própria comunidade e a comunidade de princípios, já tratada em linhas anteriores, compreendida como uma comunidade em parceria.

²²⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 181-192.

²²⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

delas²²⁹.

Entende-se, então, como modelo mais adequado para a compreensão do presente trabalho, o do Direito como integridade de Dworkin, segundo o qual o Direito não é apenas uma série de convenções políticas tomadas no passado, nem pode ser tratado desta forma pelo magistrado, razão pela qual se nega o uso do poder discricionário, típico dos modelos abordados anteriormente, sem entender que o Direito é incompleto.

Isso se dá na medida em que se compreendem os princípios como integrantes do ordenamento jurídico, sendo o direito completo e coerente ao mesmo tempo. Nesse sentido é pertinente a observação de Carvalho Neto:

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade de decisão às particularidades do caso concreto²³⁰.

Admitido o Direito como um conceito interpretativo, estruturado por meio de um modelo de regras e princípios, é possível identificar os padrões normativos a partir da distinção de sua estrutura, pois, enquanto as regras obedecem à lógica do tudo-ou-nada, resolvendo os casos por exclusão ou exceção, os princípios obedecem a uma lógica de ponderação, resolvendo os casos difíceis por precedência ou prioridade, a partir de razões fornecidas para agir ou decidir em determinado sentido, sem consequência jurídica imediata²³¹, como já defendido no capítulo anterior.

Há, portanto, um modelo de normas, composto por regras e princípios, que vinculam os juízes, impedindo-os de lançarem mão da discricionariedade em sentido forte sob fundamento de ausência de regra aplicável ao caso concreto, não sendo admitida a utilização

²²⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

²³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 473-482.

²³¹ A construção é feita por Dworkin em seu “Modelo de Regras I”, artigo que acabou se tornando o capítulo 2 da obra “Levando os Direitos a Sério”, num confronto com as três ideias básicas do positivismo jurídico de Hart, que defenderia ser o direito exclusivamente um conjunto de regras, conhecidas mediante um teste de *pedigree* e desaguando no discricionarismo judicial quando estas regras não fornecem uma solução para um caso difícil. (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010)

de padrões metajurídicos para solução de casos difíceis²³².

Por meio desse padrão de princípios utilizados na busca da coerência, o direito como integridade busca a melhor argumentação para a justificação das decisões, voltando-se tanto para o passado quanto para o futuro, recusando a ideia da existência de um direito pré-existente ou mesmo a invenção de um novo direito, vez que se comprehende melhor a prática jurídica a partir do reconhecimento de que as decisões judiciais contém as duas coisas e, ao mesmo tempo, nenhuma delas²³³.

O juiz, na análise dos casos concretos, deve observar os elementos específicos de cada caso, levando em conta todo o sistema de princípios que constitui o Direito. É nesse sentido a proposta do Direito como Integridade, defendendo o direito “estruturado por um conjunto coerente de princípios”²³⁴.

A construção da teoria do direito como integridade é feita por Dworkin cindindo a integridade por dois distintos vieses: integridade na legislação e integridade na aplicação, como explica Baracho Jr.:

A integridade é dividida por Dworkin em integridade na legislação e integridade na aplicação. No primeiro caso, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios, no segundo, requer-se que aqueles responsáveis por decidir o sentido da lei busquem coerência com a integridade. Isso explicaria porque os juízes devem conhecer o corpo de normas que eles administram como um todo, e não como um cenário de decisões discricionárias no qual eles são livres para fazer ou emendar as normas, uma a uma, com interesse meramente estratégico²³⁵.

Dando subsídio teórico a integridade do Direito nos casos concretos, Dworkin reassume sua tese do romance em cadeia, trabalhando através dessa metáfora para justificar a interpretação das decisões judiciais no Direito como integridade. Assim o autor discorre:

[...] um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade²³⁶.

²³² DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

²³³ LACERDA, Ludmila Lais Costa. A metateoria e o contrafactual em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade de Direito - RFD - UERJ*. n. 31. Rio de Janeiro. Jun. 2017, p. 205-228.

²³⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

²³⁵ BARACHO JR., José Alfredo de Oliveira, Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 276.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276.

O modelo interpretativo do romance em cadeia edificado traz a ideia de que diferentes escritores têm a tarefa de elaborar um roteiro, responsabilizando-se cada um deles em compor parte deste roteiro inacabado, prevalecendo a ideia de conjunto, objetivando o resultado integrado – direito como integridade.

Essa concepção de interpretação pode ser vista sob dois distintos enfoques, que se referem à adequação, em que se avalia a integração do escritor à elaboração da trama, seu grau de desenvolvimento e o poder explicativo geral; e à interpretação, que demandaria do escritor a melhor redação, desaguando como produto final a decisão.

Como consequência, cabe ao juízo analisar o direito como um todo, em que, não apenas os sujeitos do processo, mas toda sociedade – e aqui se inclui sujeitos do processo, doutrina, terceiros interessados, *amici curiae* – são participes de uma contínua construção do Direito, como esclarece Chamon Jr. ao tratar do romance em cadeia:

A metáfora do romance em cadeia nos leva a nos interpretar como participantes dessa construção do Direito: afinal pertencemos à comunidade jurídica autora do Direito. Uma comunidade que se reconhece como uma comunidade de princípio em suas práticas porque assim é capaz de interpretar a si mesma de maneira coerente²³⁷.

Dworkin, ao resgatar o recurso argumentativo contrafático do juiz Hércules, propõe conhecer as hipóteses a serem consideradas em busca da melhor interpretação - com o fito de justificar como deveria ser a postura do juiz na atuação no caso concreto. A alegoria filosófica de Hércules é representativa da preocupação de Dworkin com a legitimidade do direito e da coerção estatal²³⁸ e constante busca pela única resposta correta, mas, principalmente, com a integridade e coerência do Direito.

Constitui um desafio para Hércules, em seu processo interpretativo, reconhecer que o direito é uma criação das leis, ao mesmo tempo em que segue as decisões proferidas no passado. Esse desafio “o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capazes de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais e também para as leis e para a Constituição”²³⁹.

A hipérbole dworkiniana do juiz Hércules acaba por receber duras críticas, apontada

²³⁷ CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 59.

²³⁸ BRUSSACK, Robert D. *The second labor of Hercules: a review of Ronald Dworkin's Law's Empire*. 23 Ga. L. Rev., 1989, p. 1139.

²³⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de. A contribuição da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. *Revista do Mestrado em Direito - UCB*, vol. 10. n. 2. jul-dez 2016. Brasília, 2016, p. 431-449.

como um “paradoxo incontornável” ou até mesmo a defesa de uma “sobrecarga idealizante na atividade decisória dos juízes”²⁴⁰, o que parece ser resultado de uma leitura açodada.

Ao tratar sobre precedentes, a referência alegórica de Hércules reconhecia a força gravitacional exercida pelas decisões anteriores nos casos posteriores, fornecendo uma exigência de equanimidade (*fairness*), devendo serem considerados seriamente seus argumentos de princípios de justificação. Exercia, portanto, uma proposta contrafática para se afastar de suas preferências pessoais em favor da discursividade, de suas convicções pessoais pelo Direito, ainda que considerasse uma norma um erro.

Mais do que isto, Hércules apresenta e possibilita que suas decisões sejam objeto de crítica, por meio do fundamento, em uma *accountability* que permite o constante aperfeiçoamento argumentativo e técnico das decisões, com redução dos erros - que são inevitáveis ao reconhecer a falibilidade humana.

O direito como integridade reconhece os juízes no exercício das figuras de autores e críticos dessa história (romance), pois assumem o papel de interpretar criticamente as decisões (capítulos) anteriores, já escritos, diante da Constituição, das Leis e dos argumentos discursivos apresentados e, em seguida, sua própria decisão, seu próprio capítulo também será objeto de estudo e de críticas.

Parece ficar evidente que integridade não é apenas coerência, ou seja, não basta que se considere a decisão anterior, o capítulo anterior do romance, para que a cadeia tenha sentido lógico ou se decida de igual forma, ao contrário, é necessário um olhar crítico para os capítulos anteriores. Como explica Dworkin, integridade não é apenas coerência sob um nome mais grandioso:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (...). A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em busca de coerência com o princípio fundamental²⁴¹.

Percebe-se os motivos que levaram Dworkin a afirmar que as proposições jurídicas

²⁴⁰ LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

²⁴¹ DWORAKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 264-265.

não são meras descrições da história jurídica, nem são simplesmente valorativas, mas combinam elementos descritivos e valorativos decorrem da compreensão da integridade do Direito no exercício de sua função contrafática.

Lembre-se que, o argumento decisivo da integridade do Direito reside na comunidade de princípios e o juiz deve se colocar como um parceiro do empreendimento político na tentativa de formar a melhor decisão possível, considerando as decisões, convenções e práticas que foram aquela história.

A necessidade de igual consideração e respeito está ramificada em valores políticos, morais e éticos que representam uma *unidade do valor*, apresentada no tópico anterior, profundamente marcada pela concepção normativa democrática liberal-igualitária, que considera uma comunidade de princípios.

Como aponta Sarmento, a teoria da integridade defende um direito positivo estruturado por regras e princípios, assegurando pela jurisprudência discursiva a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada indivíduo pertencente à sociedade em parceria o direito de igual respeito e consideração, defendendo “a ideia de revisão judicial sufragada por uma comunidade de princípios e interpretada por uma leitura moral da Constituição”²⁴².

É a integridade que exige a constante e progressiva busca pela única resposta correta no caso concreto que, apesar de ser coerente e levar em consideração das decisões anteriores, não é mecanicamente sua (re)aplicação, mas a construção de uma nova decisão construída sob discurso jurídico crítico.

Nas palavras de Flávio Pedron, a figura de linguagem de Hércules é capaz de revelar que o juiz “não está preso no passado e não é obrigado a seguir as decisões se verificar que há *erros* em algumas delas, contudo, ele se sente obrigado *moralmente* a seguir os precedentes que se mostrarem coerentes”²⁴³.

Ao se analisar a teoria dos erros institucionais idealizada por Dworkin com o fito de solucionar os problemas encontrados por Hércules na tentativa de garantir a consistência e a equanimidade dos precedentes, apercebe-se que, neste momento:

²⁴² SARMENTO, Vitor Seidel. O papel da jurisdição constitucional à luz das teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron. *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 11, n. 35, 01 jan. 2014. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista035/O_PAPEL_DA_JURISDICAO_CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em 21 março 2021.

²⁴³ PEDRON, Flávio Quinaud. Que Críticas da Teoria do Direito como Integridade de Dworkin Pode Fazer contra a Tese do Livre Convencimento Motivado do Magistrado? *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria, v. 13, n. 2, 2018, p. 768.

Hércules não deve reproduzir todas as decisões, mas sim, filtrar, no curso da história institucional, os erros e acertos, desenvolvendo, assim, uma teoria dos erros institucionais – o que, mais uma vez, destaca sua opção por uma teoria hermenêutica crítica e não uma postura positivista (convencionalista) a respeito dos precedentes²⁴⁴.

Filtrando esses erros, Hércules deve lidar com eles e, para tanto, precisará fazer uma distinção entre a autoridade específica presente naquela decisão institucional. Em outras palavras, determinar a capacidade de produzir determinados resultados previstos pela decisão de maneira explícita - do que constitui sua força gravitacional, capaz de influenciar decisões futuras.

Para desenvolver e aplicar a teoria dos erros institucionais, Dworkin se vale do princípio da equanimidade, ou seja, Hércules tem o dever de tratar todos de forma igual, na medida de suas semelhanças e deve fazê-lo tanto no passado quanto no presente e também no futuro.

Dessa forma, Hércules precisaria avaliar os princípios justificadores evocados pela decisão do passado e determinar se tal padrão principiológico ainda é aceito pela comunidade política do presente, ou seja, o padrão principiológico justificador da decisão passada não pode se mostrar obsoleto se comparado com a situação atual da comunidade.

Se, após essa avaliação, Hércules chegar à conclusão de que os princípios que justificam a decisão institucional do passado não são mais adequados, ou seja, estão ultrapassados, se mostra difícil que estes produzam novas decisões judiciais que os tenha como base.

Assim, Hércules deve afastar essa decisão, agora considerada equivocada, e abrir espaço para um novo argumento de equanimidade, mais adequado à nova realidade da comunidade política. Para além disso,

[...] outro fator que relativiza a aplicação do argumento de equidade é se Hércules entender, com base na moralidade política da comunidade, que um argumento de princípio, que fundamentou certa decisão institucional pretérita, passou a mostrar-se injusto, na conjuntura atual, e que, portanto, não deveria ser aplicado a casos semelhantes a mesma solução. Neste caso, mesmo que o argumento de princípio injusto mantenha-se aceito pela comunidade, não mais poderá ser sustentado pelo argumento da equidade²⁴⁵.

Em assim sendo, cabe a Hércules a tarefa de ampliar sua teoria de maneira a permitir

²⁴⁴ PEDRON, Flávio Quinaud; CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de. A contribuição da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. *Revista do mestrado em direito - UCB*, vol. 10. n. 2, jul-dez 2016. Brasília, 2016. p. 431-449.

²⁴⁵ SILVA, Aline Prado. *Legitimidade e decisão: a construção do julgamento dos casos difíceis pela teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 85.

que se inclua a ideia de que seria possível que uma justificação da história institucional pode conter um equívoco em determinada parte²⁴⁶.

Portanto, sempre que é chamado a decidir a partir de um precedente e, por consequência, à construir uma estrutura principiológica justificadora que se coadune com as exigências do argumento de equanimidade, Hércules se vê ante à necessidade de analisar a história institucional e classificá-la enquanto corrige quaisquer erros possíveis²⁴⁷.

A correção de possíveis erros institucionais por Hércules garante que sempre há de existir uma estrutura de princípios organizados que se coadunam com o sistema jurídico vigente e que serão capazes de justificar a decisão tomada como sendo a decisão correta para o caso concreto.

Essa resposta correta, construída por meio da justificação argumentativa que corrige os equívocos encontrados por Hércules e está em plena conformidade com a *praxis* tanto jurídica quanto social da comunidade de princípios, que aceita a noção de integridade do direito.

Mesmo que para se chegar à resposta correta no momento da resolução de um caso difícil, Hércules precise corrigir os equívocos dentro da história institucional, é certo que ele não pode fazer uso indiscriminado desse instrumento, vez que se tivesse plena soberania para considerar como erro quaisquer aspectos da história institucional sem que, para tanto sua teoria geral sofresse consequências, não se poderia considerar a existência, de fato, de uma exigência de constância dos precedentes²⁴⁸.

Dworkin entende que, para que Hércules possa corrigir tais erros institucionais e chegar à resposta correta, a teoria dos erros institucionais deve ser dividida em duas partes, sendo uma parte responsável por demonstrar quais seriam as consequências de se considerar uma parte da história institucional, um evento passado, como erro; a outra parte sendo responsável por limitar o número de erros que podem ser excluídos por Hércules na resolução do caso.

Essa primeira parte da teoria dos erros institucionais será construída por meio de uma subdivisão em dois conjuntos distintos, nos quais, em primeiro lugar, distinguirá entre, de um lado, “a autoridade específica de qualquer evento institucional, que corresponde ao seu poder de produzir, enquanto ato institucional, exatamente aquelas consequências institucionais que

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 189.

²⁴⁷ MONICA, Eder Fernandes. A teoria de Dworkin para a superação da tensão entre segurança jurídica e decisão justa. *Revista de Direito Público*. vol 2. n. 3. set/dez 2007. Londrina, 2007, p. 83-98.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 189.

descreve e, por outro lado, sua força gravitacional”²⁴⁹.

Nesta primeira distinção da primeira parte da teoria dos erros institucionais, Hércules poderá classificar um evento, dentro da história institucional, como erro a partir do questionamento de sua força gravitacional e o consequente afastamento dessa força sem que, com isso, a autoridade específica do evento seja comprometida.

Já no que se refere à segunda distinção na primeira parte da teoria dos erros, esta se voltará para os tipos de erros, distinguindo-os entre erros enraizados e erros passíveis de correção. Dessa forma,

[...] os primeiros são aqueles cuja autoridade específica acha-se estabelecida de tal maneira que ela sobrevive à perda de sua força gravitacional; os segundos são aqueles cuja autoridade específica depende da força gravitacional, de modo que ele não pode sobreviver à perda dela²⁵⁰.

Em assim sendo, tem-se que a segunda distinção dessa primeira parte da teoria dos erros institucionais funda-se na diferenciação entre os erros - aqueles enraizados e aqueles passíveis de correção -, sendo enraizados aqueles tipos de erros que não perdem o seu poder de autoridade específico, mesmo que venham a perder a sua força gravitacional; e sendo erros passíveis de correção aqueles que possuem uma autoridade específica como mero acessório de sua força gravitacional e, portanto, “sua classificação garantirá autoridade às leis, mas não a sua força gravitacional”²⁵¹.

Ao se tratar da segunda parte da teoria dos erros institucionais, Hércules se veria ante a questões mais trabalhosas, uma vez que:

Dele se exige, devido à justificação que apresentou da prática geral do precedente, que componha uma justificação mais detalhada, na forma de um esquema de princípios, para o conjunto das leis e das decisões do direito costumeiro. Contudo, uma justificação que designe uma parte daquilo que deve ser justificado como errônea já será, prima facie, mais frágil do que outra que não o faça²⁵².

Construída tendo como pilar a equanimidade, pode-se dizer que a correção será formada por uma justificação detalhada e um esquema principiológico a ser utilizado em todo o conjunto de leis e decisões.

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 189-190.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 189-190.

²⁵¹ PEDRON, Flávio Quinaud. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir do julgamento da ADPF n. 132. *Revista de Direito da Faculdade Ganambi*, Ano 2, Vol. 2, n. 1. jan/jun 2016, p. 157-182

²⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 190.

Caso Hércules venha a conseguir demonstrar que um princípio já não poderá dar origem a novas decisões por ele justificadas, mesmo que no passado tenha servido como fundamento determinante, haverá o enfraquecimento do argumento da equanimidade.

Tem-se que se Hércules conseguir demonstrar, por meio de um argumento de moralidade política, que o princípio se tornou injusto, demonstra-se que o argumento de equidade que o sustenta será inválido²⁵³.

Desse modo, percebe-se que Hércules precisará aplicar duas máximas distintas na segunda parte de sua teoria dos erros institucionais, uma dessas máximas levará apenas ao enfraquecimento do princípio que justificava a decisão pretérita, a outra acarretará a completa invalidação do princípio justificador do precedente.

Logo, verifica-se que a teoria dos erros institucionais de Dworkin é instrumento vital para a correta compreensão dos precedentes, uma vez que não se pode admitir a aplicação de padrões decisórios a partir da máxima de tudo-ou-nada, ao contrário, sendo precedentes mero princípio argumentativo, é impossível sua aplicação quando verificada a existência de um erro institucional no passado, que não se pode perpetuar para o futuro, exigindo-se, assim, sua correção, com a superação do entendimento.

²⁵³ PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da “única resposta” correta, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Ano VIII. n. 45. abr/jun, 2009, p. 102-109

4 PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO

A relação entre democracia e processo revela-se como garantia de “direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional” derivado de uma “tensão interna, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, entre a pretensão de legitimidade e positividade do Direito”²⁵⁴.

Por essa razão, a legitimação da decisão somente pode ser alcançada na democracia através da estruturação de procedimentos baseados em um modelo democrático de processo, sob uma “perspectiva interpretativa que poderá, caso aplicada, garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em dimensionamento espaço-temporal adequado”²⁵⁵.

A fixação de uma teoria do processo constitucionalmente adequada é essencial para estabelecer a busca pela resposta correta no exercício da jurisdição, preocupando-se com a garantia da participação diante de um contraditório compreendido como influência e não surpresa, garantido um plano policêntrico de atuação e responsabilidades.

4.1 A Legitimação pela Comparticipação e pelo Policentrismo

A construção da legitimação da decisão ocorre a partir da observância do procedimento jurisdicional democrático, a partir da garantia de comparticipação (simétrica paridade) exercida em um plano policêntrico e guiado por um contraditório como influência e não surpresa.

Isto porque, viabiliza o processo que a sociedade promova a auto valoração da conduta (feita por ela própria), através dos procedimentos em contraditório admitidos na lei fundante da ordem jurídica, não podendo ser declinada a um único e exclusivo indivíduo participante do procedimento, pois os sistemas democráticos se caracterizam pelo pluralismo, e não monólito, representando verdadeira contradição lógica pressupor a inexistência dessa

²⁵⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. O Processo Constitucional como Instrumento da Jurisdição Constitucional. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte: v. 3, nºs. 5 e 6, p. 164, jan./dez. 2000.

²⁵⁵ NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 176. Em mesmo sentido; GOMES DE FREITAS, Christiano Rodrigo. DURO, Cristiano. Legitimação Decisória no Novo Código de Processo Civil. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza: Unichristus, ano 12, nº. 16, p. 120, jan./dez. 2014.

pluralidade²⁵⁶.

O direito processual contemporâneo permite a legitimação da decisão, por meio da participação do povo na construção do provimento, pois no Estado Democrático o poder é mais que qualidade ou atributo do Estado, mas condição de existência, poder esse uno e indivisível emanando exclusivamente do povo – sujeito constitucional – e, em última análise, é o povo legitimador da existência do próprio Estado de Direito Democrático, com os princípios constitucionais “definidos nas garantias da ampla defesa, do contraditório e direito ao advogado e isonomia”²⁵⁷ reunidos pelo instituto do devido processo.

A legitimação da decisão (seja ato administrativo, judicial ou político) somente pode ser alcançada na democracia através da estruturação de procedimento baseado em um modelo democrático de processo, “perspectiva interpretativa que poderá, caso aplicada, garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em dimensionamento espaço-temporal adequado”²⁵⁸.

A insuficiência das propostas teóricas anteriores sobre o conceito de processo processos foi descortinada pela teoria estruturalista de Fazzalari²⁵⁹, divulgada no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves²⁶⁰, sob estrutura do procedimento em contraditório, que se torna pedra angular da Escola Mineira de Processo, elevando essa teoria para um nível constitucionalizado²⁶¹, exigindo a participação do jurisdicionado na formação da decisão e permitindo sua legitimação.

Erguido o processo a um “esquema mais complexo de procedimento”²⁶², cuja

²⁵⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 163-164.

²⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 54.

²⁵⁸ NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 176.

²⁵⁹ Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 91-92.

²⁶⁰ A primeira edição é de 1992: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

²⁶¹ Ronaldo Brêtas, partindo de Marco Félix Jobim (Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 66-68), explica que as “ideias e pensamentos jurídicos com inúmeros pontos científicos em comum resultou no surgimento de uma Escola Mineira de Processo” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 1-2)

²⁶² NUNES, Dierle. O Princípio do Contraditório: uma garantia de influência e não-surpresa. In: HORTA TAVARES, Fernando. *Constituição, Direito e Processo: Princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 145.

característica marcante é a “constância do contraditório entre as partes”²⁶³ em simétrica paridade, torna-se o marco inicial no qual a “doutrina jurídica vem percebendo a profunda e crescente importância do processo como modelo ideal de participação dos próprios destinatários”²⁶⁴.

Além do contraditório (estrutura dialética do procedimento), a teoria estruturalista dá novos contornos à imparcialidade e simétrica paridade, tomando a legalidade como condição de realização desta integração entre as bases de um *processo* visto como procedimento em contraditório²⁶⁵.

Difere-se o *processo* do procedimento ao obedecer a uma lógica de dialeticidade, mediante técnicas de argumentação e justificação, conduzida sob a cooperação das partes²⁶⁶ em relação ao espaço-discursivo estabelecido, não merecendo reparos Eduardo Talamini ao afirmar que o “contraditório é tão relevante para o fenômeno processual que se pode afirmar que só existe processo, e não mero procedimento, quando incide aquela garantia. Não se trata apenas de um requisito para legitimidade do processo, mas de elemento constitutivo”²⁶⁷.

Este *processo* fazzalariano torna-se referente-lógico (antecedente obrigatório) dos atos de império (exercício do poder) do Estado (legislativo, executivo e judiciário)²⁶⁸ – e não apenas jurisdicional, como era o *processo* resultante de uma visão instrumentalista-procedimental derivada de improbidade terminológica entre *processo* e procedimento.

²⁶³ Tradução livre, no original: “[...] la contanza del contraddittorio fra le parti” (FAZZALARI, Elio. Diffusione del Processo e compiti della Dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, nº. 3, p. 875, 1958).

²⁶⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.148. A observação feita por Aroldo Plínio não sofreu qualquer alteração com relação à edição anterior, encontrada *ipsis litteris* em GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1^a Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 168.

²⁶⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 147-157.

²⁶⁶ Nicola Picardi esclarece que, “enquanto alguns procedimentos são demonstrações de uma razão calculada, como aqueles meramente formais (pensa-se em algumas técnicas de automação aplicadas à Administração Pública), o processo (ao menos em seu momento fundamental: o julgamento) obedece a uma lógica diferente, uso de uma técnica argumentativa e de justificativa. Uma vez apresentado o ponto de vista ao juiz, o contraditório torna-se a pedra angular da pesquisa dialética, conduzida em cooperação das partes”. Tradução livre, no original: “Mentre alcuni procedimenti sono espressioni di una ragione calcolante, come tali anche formalizzabili (si pensi ad alcune tecniche di automazione applicate alla pubblica amministrazione), il processo (quanto meno nel suo momento fondamentale: il giudizio) obbedisce ad una logica diversa, a tecniche argomentative e giustificative. Una volta spostato l’angolo visuale sul giudice, il contraddittorio diviene il cardine della ricerca dialettica, condotta con la collaborazione delle parti” (PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione All’alba del Terzo Millenio*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 248). Neste sentido, ainda: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8^a Ed. Padova: CEDAM, 1975, p. 83.

²⁶⁷ TALAMINI, Eduardo. A Objeção na Execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. RePro - Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 32, vol. 153, p. 13, nov. 2007.

A parametrização do *processo* como procedimento em contraditório a partir de uma legalidade, substancializada na imparcialidade e simétrica paridade, permite a superação do “velho e inadequado clichê pandectístico da relação jurídica processual”²⁶⁹ e a incansável busca por escopos metajurídicos, verdadeiros instrumentos de fissura no ordenamento jurídico pelo julgador.

A teoria estruturalista foi inserida em dificuldades lógicas argumentativamente quando contraposta ao modelo constitucional de *processo*, seja por não interrogar “aqua jurisdição ontologicamente atrelada à atividade do juiz”, permitindo *jurisdição sem processo*²⁷⁰, seja por não questionar os fundamentos teóricos, sem apontar o que poderia ser compreendido por contraditório, simétrica paridade, igualdade e imparcialidade perante a ordem constitucional, em virtude de uma limitação de seu próprio horizonte histórico²⁷¹.

Entretanto, apesar das aporias apontadas, promoveu-se verdadeiro salto ao condicionar o exercício do poder por qualquer função do Estado à participação (legitimização), de forma que, apesar de exigir uma análise crítica dos fundamentos propostos, serve de claro indicativo para um processo constitucional democrático²⁷².

Imparcialidade do juiz, a legalidade e a correção das decisões são elementos inerentes a legitimidade²⁷³ da decisão, ao passo que afasta a discricionariedade para uma decisão construída em um espaço hermenêutico com interdependência entre as partes (policentrismo) que busca a construção da única resposta correta, como defendido por Dworkin²⁷⁴.

Estampa-se que na democracia existe a proceduralização do poder, de forma a permitir ao cidadão promover sua auto inclusão, vendo-se como autor e destinatário das

²⁶⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.102.

²⁶⁹ Tradução livre, no original: “[...] vecchio e indatto cliché pandettistico del ‘rapporto giuridico processuale’”(FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª Ed. Padova: CEDAM, 1975, p. 75).

²⁷⁰ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 125.

²⁷¹ Dierle Nunes destaca em relação à Fazzalari que “sua teoria tem de ser contextualizada com o momento de sua articulação, uma vez que possíveis críticas expendidas, na atualidade, não podem obscurecer o fato de que o constitucionalismo e a teoria do direito evoluíram de modo fabuloso nos últimos cinquenta anos” (NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 207).

²⁷² DURO, Cristiano. *Execução e Democracia: A tutela executiva no processo constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 154.

²⁷³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 407.

²⁷⁴ Neste sentido, ver: NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Precedentes e a Busca de uma Decisão Correta. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (coord.). *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*: atualizado de acordo com a Lei 13.256/2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 193.

decisões, conferindo a estas a legitimidade necessária, que deve restar atestada por sua fundamentação.

É justamente a necessidade de legitimação da decisão que distingue o dever de fundamentar do dever de motivar, pois não basta apresentar os motivos de convencimento, é necessário e essencial que o conteúdo decisório seja “estruturado com justificativa adequada e deve indicar os elementos da cognição fornecida e os meios evidenciados pelas partes”, levando em consideração “todas as evidências que contribuam para o processo”²⁷⁵.

4.2 Fundamentação das Decisões Jurisdicionais

O modelo constitucional de processo ocupou o centro da ciência processual, ao passo que a “formulação de um Processo Constitucional que possa ser instrumento de absorção das crises e dos conflitos, a nível institucional, torna-se necessária para o Estado democrático, que somente assim poderá corresponder aos apelos da sociedade contemporânea”²⁷⁶. Como lembra Dierle Nunes:

O processo lastreado em um modelo constitucional (Andolina, Vignera) constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático. Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional²⁷⁷.

Não por outro motivo, Ronaldo Brêtas e Carlos Henrique Soares afirmam que, é “praticamente impossível, no estágio atual de desenvolvimento jurídico em que nos encontramos, discutir direito constitucional sem dizer sobre processo e também não é possível estudar processo sem que o seja âmbito do direito constitucional”²⁷⁸.

Em uma perspectiva democrática, os direitos fundamentais não podem ser vistos como

²⁷⁵ BOMFIM, Rainer. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais: A relativização dos limites entre common law e civil law no CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 58, nº. 232, out/dez. 2021, p. 218. E, ainda: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 416-427.

²⁷⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 354.

²⁷⁷ NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 247 e 250.

²⁷⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 27.

meras normas programáticas, promessas de um por vir, mas sim direitos líquidos, certos e exigíveis²⁷⁹, revelando-se o *processo* como metodologia normativa de garantia e construção dos direitos fundamentais²⁸⁰, efetivando os “direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”²⁸¹.

O *processo*, no cenário apresentado, a um só tempo, revela-se como “estrutura normativa de implementação de uma participação cidadã que garantiria a tomada de consciência e de busca de direitos num espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência”, como também recebe “enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos”²⁸².

Os princípios fundamentais processuais não permitem uma visão solipsista do procedimento, pois, como já advertia Dierle Nunes, o pluralismo e a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional de valores é preceptor democrático, não podendo ser atribuído “a qualquer guardião de uma única concepção e interpretação privilegiada de uma suposta ordem concreta de valores”²⁸³.

O contraditório, apesar de não única, é garantia processual fundamental, catalizador democrático deste dissenso racional de valores que, apesar de estudado há muito²⁸⁴, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo superou mera bilateralidade de atos para se tornar veículo essencial de participação, senão vejamos:

Neste Estado democrático os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhe tragam interesse, mas, sim, devem ser participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos provimentos (atos administrativos, das leis e das decisões judiciais), e este é o cerne da garantia do contraditório.

²⁷⁹ LEAL, Rosemíro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel A. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

²⁸⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 95-96. Em mesmo sentido: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.

²⁸¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. O Processo Constitucional como o Instrumento da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: v. 3, nº. 5 e 6, p. 165.

²⁸² NUNES, Dierle. Apontamentos Iniciais de um Processualismo Constitucional Democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel A. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 359.

²⁸³ NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79-94.

²⁸⁴ Demonstrando a pesquisa do contraditório a partir de Wach (1865), passando por Calamandrei (1965) e Frederico Marques (1982), ver: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 123-126.

Dentro deste enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa²⁸⁵.

Para garantir esta influência em uma concepção isonômica do contraditório, o julgador tem o poder-dever de consultar as partes, evitando uma decisão *surpresa* e fomentando o debate, com influência direta sobre o resultado do ato estatal, permitindo uma compreensão do contraditório como *garantia de influência* no desenvolvimento e resultado processual²⁸⁶.

Desenvolvido o contraditório como enucleação do processo, revela-se o elemento normativo estrutural de uma comparticipação na preparação e construção do provimento jurisdicional e na realização da garantia de participação inerente ao princípio democrático.

O resultado lógico-formal do contraditório pode ser identificado pelo quadrinômio estrutural de *informação-reação-diálogo-influência*, concretizando a comparticipação dos sujeitos e legitimidade da decisão, com implementação técnica dos direitos e garantias fundamentais²⁸⁷.

É pela garantia de não surpresa e influência decorrentes da comparticipação, elemento estruturante do processo constitucional democrático, que emerge a importante vinculação entre contraditório e a fundamentação das decisões.

A fundamentação das decisões é garantia fundamental constitucionalizada, através do art. 93, IX, da Constituição, pois resguarda a sociedade contra o arbítrio e autoritarismo, oportunizando o controle dos provimentos jurisdicionais, que devem ser construídas através do procedimento discursivo estruturado normativamente.

Como explica André Leal, contraditório e fundamentação devem ser efetivamente entrelaçados na construção da decisão, pois, desconsiderar os argumentos e debates das partes seria inconstitucional pela mais completa ausência de legitimidade²⁸⁸. Perceba-se que, busca-se mais do que a racionalização da decisão, mas verdadeira legitimação decisória, cabendo trazer à baila:

Esse critério de vinculação obrigatória entre a fundamentação da decisão e a

²⁸⁵ NUNES, Dierle. O Princípio do Contraditório: uma garantia de influência e não-surpresa. In: HORTA TAVARES, Fernando. *Constituição, Direito e Processo: Princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 146.

²⁸⁶ NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 226-227.

²⁸⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 133-134.

²⁸⁸ LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

argumentação produzida em contraditório dinâmico é o que assegura não apenas a racionalidade aos fundamentos do pronunciamento judicial, ao permitir que apenas argumentos jurídicos sejam efetivamente levados em consideração para o desfecho do caso (argumentos ideológicos, políticos, baseados em estereótipos ou manifestamente discriminatórios serão automaticamente rechaçados pelo debate em contraditório entre sujeitos conscientes dos seus vieses - por meio de uma postura contra intuitiva), como também confere legitimidade ao decisório²⁸⁹.

A partir deste contraditório forte vinculado com a fundamentação e demais garantias processuais assegura-se o policentrismo processual, de modo que eventual aumento dos poderes do julgador não signifique redução das garantias de participação efetiva das partes²⁹⁰, privilegiando a legitimação da decisão com consideração e respeito às liberdades individuais e igualdade.

Em relação a fundamentação das decisões, Maurício Ramires²⁹¹ destaca que sua exigência é historicamente entrelaçada com a história das tentativas de contenção do arbítrio do exercício da jurisdição, trazendo, já em 1623, a defesa “por Francis Bacon ao afirmar que os decretos não se profiram silenciosamente; mas que os juízes deem as razões de suas sentenças, abertamente e diante da Corte, de sorte que mesmo aquilo que seria livre do ponto de vista do poder seja circunscrito pela reputação e pela opinião”²⁹².

Os fundamentos éticos de limitação da liberdade judicial ou do arbítrio pelos juízes sobressai com advento da Constituição da França revolucionária iluminista, ao exigir o texto constitucional a fundamentação das decisões, mas em conformidade com os enunciados dos termos da lei aplicada. Decidir era um ato de “dizer a lei” e estruturou o ideário do Estado Industrial burguês²⁹³.

Revela-se que a fundamentação das decisões tem origem na clara tentativa de limitação do arbítrio judicial ou do terceiro responsável por soluções de conflito adjudicadas, que, no medievo, tinha enorme liberdade decisória diante da pluralidade de fontes, poderia

²⁸⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 393.

²⁹⁰ NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 224-231.

²⁹¹ RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁹² RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Ver, ainda: FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. A relevância da fundamentação para a formação e aplicação dos precedentes. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018

²⁹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: O paradigma racionalista*. 4ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

utilizar-se de critérios equitativos ou mesmo utilizar-se de princípios da razão natural²⁹⁴, inexistentes para sua atuação.

O iluminismo e o surgimento do Estado Moderno, com seus despotas esclarecidos, retira do juiz a condição de órgão social livre para incorporá-lo à estrutura estatal e, a um só tempo, outorga-lhe o exercício dos poderes estatais, mas o subordina ao legislativo²⁹⁵.

Ao se estabelecer limites de atuação do magistrado, a prolação das decisões deveriam ser fundamentadas na Lei e quando as motivações diferiam do texto legal sofriam a cassação, como ocorria no Tribunal de Cassação francês, cujo funcionamento era junto ao Legislativo²⁹⁶.

Apesar disto, é o movimento de constitucionalização do pós-segunda grande guerra que eleva a fundamentação da decisão como garantia fundamental do cidadão, verdadeira defesa do cidadão contra o exercício (arbitrário) do poder estatal, como sinaliza Maurício Ramires:

A Constituição italiana de 1947 trouxe em seu corpo uma seção dedicada às “*norme sulla giurisdizione*”, e, nela, o comando seguinte: “*tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*” (parte do artigo 111). A Carta espanhola de 1978 instituiu que “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*” (artigo 120, n. 3). A Constituição portuguesa, no texto original de 1976, omitiu-se no ponto. Contudo, o texto foi emendado, e, após sete revisões constitucionais, hoje traz a seguinte disposição: “As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei” (artigo 205º, n. 1). No Brasil, é o artigo 93, IX, da Constituição de 1988 que estabelece: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].”²⁹⁷

O sistema de *common law* não dispensa tratamento diverso, exigindo-se, na Inglaterra, a fundamentação da decisão, seja pela sua tradição, seja por exigência expressa do art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, internalizada naquele país em 2000²⁹⁸.

No Brasil, o dever de fundamentação das decisões não foi novidade inaugurada pela Constituição de 1988, ao contrário, desde 1850, com o Regulamento 737, encontra-se presente no ordenamento jurídico pátrio, passando pelo Código de Processo Nacional, pelo

²⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

²⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 28-29.

²⁹⁶ Calamandrei, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920, vol. 1, p. 420-428.

²⁹⁷ RAMIRES, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁹⁸ BOMFIM, Rainer. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais: A relativização dos limites entre common law e civil law no CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 58, nº. 232, p. 213-236, out/dez. 2021.

Código de Processo Civil de 1973²⁹⁹, até ser constitucionalizada e replicada no Código de Processo Civil de 2015.

Acerca da formação das decisões jurisdicionais racionalmente fundamentadas, Taruffo realizou importantes incursões sobre essa temática e sustentou que há necessidade de que os juízes e tribunais apontem as razões da decisão, sempre com argumentos e provas produzidos pelas partes processuais. Além disso, sustenta que a atuação jurisdicional, seguindo essa orientação, viabiliza o controle externo da decisão. Nesse sentido, afirma que:

Evidenciar o significado específico da garantia constitucional da motivação não tem simplesmente um valor conceitual ou abstratamente teórico. A atuação dessa garantia tem, pelo contrário, algumas implicações muito importantes que é oportuno sublinhar.

Uma primeira implicação é de que o legislador ordinário, ao disciplinar as modalidades de forma e conteúdo com as quais deve ser redigida a sentença, não pode deixar de prever um dever geral de motivação. Isso significa que a motivação deve ser redigida sempre, e em qualquer caso, por todos os juízes do ordenamento.

[...]

Uma segunda ordem de implicações é que se [...] a motivação da sentença deve assegurar a possibilidade de um controle externo das razões que justificam a decisão, então é necessário que a motivação inclua argumentos justificativos referentes a todos os aspectos relevantes da decisão. Pode-se, ainda, falar de um princípio de completude da motivação, segundo o qual a motivação deve incluir argumentações justificativas que digam respeito à decisão como um todo, em todos os seus elementos determinantes. Somente se a justificação da decisão é completa, de fato, há possibilidade de um adequado controle externo sobre o fundamento da própria decisão³⁰⁰.

Assumem as partes processuais papel de guia da fundamentação das decisões judiciais, ao estabelecer a relação jurídica entre normas, afastando-se da convicção solipsista do juiz³⁰¹ para exercer controle da argumentação jurisdicional a partir do contraditório como influência e não surpresa³⁰².

A partir disto, afasta-se as chances de discricionariedades e arbitrariedades por parte do julgador ao mesmo tempo que garante o que Lênio Streck chama de “*accountability permanente*”³⁰³, no sentido da constante fiscalidade sobre as decisões judiciais.

²⁹⁹ BOMFIM, Rainer. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais: A relativização dos limites entre common law e civil law no CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 58, nº. 232, out/dez. 2021, p. 216.

³⁰⁰ TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 24.

³⁰¹ DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 87.

³⁰² FIORATTO, Débora. DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*. V. 01, 2010, p. 132.

³⁰³ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “Como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta. In Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade e Machado,

Pode-se afirmar que, enquanto a coerência atua limitadamente ao romance em cadeia, obrigando a observar a lógica argumentativa já estabelecida pelos capítulos anteriores, a integridade vai além e não limita o escritor aos elementos das decisões pretéritas, ao contrário, impõe-lhe a responsabilidade moral na busca pela única resposta correta, fundamentando adequadamente a decisão, ainda que seja necessário dar novos rumos ao romance caso identificados erros possíveis nos capítulos anteriores, que podem ser consertados.

As colocações anteriores permitem a adequada interpretação da norma trazida no art. 926 do Código de Processo Civil, ao exigir que os Tribunais uniformizem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, o que será pormenorizado nas linhas a seguir.

Assim, deve-se preocupar com um discursivo racional de legitimação democrática do Direito, mas que exige, além da aceitabilidade racional, a segurança jurídica, sendo que a teoria da integridade se torna capaz de resolver o problema de linearidade argumentativa na fundamentação da superação do precedente jurisdicional.

Estabelecidas as premissas anteriores, torna-se possível enfrentar o problema da superação dos precedentes, ou seja, qual a metodologia ou requisitos necessários para que um julgado qualificado através de um dos procedimentos legalmente estabelecidos, tornando-se de observância obrigatória, possa ser superado.

5 OS PROBLEMAS DAS PROPOSTAS PARA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Como apontado em linhas acima, os precedentes qualificados são aqueles que recebem a qualidade, decorrente da Lei, de serem obrigatoriamente observados, distinguindo-se dos meramente persuasivos. Questão interessante surge no sistema processual quando se trata do procedimento para superação dos precedentes cujas decisões devem ser obrigatoriamente observadas.

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 necessária 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 conteúdo³⁰⁴, como se fosse possível alcançar a legitimação pelo mero procedimento.

Ao admitir que a existência de precedente produziria automaticamente uma decisão, retornando ao tudo-ou-nada inerente às regras, faz com que o sistema se feche, impossibilitando qualquer mudança após a fixação de um precedente.

Como alertavam Dierle Nunes e Marina Freitas, para um ordenamento jurídico “minimamente compatível com o Estado Democrático de Direito, permeado pelo processualismo constitucional democrático, não é razoável que a participação dos jurisdicionados seja restringida”, em especial tornar quase inacessível os “Tribunais Superiores quando estes já houverem analisado certa temática”, o que inviabilizaria “o direito das partes em suscitar argumentos que poderiam levar à superação dos entendimentos já consolidados”³⁰⁵.

Com exceção das Súmulas Vinculantes, que a própria Lei 11.417 estabeleceu

³⁰⁴ PEIXOTO, Ravi. (In)constitucionalidade da vinculação dos precedentes no CPC/2015: um debate necessário. *Civil Procedure Review*, v. 8, nº. 2, p. 20, mai-agosto 2017.

³⁰⁵ NUNES, Dierle. FREITAS, Marina Carvalho. A Necessidade de Meios para Superação dos Precedentes. *Revista de Processo*, vol. 281, 2018.

procedimento próprio para sua revisão e cancelamento, o Código de Processo Civil não deixa claro qual o procedimento a ser seguido para superação do julgado qualificado (precedente), fazendo eclodir na literatura especializada acalorado debate sobre o tema.

Dierle Nunes e Marina Carvalho Freitas 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 que negou agravo interno; *iv*) reclamação; e, por fim, *v*) interposição do novo recurso especial ou extraordinário³⁰⁶. Há, além destas, proposta apresentada por Vinicius Lemos de *vi*) admissibilidade dos recursos excepcionais quando o recurso traz argumento de superação do precedente³⁰⁷.

Há que ser considerado ainda que o Código de Processo Civil, em seu art. 986, exige que a superação de precedente ocorra pelo mesmo tribunal que o fixou.

É inegável que, diante da questão, inúmeras foram as propostas apresentadas, tornando-se forçosa a análise destas propostas, pois, caso alguma revele-se adequada constitucionalmente e em conformidade com o ordenamento, não haveria problema a ser resolvido, bastando-se aderir àquela proposta já formulada, razão pela qual devem ser elas trazidas ao debate.

5.1 A Tese da Superação pelo Julgamento-Alerta

O julgamento-alerta representa a indicação pelos Tribunais Superiores de que o precedente se enfraqueceu³⁰⁸. A tese é uma 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”³⁰⁹, posição que também é defendida por Jaldemiro Ataíde Jr., este, entretanto, exigindo como requisitos “desincumbir do ônus de argumentar e demonstrar que o STJ ou STF está na

³⁰⁶ NUNES, Dierle. FREITAS, Marina Carvalho. A Necessidade de Meios para Superação dos Precedentes. *Revista de Processo*, vol. 281, 2018.

³⁰⁷ NUNES, Dierle. FREITAS, Marina Carvalho. A Necessidade de Meios para Superação dos Precedentes. *Revista de Processo*, vol. 281, 2018.

³⁰⁸ 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.

³⁰⁹ 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*, p. 403).

iminência de revogar o precedente vinculante”³¹⁰, que ainda se agrava quando a busca é por fatores extra-sistêmicas, como sociais³¹¹.

Por meio do julgamento-alerta, o Tribunal Superior fará indicação aos Tribunais inferiores sobre o enfraquecimento do precedente, apontando a possibilidade de este ser superado no futuro e, portanto, colando-o sob suspeita. Essa sinalização do precedente como “sob suspeita” se dá em virtude da “defasagem do precedente judicial diante de um novo contexto social, histórico e cultural”, uma vez que “sua estrutura argumentativa, reunida aos argumentos fáticos e jurídicos que o fundamentam, está ultrapassada, sendo inevitável a superação do entendimento até então firmado”³¹².

É por meio da utilização da técnica de julgamento-alerta que o Tribunal Superior avisa aos demais tribunais e atores jurídicos, bem como à sociedade como um todo, que aquele precedente em específico, embora tenha servido de orientação para as condutas tanto daqueles que ingressam com suas demandas, quanto daqueles que julgam até o momento, encontra-se, agora, na premência de ser invalidado (ou superado). O aviso sobre a iminência da revogação do precedente seria de vital importância para cientificar aos jurisdicionados que “não devem mais planejar seu agir com base no mesmo e, os que assim o fizerem, não poderão alegar afronta às justas expectativas normativas”³¹³.

Essa indicação do enfraquecimento do precedente, feita pelo Tribunal Superior, daria permissão aos demais tribunais de instâncias inferiores a oportunidade de deixar de aplicar o precedente sob suspeita o que permitiria que recursos, mesmo contrários ao precedente, subam ao Tribunal Superior e, por conseguinte, permitindo que seja realizada a superação.

No entanto, para que haja a superação do precedente por meio da técnica do julgamento-alerta, os julgadores não podem fazer uso de qualquer argumento, é preciso que as razões para essa superação sejam mais fortes, tenham mais peso, que aquelas razões que

³¹⁰ ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. *O Precedente Vinculante e sua Eficácia Temporal no Sistema Processual Brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na UNICAP. Disponível em <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2011-08-16T151044Z-409/Publico/dissertacao_jaldemiro_rodrigues.pdf>, acessado em 05 de janeiro de 2019.

³¹¹ MACÊDO, Lucas Buril de. Transformação, Sinalização e Superação Antecipada e sua Pertinência ao sistema de precedentes brasileiros. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 3. jun-nov. 2016.

³¹² MARQUES, Elmer da Silva; AGUIAR, Guilherme Machado; SULZBACH, Juliane Glória. As Técnicas da Sinalização e do Julgamento-alerta de Superação do Precedente Judicial: Estudo de Caso. *Revista Direito em Debate*. Ano XXVIII. N. 52. jul./dez. 2019.

³¹³ ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. *O Precedente Vinculante e sua Eficácia Temporal no Sistema Processual Brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na UNICAP. Disponível em <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2011-08-16T151044Z-409/Publico/dissertacao_jaldemiro_rodrigues.pdf>, acessado em 05 de janeiro de 2019.

justificam a sua continuidade³¹⁴.

Ou seja, para que haja a superação de um precedente não basta que o julgador entenda que uma outra norma, agora, seja mais adequada para a resolução de determinada questão, é necessário que as razões para a superação sejam de tal forma robustas que suplantem por completo a *ratio* que justifica a continuação do precedente.

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 enfrentá-la, de forma que não é possível se falar em sinalização pela Corte Suprema.

A questão posta é justamente o engessamento do sistema de precedentes após a Lei 11.417, que modificou o sistema recursal para impedir a admissibilidade de recursos para instâncias extraordinárias, quando estas já tiverem qualificado o julgado e a decisão recorrida estiver em consonância com aquele precedente.

Isto quer dizer, por consequência, que novos recursos não serão enfrentados por aquela corte, diante da matéria já decidida, tornando impossível que novos fundamentos determinantes seja apresentados para indicar o “enfraquecimento” da tese.

Ainda que seja possível admitir essa sinalização por meio de *obiter dictum* de outros julgados, deve-se admitir que a superação precisará ocorrer não pelo Tribunal formador da decisão, mas pelo Tribunal ou juízo de instância anterior, contrariando a própria defesa da autoridade do precedente.

Isto porque, perceba-se, a tal sinalização somente estaria revelando a intenção de modificação da precedente pelo Tribunal, entretanto, a superação seria feita pelo Tribunal estadual, ainda que utilize como fundamentação o referido “alerta”.

Mas fato é que, esse fundamento não seria capaz de garantir qualquer participação das partes, deixando de enfrentar adequadamente as questões postas a partir de um suposto “alerta”.

Mais do que isto, não há garantia de que haverá recurso da decisão do Tribunal de Apelação aos Tribunais superiores e, menos ainda, que a questão utilizada como “alerta” será debatida pelas partes.

Para que a tese prospere deve-se admitir que as instâncias inferiores não apenas tomassem conhecimento da intenção de superação, mas que promovessem julgamentos desconexos dos argumentos ou até mesmo que se criasse questão não invocada pelas partes,

³¹⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. Transformação, Sinalização e Superação Antecipada e sua Pertinência ao sistema de precedentes brasileiros. *Revista de Processo Comparado*. Vol. 3. jun-nov. 2016.

violando de forma frontal a inércia, imparcialidade, contraditório e isonomia.

Não bastasse tudo isto, a própria premissa adotada demonstra que, se a Corte de Apelação pode se portar como Suprema Corte para superar o precedente, há uma quebra de autoridade ao não se vincular ao precedente ainda não superado, com mero fundamento em um “alerta” que teria ocorrido.

Seria a mais completa inversão do sistema de precedentes, pois, a partir de um mero julgado, persuasivo, não qualificado, de observância não obrigatória, a Corte de Apelação deixaria de se observar o precedente, quebrando a vinculação aos fundamentos determinantes para julgar de forma diversa.

E essa quebra de autoridade do precedente traria insegurança jurídica para o sistema jurídico, vez que o “precedente perde sua força vinculante, podendo deixar de ser aplicado pelos Tribunais inferiores, passando estes a julgar de acordo com seus próprios entendimentos, e, ainda, se estará na iminência de uma superação incerta”³¹⁵ transformando a superação do precedente, em si, em um contrassenso.

Soma-se a isto o fato de não existirem requisitos ou exigências para compreensão dessa sinalização, tornando-a subjetiva e causando verdadeira incerteza, pois os argumentos antes vinculantes deixaram de sê-lo.

Diante disso, pode-se afirmar que a tese de julgamento-alerta apresenta aporias teóricas, contrariando seus próprios fundamentos e, mais do que isto, é capaz de provocar verdadeira instauração do caos jurisprudencial, ao deixar de estabelecer qualquer relação entre contraditório-fundamentação-superação.

5.2 A Tese da Superação do Precedente por AREsp e ARE (CPC/2015, art. 1.042) contra decisão de Agravo Interno

Outra interessante proposta 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.

Como seria papel da Constituição da República conceder ao STJ e a o STF o poder de dar a última palavra no que se refere à existência ou não de uma violação, seja à própria

³¹⁵ NUNES, Dierle. FREITAS, Marina Carvalho. A Necessidade de Meios para Superação dos Precedentes. *Revista de Processo*, vol. 281, 2018.

Constituição, seja a uma Lei federal, não seria possível interpretar o disposto no art. 1.042 do CPC de forma a vedar o cabimento do agravo contra REsp ou RE. Neste sentido entendem os defensores da proposta que

[...] além de não ser hierarquicamente possível do ponto de vista normativo essa interpretação, também não o é do ponto de vista da coerência: se é o próprio legislador que institui a repercussão geral da questão no recurso que impugnar acórdão que contrarie precedente ou jurisprudência, sumulada ou não, do STF, como imaginar que é o tribunal local que fará o juízo a respeito da existência ou não de efetiva violação da orientação do STF? É evidente que aí o que se defere ao tribunal recorrido é apenas a aferição de alegação de violação³¹⁶.

Seria atribuído ao tribunal recorrido a competência de apenas aferir o argumento da parte sobre a violação, resultando em um erro do legislador ao vedar o cabimento de AREsp e de ARE, confundindo os juízos de admissibilidade e juízo de mérito recursais, vez que “a ausência de distinção, quando devida, equivale à afirmação de inexistência de violação à ordem jurídica”³¹⁷.

Desta feita, a ressalva presente no texto do artigo 1.042 do CPC deve ser lida como a expressão de uma hipótese na qual o legislador do *codex* optou por condicionar o cabimento do agravo à prévia interposição de um agravo interno, de forma a não tornar patente uma violação de competência constitucional. Portanto se “lida sistematicamente (arts. 1.º, 8.º e 926, CPC), a ressalva constitui hipótese de postergação, não de inadmissão recursal”³¹⁸.

Tomando por base essa *interpretação sistêmica* de que falam os autores, ter-se-ia que, da decisão do presidente ou vice-presidente que denega o REsp ou o RE sob o argumento do art. 1.030, I, “b”, do CPC (decisão recorrida em conformidade com precedente), caberia agravo interno, nos termos do §2º do mesmo artigo. Naqueles casos em que permanecer a indistinção, caberia o AREsp e ARE de forma a forçar que o STJ - no caso do AREsp - ou o STF - no caso do ARE - se manifeste sobre a temática, dizendo se seria ou não um caso de distinção.

Portanto, nos dizeres de Marinoni, Arenhart e Mitidiero “interpretar de modo diverso significa suprimir do STF e do STJ o poder de afirmar os seus próprios precedentes mediante as devidas distinções e, ao fim e ao cabo, não permitir o próprio desenvolvimento do direito

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book.

mediante adições de paulatinas ampliações e restrições”³¹⁹.

Contudo, o art. 1.042 do CPC é expresso sobre o cabimento do AREsp e ARE apenas “contra decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido”, não contra órgão colegiado. Esta primeira aporia revela que a tese não apenas cria uma nova situação de cabimento de recurso, mas modifica a própria decisão impugnada, de forma contrária à tipicidade recursal.

Mais, a Lei também é clara ao estabelecer que os agravos em recurso especial e extraordinário somente são cabíveis das decisões que inadmitir recurso extraordinário ou especial, e não negar provimento a agravo interno, de forma que a aceitação da tese importaria na ampliação das hipóteses de cabimento.

Poderia ser uma espécie de “taxatividade mitigada” também para os agravos em recurso especial e extraordinário, entretanto, no caso da proposta, há expressa vedação, já que somente admite o Código de Processo Civil a interposição de recurso de agravo contra inadmissibilidade dos recursos para instância extraordinária, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou julgamento de recursos repetitivos.

A proposta de cabimento deste 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.

Não se trata de hipótese de mitigação das hipóteses de cabimento, mas de proposta *contra legem*, pretendendo que seja admitido recurso que está expressamente vedado o cabimento.

5.3 A Tese da Superação do Precedente por Reclamação

Outra possibilidade levantada pela doutrina brasileira para a superação de precedentes é a utilização da Reclamação. Essa técnica de superação seria utilizada naquelas circunstâncias em que o precedente é formado em sede de controle concentrado de constitucionalidade - STF, ou de controle de legalidade - STJ - e há a inércia daqueles legitimados para proceder ao reexame de determinadas questões.

A utilização da reclamação como meio de superar um precedente seria uma forma de

³¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual de Processo Civil*.

suprir a deficiência do sistema jurídico, permitindo, dessa forma, que a “jurisdição constitucional (e legal, em se tratando do STJ) permaneça aberta à rediscussão e eventual revisão de seus precedentes formados em controle abstrato”³²⁰. À vista disso, baseado no que se apregoa essa teoria, tem-se que seria possível a interposição de reclamação naqueles casos em que a decisão do agravo confirmar a decisão de inadmissibilidade de REsp ou RE³²¹. Há ainda quem entenda que

[...] sempre que defrontar situação em que não mais social ou sistematicamente congruente norma outrora reconhecida válida, para a qual nenhum dos legitimados revele interesse em inaugurar a Justiça constitucional, pode a Corte Suprema, respeitando a confiança legítima dos jurisdicionados e mediante profundo esforço argumentativo, valer-se da reclamação como meio de levar a efeito a superação de seu precedente (overruling)³²².

A utilização da reclamação seria possível naqueles casos em que houver acórdão em sede de RE com reconhecida repercussão geral, assim como naqueles casos de acórdão em sede REsp repetitivo quando esgotadas todas as instâncias ordinárias.

Tem-se assim que, para aqueles que aderem à teoria da utilização da reclamação constitucional como técnica de superação de precedentes, sempre e quando houver uma decisão em sede de agravo interno que confirme decisão anterior que admitiu REsp ou RE, seria possível a propositura de uma reclamação constitucional, “por ser forma de acessar o Tribunal Superior e, consequentemente, promover a superação do entendimento”³²³.

A promulgação do Código de Processo Civil em 2015, segundo aqueles que defendem esta técnica, ampliou o rol de possibilidades para o uso do instituto da Reclamação, deixando para trás as limitações anteriores, isto é, abandonando a noção restritiva da Reclamação apenas como forma de garantir a competência ou os julgados dos tribunais. Com o novo *codex* a Reclamação passou a ter uma nova função, mais ampla, de controle sobre a boa aplicação dos precedentes judiciais e, de igual maneira, de controlar ou mesmo superar esses precedentes. Portanto

³²⁰ 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. e-book.

³²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos; ARCHANJO, Marco Alexandre de Oliveira. Reclamação como Ferramenta de Superação de Precedente formado em Controle Concentrado de Constitucionalidade. *Revista da Advocacia Pública Federal*. 2019.

³²² NUNES, Dierle. FREITAS, Marina Carvalho. A Necessidade de Meios para Superação dos Precedentes. *Revista de Processo*, vol. 281, 2018.

³²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos; ARCHANJO, Marco Alexandre de Oliveira. Reclamação como Ferramenta de Superação de Precedente formado em Controle Concentrado de Constitucionalidade. *Revista da Advocacia Pública Federal*. 2019.

³²⁴ NUNES, Dierle. FREITAS, Marina. *A Necessidade de Meios para Superação dos Precedentes*, 2018.

[...] além dos comandos historicamente bem definidos, a Reclamação pode ir além, servindo como mecanismo de oxigenação dos precedentes qualificados, o que permite fazer valer a autoridade das decisões vinculantes, mas também redimensionar seu raio de alcance e, inclusive, promover a superação dos entendimentos”³²⁴.

Todavia, a hipótese de Reclamação, ao que parece, padece de dois problemas essenciais. O seu não cabimento para modificação de entendimento, por inexistência de usurpação de competência, e a inadequação de sua utilização com objetivo de procedimento específico para superação de precedentes

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. Se o Tribunal ou julgador apenas seguiu o precedente firmado, não se pode dizer que houve usurpação de competência.

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. Isto porque, são duas situações distintas, sendo uma se 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, 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.

Importante destacar que a tese foi rechaçada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça no julgamento da Reclamação 36.476/SP, julgado pela Corte Especial, com relatoria da Min. Nancy Andrighi, publicada no DJe em 06/03/2020.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a reclamação não se presta para controle de precedentes, ressalvado o caso de IRDR, deixando, por isso, de conhecer da inicial.

³²⁴ NADAL, João Eduardo de. *A Reclamação como Instrumento de Superação dos Precedentes Qualificados*. Dissertação (mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2019. p. 217.

5.4 A Tese da Superação por Interposição de Novo Recurso Especial ou Extraordinário

Já se estabeleceu, até aqui, que a legislação pátria se mostrou silente ante à necessidade de se estabelecer métodos para a superação de precedentes no sistema jurídico atual, deixando a cargo da doutrina a definição de qual, ou quais, seriam as técnicas mais adequadas para se proceder à superação de um precedente.

Outro dos métodos apontados como adequado para utilização quando da necessidade de superação de um precedente seria 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. Aqui estar-se-á

[...] a dizer que a decisão contra a qual se interpôs o recurso estava, realmente, em conformidade com padrão decisório anteriormente estabelecido pelo STJ ou pelo STF e, pois, foi correto o pronunciamento que declarou inadmissível o recurso interposto. Pois é neste caso que parece fechado o acesso ao tribunal de superposição e, portanto, à superação do padrão decisório³²⁵.

Entende Alexandre Freitas Câmara que a decisão que denegou seguimento ao agravo interno é, em sua essência, um acórdão proferido em última instância e, como tal, passível de impugnação por via de REsp ou RE, sendo entendimento diverso contrário ao disposto na Constituição³²⁶.

Neste caso, seria interposto novo recurso especial ou extraordinário, por ter a decisão seguido o precedente, tendo como justificativa recursal o fundamento de que há motivos para a superação do precedente e, portanto, deve ser admitido pelo Tribunal. Necessário se faz pontuar questão central para a aplicação da interposição de novo REsp ou RE para fins de superação de precedentes, qual seja, a existência de fundamentos para a superação do precedente. Como bem pontua Câmara, a ideia da interposição de um novo REsp ou RE para superação de precedente

[...] só faz sentido quando o recurso tiver sido interposto com a expressa afirmação da existência de fundamento para superar padrão decisório. Recursos que se limitam a reproduzir argumentos já rejeitados devem mesmo ser inadmitidos, e os processos em que interpostos não devem subir ao STJ ou ao STF (que já rejeitou expressamente os fundamentos neles deduzidos). O que se impõe é a existência de mecanismos para superação de precedentes, a fim de evitar o engessamento das

³²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC Reformado Permite Superação de Decisões Vinculantes. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em 27 jun. 2022.

³²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC Reformado Permite Superação de Decisões Vinculantes. 2016.

interpretações, e não eternizar a nefasta prática de permitir que tudo vá aos tribunais de superposição, como se fossem instâncias ordinárias³²⁷.

A proposta, porém, enfrenta alguns problemas. O primeiro refere-se ao círculo vicioso que se criaria. Efetivamente, a decisão é colegiada de Tribunal em última instância e, por isto, caberia recursos especial ou extraordinário.

Entretanto, o recurso interposto deveria receber novo juízo de admissibilidade do Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal, que, seguindo o CPC, 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, 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 não observância dos requisitos de fundamentação da decisão.

5.5 A Tese da Superação do Precedente por Admissão de Recurso Especial ou Extraordinário contra Acórdão em consonância com o Precedente

A tese apresentada por Vinicius Lemos baseia-se na noção de que, para que se proceda à superação de um precedente, o recorrente deverá utilizar-se do ônus argumentativo no momento da impugnação do precedente, evidenciando a correlação entre esse ônus argumentativo e a certeza de que este precedente não mais detém a autoridade necessária para regular a situação fático-jurídica apresentada³²⁸.

O ônus argumentativo se mostra requisito indispensável para a admissibilidade do recurso a ser direcionado para o Tribunal superior - seja STJ, no caso do REsp, seja STF, no caso do RE - sendo considerado, inclusive “uma fundamentação vinculada, para ultrapassar a análise preliminar realizada pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido,

³²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC Reformado Permite Superação de Decisões Vinculantes. 2016.

³²⁸ LEMOS, Vinicius Silva. O Recurso Excepcional com Fundamento de Superação de Precedentes Repetitivo ou Repercussão Geral e a Necessidade do Juízo de Admissibilidade Positivo.

justamente para não esbarrar na literalidade do art. 1.030, I e II”³²⁹.

Muito mais que a exigência da presença de um ônus argumentativo, a teoria de Lemos sustenta a necessidade de admissibilidade positiva, pelo presente do Tribunal estadual, de recursos excepcionais, ainda que o acórdão esteja em conformidade com o precedente, quando existir pretensão recursal de superação do precedente³³⁰.

Se a pretensão - ou o ônus argumentativo - funda-se na percepção de que a matéria base que formou o precedente já não é mais compatível com a prática social atual, bem como com a situação fático-jurídica apresentada, seria perfeitamente possível a interposição de recurso excepcional, direcionado ao tribunal superior, para a superação do precedente. E, assim o recurso “deve ser construído de modo a trazer fundamentos novéis à discussão em torno da existência de um precedente vinculante sobre a matéria, demonstrando a sua inaplicabilidade diante da nova realidade jurídica, mediante a necessidade de uma revisão de tese”³³¹.

A presença de fundamentos níveis é indispensável para a utilização da técnica de superação de precedentes por via de admissão de REsp ou RE em face de acórdão proferido em consonância com precedente. Recurso que traz em seu bojo o simples apontamento de tópico contendo menções à revisão e superação de tese, mas fundamentado em argumentos já considerados na formação do precedente torna-se ineficaz.

Apresentar recurso excepcional para a superação de um precedente “indicando fundamentos e argumentação condizente para tanto, com novos pontos materiais que não existiam ou não foram suscitadas nem debatidas quando da formação do precedente”³³² não torna, em absoluto, o recurso contrário ao precedente. Segundo a tese de Lemos, nestes casos, quando o recurso excepcional trouxer novos fundamentos para a revisão ou superação do precedente judicial, a disposição presente no inciso I do artigo 1.030 do CPC não deve ser aplicada por não haver, no recurso, pretensão contrária ao precedente outrora firmado, mas sim, intento de debater novamente os argumentos formadores do precedente objetivando a

³²⁹ LEMOS, Vinicius Silva. O Recurso Excepcional com Fundamento de Superação de Precedentes Repetitivo ou Repercussão Geral e a Necessidade do Juízo de Admissibilidade Positivo, p. 390.

³³⁰ LEMOS, Vinicius Silva. O Recurso Excepcional com Fundamento de Superação de Precedentes Repetitivo ou Repercussão Geral e a Necessidade do Juízo de Admissibilidade Positivo, p. 394.

³³¹ LEMOS, Vinicius Silva. O Recurso Excepcional com Fundamento de Superação de Precedentes Repetitivo ou Repercussão Geral e a Necessidade do Juízo de Admissibilidade Positivo, p. 398-399.

³³² LEMOS, Vinicius Silva. O Recurso Excepcional com Fundamento de Superação de Precedentes Repetitivo ou Repercussão Geral e a Necessidade do Juízo de Admissibilidade Positivo, p. 406.

revisão da tese³³³.

Portanto, a proposta de superação de precedente por meio da admissão de REsp ou RE em face de acórdão proferido em consonância com o precedente baseia-se em negar a vigência ao art. 1.030 do CPC, quando entender o Vice-Presidente do Tribunal estadual que o recurso traria argumentos materiais capazes de superar o precedente. Isso porque

O art. 1.030, I foi pensado e legislado para deter a situação de mera protelação e entupimento dos Tribunais Superiores por recursos com fundamentações que já foram rejeitadas por estes órgãos anteriormente, contudo se o recurso versar sobre a mesma situação fático-jurídica e inovar argumentativamente, há a total possibilidade de admissibilidade recursal, sem ater-se a este citado dispositivo legal³³⁴.

Em assim sendo, a admissibilidade positiva por parte do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido é requisito essencial para que o recurso excepcional alcance seu objetivo principal, qual seja, a discussão e a posterior revisão do precedente anteriormente firmado. Isto é, o presidente ou vice-presidente do tribunal deve reconhecer no recurso a existência de argumentos novos e capazes de ensejar a discussão e revisão do precedente judicial.

Mais uma vez, encontramos a tentativa de não apenas criar nova hipótese de cabimento recursal - no caso, em violação a própria Constituição - mas de sustentação no arbítrio judicial, emprestando competência não prevista ao vice-presidente ou presidente do Tribunal para decidir, solitariamente, quando eventual precedente deve ser superado e, a partir de seu ato de vontade, violar a Lei para admitir o recurso.

5.6 A Tese da Superação do Precedente por Ação Rescisória

Outra técnica de superação de precedentes proposta pela doutrina é o cabimento da ação rescisória contra decisão que denegar agravo interposto em face de decisão que inadmitiu REsp ou RE que vai de encontro a precedente já consolidado pelo tribunal. Para os adeptos da técnica de superação de precedente, seu ajuizamento representa uma “oportunidade ao jurisdicionado de se buscar o afastamento do precedente aplicado diante de

³³³ LEMOS, Vinicius Silva. O Recurso Excepcional com Fundamento de Superação de Precedentes Repetitivo ou Repercussão Geral e a Necessidade do Juízo de Admissibilidade Positivo, p. 410.

³³⁴ LEMOS, Vinicius Silva. O Recurso Excepcional com Fundamento de Superação de Precedentes Repetitivo ou Repercussão Geral e a Necessidade do Juízo de Admissibilidade Positivo, p. 385-417.

algum elemento fático não observado pelo julgador³³⁵.

No caso deste método, por não dispor o Código de Processo Civil de recurso cabível contra a decisão que indeferiu agravo interno interposto contra decisão que inadmitiu REsp ou RE contrário à precedente consolidado, “vem sendo desenvolvido o entendimento de que cabe ação rescisória, a fim de rescindir a decisão transitada em julgado, que pecou em não reconhecer os argumentos suscitados para a superação do precedente”³³⁶.

Este, todavia, é meio autônomo de impugnação busca desconstituir a coisa julgada, sem finalidade específica de superação de precedentes

Além disto, 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 inócuia para superação de qualquer precedente, vez que os tribunais estaduais são incompetentes para promoverem a discussão, revisão e superação de precedentes.

Afinal 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 acima.

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.

Revela-se com isto que, as propostas encampadas até o presente momento revelam-se insuficientes para resolver a questão sobre a superação de precedentes, residindo em teses contrárias à lei ou que buscam criar hipóteses recursais inexistentes ou, até mesmo, a invenção de recursos.

Com isto, abre-se espaço para uma releitura do instituto, a partir das premissas já

³³⁵ ALENCAR, João Victor Gomes Bezerra; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro; MEDEIROS, Alan Monteiro de. Técnicas de Distinção e Superação de Precedentes no Código de Processo Civil: uma análise da função sistêmica da reclamação constitucional, da ação rescisória e dos recursos. In: *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*. v. 6, n. 1, p. 184-205, jan/jun 2020.

³³⁶ NUNES, Dierle. FREITAS, Marina. *A Necessidade de Meios para Superação dos Precedentes*, 2018.

fixadas, para estabelecer criticamente a forma de superação dos precedentes.

6 CONTROLE DE VINCULAÇÃO, DISTINÇÃO DE QUESTÃO JURÍDICA E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

No 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, 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.

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 promoverão 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 procedimento através do qual o precedente perde sua força vinculante e é substituído por outra *ratio decidendi*³³⁷.

O controle político é exercido por órgãos dotados constitucionalmente de função legislativa, praticado, por excelência, pelo Legislativo (Câmara, Senado ou Congresso), mas que também pode ser empeendido 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 legislativo. 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.

³³⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

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 obrigatória.

Exemplo marcante é a Súmula 372 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, parte da doutrina defendeu a ocorrência da superação do precedente, uma vez que o art. 400, parágrafo único, do Código autorizou ao juízo, em 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 ao precedente 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. 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 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 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 a ele novos argumentos capazes de afastar sua superação pela legislação, entretanto, a 1^a Turma da Suprema Corte já se manifestou, com divergências, no sentido de que a súmula “permanece válida mesmo após o advento da Lei nº. 12.015/2009”, conclusão

também alcançada pela 2^a turma.³³⁸

Isto 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, através do controle de vinculação do precedente diante da Lei e dos argumentos das partes, de modo 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.

Extrai-se daí que, também que 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.

Assim, a utilização da distinção por questão jurídica nova permitiria que o magistrado, mesmo em instâncias ordinárias, ao se deparar com uma questão jurídica não debatida na decisão que deu origem ao precedente ou mesmo uma questão totalmente nova, chegasse a uma conclusão distinta daquela alcançada no precedente.

É indispensável, ao se falar sobre mecanismos de superação de precedentes, tratar sobre o art. 489, §1º, do CPC, pois é ele 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. Isto é, por força do art. 489, §1º do CPC - responsável por elencar em seu bojo os casos em que uma decisão se considera não fundamentada - tem-se que os mecanismos de superação de precedentes devem respeitar o disposto no art. 10, sendo-lhes proibida a utilização de argumentos que não tenham sido debatidos pelas partes no curso do processo a fim de evitar a prolação de decisão que não se

³³⁸ STF. 1^a Turma. HC 125360/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/2/2018 (Info 892). A 2^a Turma também chegou a essa conclusão: STF. 2^a Turma. RHC 117978, 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 4301 da Procuradoria Geral da República.

coadune com toda a construção argumentativa feita pelas partes³³⁹.

A partir da testabilidade destes 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 manter-se 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 lógico-jurídica do ônus argumentativo estabelecido para as partes pelo sistema de precedentes, superação que somente surtirá efeito naquele processo, enquanto a superação concentrada pode ser realizada unicamente pelo órgão jurisdicional formador do precedente.

Esta é a interpretação constitucional a ser dada ao art. 986 do CPC³⁴⁰, pois, apesar 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, 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, art. 966, §§4º e 5º). Isto é

[...] o texto normativo permite o cabimento da ação rescisória por violação de norma jurídica quando o juiz não tiver levado em consideração que a situação julgada no caso concreto era diversa da existente na súmula ou no acórdão proferido em julgamento de recursos repetitivos utilizados como fundamentos decisórios, ou seja,

³³⁹ PEIXOTO, Ravi. A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedentes brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, §6º do CPC. Disponível em: <https://www.academia.edu/34589769/A_distin%C3%A7%C3%A7%C3%A3o_por_quest%C3%A3o_jur%C3%ADc%C3%A1ria_e_a_reconstru%C3%A7%C3%A7%C3%A3o_do_sistema_de_precedentes_brasileiros_uma_leitura_a_partir_do_art._966_no_do_CPC>. Acesso em 28 jun. 2022.

³⁴⁰ 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.

que não foi feita a distinção³⁴¹.

Desta forma, a hipótese trazida pelos §§ 4º e 5º do art. 966 do CPC vai muito além do conceito convencional de distinção, baseado apenas em questões fáticas particularizadas. Permite-se, aqui, que a parte a ajuizar ação rescisória fundamente seu pedido na particularização de sua situação diante de uma questão jurídica não examinada. Situação que autoriza que a parte “afirme o seguinte: a minha situação fática é idêntica à do acórdão repetitivo utilizado como fundamento, no entanto, há um argumento novo, não utilizado naquele acórdão. E esse fundamento, por si só, tem condições de alterar a conclusão da decisão rescindenda”³⁴².

Ora, se o Tribunal estadual ou regional 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.

Verifica-se, assim, que o disposto nos §§ 4º e 5º do art. 966 do CPC amplia as possibilidades de utilização da ação rescisória, que se transforma em um instrumento que oportuniza o afastamento de um precedente, mesmo que este não tenha sido superado, tendo como fundamento para esse afastamento uma questão jurídica totalmente nova.

Entretanto, não pode o intérprete do direito ignorar as particularidades do ordenamento jurídico no qual se insere a técnica e, no que se refere ao ordenamento brasileiro, afora a rápida menção constante do §6º do art. 966, este mostrou-se silente quanto à definição de distinção, cabendo, então, à doutrina debruçar-se sobre tal tarefa, acabando por inspirar-se em doutrinas estrangeiras e trabalhando apenas com a distinção fática. Porém, da inteligência cuidadosa do que dispõem conjuntamente os §§5º e 6º do art. 966 verifica-se que estes alteram o conteúdo do instituto da distinção. Isso se da

[...] porque o §5º admite a utilização da ação rescisória quando a decisão “não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”. O parágrafo seguinte, por sua vez, passa a definir o que seria essa distinção, que pode ocorrer por meio de “situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”. Em outros termos, a partir do direito positivo brasileiro, a distinção passa a ser albergada tanto pela particularidade fática, como

³⁴¹ PEIXOTO, Ravi. A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedentes brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, §6º do CPC. Disponível em: <https://www.academia.edu/34589769/A_distin%C3%A7%C3%A7%C3%A3o_por_quest%C3%A3o_jur%C3%ADcica_nao_examinada_a_e_a_reconstru%C3%A7%C3%A7%C3%A3o_do_sistema_de_precedentes_brasileiros_uma_leitura_a_partir_do_art._966_6o_do_CPC>. Acesso em 28 jun. 2022.

³⁴² PEIXOTO, Ravi. A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedentes brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, §6º do CPC.

pela particularidade jurídica³⁴³.

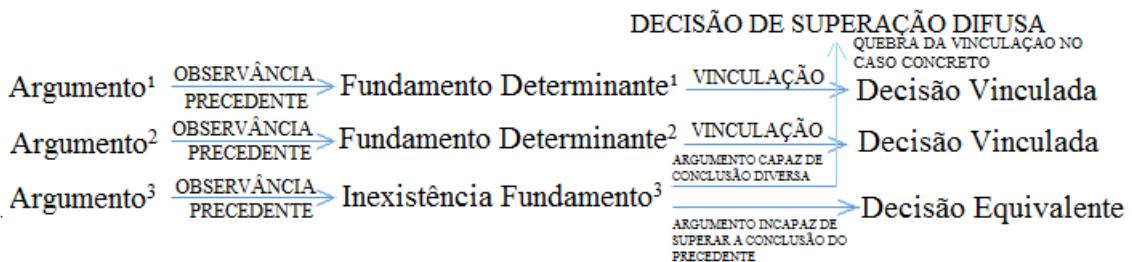
Tem-se, assim, que da inteligência dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 966 do CPC extrai-se a noção de que considerar-se-á fundamentada a ação rescisória - seja ela em face de enunciado de súmula, acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, ou decisões do plenário ou órgão especial dos tribunais - que tratar de questão jurídica nova.

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.

Percebe-se com isto que, apesar de denominar como “distinção de questão jurídica”, tratou o legislador de verdadeira superação de precedente diante da questão (argumento) novo trazido pela parte, não enfrentando pelo julgado qualificado e capaz de infirmá-lo.

Não há dúvidas de que, a superação de precedente ocorre de forma argumentativa e, inicialmente difusa, promovida pelos julgadores de instâncias inferiores, possibilitando que o caso retorne ao enfretamento daquele que fixou o precedente.

Assim, por lógica, pode ser o precedente, então, superado nas instâncias inferiores. Pode-se assim representar a possibilidade de superação diante de um novo argumento:



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

³⁴³ PEIXOTO, Ravi. A distinção por questão jurídica e a reconstrução do sistema de precedentes brasileiros – uma leitura a partir do art. 966, §6º do CPC.

qualidade argumentativa e for suficiente para enfrentar todos os argumentos das partes, caso contrário, a quebra desta integridade corresponde a 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 existentes, 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 hierárquica do STJ e STF, devendo ser reconhecido importante papel dos Tribunais estaduais ou regionais na formação destes precedentes. O que ocorre com STF e STJ é uma maior amplitude de sua competência e da própria função institucional de cada órgão do Judiciário.

A força vinculante dos precedentes não decorre de uma supremacia ou autoridade das Cortes Supremas, nem sequer dos procedimentos³⁴⁴ - que apenas individualizam as decisões que devem necessariamente ter seus fundamentos determinantes observados, 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.

Este 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”³⁴⁵.

O ônus argumentativo se revela justamente diante da vinculação do precedente. Com

³⁴⁴ 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, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 282)

³⁴⁵ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 281.

observância obrigatória pelos sujeitos processuais, o precedente deverá ser levado em consideração 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 ao precedente posto, seja pela sua distinção, seja pela superação.

A superação se dá por meio argumentativo, seja ele legislativo ou 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, isto não é capaz de, por si só, superar um precedente, o que somente poderá ocorrer na construção comparticipada 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.

7 CONCLUSÃO

A análise historiográfica permite concluir que os modelos de *common law* e *civil law* não são estanques, ao contrário, foram formados a partir de intercâmbio, se envolvendo por membranas permeáveis que sempre permitiram intercambialidade de institutos, não podendo se falar em uma recente aproximação ou mixagem de modelos, em razão da utilização, no *civil law*, de um sistema de precedentes.

Reforça-se isto ao se verificar que, no Brasil, o ordenamento jurídico há muito busca um respeito pelas decisões judiciais e que, apenas e tão-somente a partir de mudanças legislativas foi possível criar e estabelecer um sistema de respeito aos precedentes.

Isto leva a refletir sobre a importação de institutos sem a análise crítica, a partir da simples afirmação de que o sistema de *common law* assim o adotou. Essa premissa nos leva a questionar o que seria o precedente.

A releitura do instituto alcança a inevitável conclusão de que o *stare decisis* brasileiro se estabeleceu de maneira diversa do sistema de *common law*. Em razão disto, as linhas argumentativas de que os precedentes se fundam pela autoridade, pelo método ou pelo argumento revelaram-se insuficientes para conceituar precedentes.

Conclui-se que os precedentes são formados a partir de metodologias legalmente estabelecidas, contudo, unicamente o método é insuficiente para lhe outorgar legitimidade, o que necessariamente deve ocorrer de forma argumentativa.

A partir da concepção metodológica-argumentativa dos precedentes, foi possível estabelecer que o precedente é julgado qualificado por procedimentos previamente estabelecidos pela Lei (método), antecipando fundamentos determinantes a serem observados obrigatoriamente na construção do julgado, capazes de vincular o julgador, caso não exista argumento suficiente para infirmar a conclusão alcançada pelo precedente.

Em outras palavras, o procedimento empresta a qualidade de precedente ao julgado, impondo a observância obrigatória de seus fundamentos determinantes. Contudo, estes fundamentos são apenas antecipações de razões, que ficaram sujeitas ao contraditório e ampla defesa. Enquanto a observância obrigatória é um início, a vinculação somente pode ser verificada ao final, depois do exercício efetivo do contraditório e ampla defesa.

Neste cenário, o problema das súmulas acaba por ser superado, uma vez que súmulas não são precedentes, mas apenas procedimento qualificador de julgados pretéritos, ou seja, a partir da edição de súmula, delibera o Tribunal por outorgar a julgados anteriores a qualidade de precedentes, passando a ter observância obrigatória de seus fundamentos determinantes. A

súmula funciona como mero índice indicador de julgados, a partir de então, qualificados e que devem ter sua observância obrigatória.

Observância obrigatória essa que não se confunde com vinculação, de igual forma que precedente não se confunde com regra. Os precedentes apresentam-se como antecipação de argumentos a serem considerados na construção da decisão e, portanto, são *principium*, o início do debate, não se submetendo à lógica do tudo-ou-nada inherente às regras.

Ao ter sua gênese no procedimento jurisdicional, foi necessário traçar a metateoria necessária para empreender a análise e revistar a superação dos precedentes. Para isto, foram apresentadas as contribuições do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin como teoria do direito adequada na análise dos precedentes.

A partir de Dworkin, estabeleceu-se a necessidade de correção dos erros institucionais para manutenção do Direito íntegro e coerente, estabelecendo-se premissas para superação dos precedentes. Não sendo suficiente, especificamente em relação a teoria do processo fixou-se a teoria do processo jurisdicional democrático como ponto irradiador da interpretação normativa, estruturando toda a análise a partir de critérios de legitimização da decisão.

Somente garantida a participação de todos os sujeitos processuais (comparticipação) em um plano policêntrico, é possível se estabelecer um pano de fundo para análise das teses de superação dos precedentes.

A partir de modificação legislativa promovida pela Lei 11.417, que alterou o sistema recursal do Código de Processo Civil, a superação dos precedentes e interpretação do sistema de precedente apresenta-se como grande problema, capaz de engessar o sistema processual.

Inúmeras foram as propostas apresentadas pela doutrina para resolver este problema, contudo, a análise das teses até então defendidas revelaram-se insuficientes, muitas das vezes contraditórias em seus próprios termos ou defensoras de atos contrários à lei, de forma que se revelaram insuficientes para resolver de forma adequada o problema.

A partir de compreensão de um precedente firmado a partir da autoridade das Cortes Superiores, os defensores do chamado “julgamento-alerta” defendem que apenas com a sinalização pelos Tribunais superiores poderiam os Tribunais de Apelação realizar a superação do precedente.

Contudo, não há garantia de que haverá recurso da decisão do Tribunal de Apelação aos Tribunais superiores e, menos ainda, que a questão utilizada como “alerta” será debatida pelas partes. Inexiste hipótese de admissibilidade de recurso em conformidade com precedente, sob fundamento de um “alerta”, assim como, ao admitir-se que instâncias inferiores atue como Suprema Corte para superar o precedente representa quebra de

autoridade, invertendo e violando as próprias premissas fixadas para referida tese.

A interposição de agravo em recurso especial - AREsp ou agravo em recurso extraordinário - ARE contra acórdão do Tribunal de Apelação que decidir agravo interno também se revelou temerária, seja porque AREsp e ARE não são meios de impugnação de acórdãos, seja porque não há essa hipótese de cabimento ou, ainda, porque há expressa vedação legal para utilização do recurso na hipótese.

A tentativa de superação por reclamação também encontra óbice na Lei, mas não apenas isto, as instâncias extraordinárias já refutaram a utilização desta ação para controle de precedentes.

Não muito diferente, a hipótese de interposição de novo Recurso Especial ou Extraordinário, desta vez em face de acórdão proferido no julgamento do agravo interno pela Corte de Apelação revelou-se problemática em razão do procedimento de admissibilidade dos recursos extraordinários. Isto porque, eventual novo REsp e RE seria, mais uma vez, remetido ao Presidente ou Vice-Presidente para juízo de admissibilidade. Novamente, seguir-se-ia com sua inadmissão, provocando novo agravo interno, em um círculo infrutífero que não permitiria qualquer superação ou nova apreciação da questão pelos Tribunais Superiores.

Socorrer-se à discricionariedade e arbítrio judicial foi o caminho encontrado na defesa de admissibilidade do recurso especial e extraordinário, ainda que exista consonância entre o precedente e a decisão recorrida. Neste caso, permitir-se-ia ao Tribunal estadual ou regional decidir contra a Lei, admitindo o recurso sob justificativa da existência de requerimento para superação de precedente.

Ao final, a superação de precedente por ação rescisória encontra obstáculo na contradição em se estabelecer a impossibilidade de superação pelo Tribunal estadual ou regional, mas permitir uma ação rescisória para modificação de um precedente. Ora, se a ação não chegou aos Tribunais superiores, a rescisória seria julgada pelas instâncias ordinárias e, mais uma vez, com a vinculação ao precedente, não haveria espaço para encampar modificação no entendimento.

Por tudo isto, 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 exige uma interpretação em conformidade com a Constituição.

Não há dúvidas de que o precedente somente pode ser superado pelo Tribunal que o formou. Em outras palavras, a superação do precedente deve ocorrer perante o tribunal que qualificou o julgado. Mas isto não representa afirmar que os tribunais inferiores estão

impossibilitados de julgar de forma contrária ao precedente.

A partir daí, surge a possibilidade de quebra da vinculação quando os fundamentos determinantes são insuficientes para 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, o mantenha, enfrentando o novo argumento e o afastando, mantendo a integridade e vinculatividade do padrão decisório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, João Victor Gomes Bezerra; ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro; MEDEIROS, Alan Monteiro de. Técnicas de Distinção e Superação de Precedentes no Código de Processo Civil: uma análise da função sistêmica da reclamação constitucional, da ação rescisória e dos recursos. In: *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*. v. 6, n. 1, p. 184-205, jan/jun 2020

ALMEIDA, Andréa Alves de. Espaço Jurídico Processual na Discursividade Metalingüística. Curitiba: CRV, 2012

ANDREWS, Neil. *Three Paths of Justice*. Londres: Springer, 2012

ATAÍDE JR., Jaldemiro R. de. *O Precedente Vinculante e sua Eficácia Temporal no Sistema Processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada na UNICAP. Disponível em <http://www.unicap.br/tede/tde_arquivos/4/TDE-2011-08-16T151044Z-409/Publico/dissertacao_jaldemiro_rodrigues.pdf>, acessado em 05 de janeiro de 2019

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As Súmulas Vinculantes e a Nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 206/2012, p. 359 – 379, abr. / 2012

_____. SILVA, Diogo Bacha e. O Novo CPC e a Sistemática dos Precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. *Revista Direito Estado e Sociedade*, nº. 46, jan./jun.2015

BARACHO JR., José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984

BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2015

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8 ed.. São Paulo: Saraiva. 2019

BENTHAN, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence*. London: Baldwin, Cradock & Joy, 1825

BOBBIO, Noberto. *Teoria Geral da Política. A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito compiladas por Nello Morra*. São Paulo: Ícone, 1995

BOMFIM, Rainer. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais: A relativização dos limites entre common law e civil law no CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 58, nº. 232, out/dez. 2021

BORTOLUCI, Lygia Helena Fonseca. Os precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015: a operacionalização do distinguishing a partir da identificação dos conceitos de ratio decidendi e tese jurídica. *Revista de Processo*. vol. 322. ano. 2021. dez. 2021. São Paulo, 2021

BRUNETTI, Giovanni. *Norme e Regole Finali nel Diritto*. Torino: UTET, 1913

BRUSSACK, Robert D. *The second labor of Hercules: a review of Ronald Dworkin's Law's Empire*. 23 Ga. L. Rev., 1989

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2016

BURKE, Peter. A Nova História, seu Passado e seu Futuro. In: BURKE, Peter (org.). *A Escrita da História*. São Paulo: Unesp, 1992

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. Rio de Janeiro: Atlas. 2017

. POR UM MODELO DELIBERATIVO DE FORMAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017

. Novo CPC Reformado Permite Superação de Decisões Vinculantes. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em 27 jun. 2022

. O Novo Processo Civil Brasileiro. 3^a Ed. São Paulo: Atlas, 2017

CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. A Existência do Direito a Partir da Linguagem. *Revista de Direito Privado*. vol. 75/2017, Mar.2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos; ARCHANJO, Marco Alexandre de Oliveira. Reclamação como Ferramenta de Superação de Precedente formado em Controle Concentrado de Constitucionalidade. *Revista da Advocacia Pública Federal*. 2019

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum: Belo Horizonte, 2011

. Menelick. Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999

CARVALHO, Flávio Pereira de. O Histórico do Processo Legislativo de Criação da Súmula Vinculante no Brasil. *Revista Senatus*, Brasília, v.7, n.1, p.32-39, jul. 2009

CATTINI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

. O Processo Constitucional como Instrumento da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte: v. 3, nºs. 5 e 6, p. 164, jan./dez. 2000

_____. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006

CHAMON JR., Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma Reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a Imparcialidade a Sério: Proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia*. Salvador: Juspodivm, 2018

CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 143-151, mai./2015

_____. 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.

_____. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. 1^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011

DEMO, Pedro. Argumento de Autoridade x Autoridade do Argumento: Interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3^a Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

DIDIER JR., Freddie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012

_____. SOUZA, Marcus Seixas. O Respeito aos Precedentes como Diretriz Histórica do Direito brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, RT, ano 1, jul./dez. 2015

DOLEZALEK, Gero. *I Precedente giudiziale nello ius commune*, 1998

DURO, Cristiano. Entre Autoridade, Método e Argumento: Uma proposta para superação dos precedentes. *Revista de Processo*, v. 299, 2020

_____. *Execução e Democracia: A tutela executiva no processo constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2018

_____. *A Fundamentação na Técnica de Superação do Padrão Decisório no Anteprojeto de um Novo CPC*. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Freddie Didier Jr.; José Medina; Luiz Fux; Luiz Volpe; Pedro Miranda. (Org.). *Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: HUP, 1996

_____. Justice for Hedgehogs – Keynote Address. *Boston University Law Review*, vol. 90, nº. 469, p. 471-472, 2010

_____. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press: Cambridge, 2011

_____. Law's ambitions for itself. The 1984 McCorkle Lecture. *Virginia Law Review*, vol. 71, number 2, mar/1985

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira, 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____. *O que é uma vida boa?* São Paulo: FGV, 2011

_____. *Uma Questão de Princípio*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 281.

_____. What Is Equality? Part 1: Equality of Welfare. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, no. 3, Wiley, 1981, pp. 185–246, disponível em <http://www.jstor.org/stable/2264894>

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. A relevância da fundamentação para a formação e aplicação dos precedentes. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018

FAZZALARI, Elio. Diffusione del Processo e compiti della Dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffré, nº. 3, 1958

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª Ed. Padova: CEDAM, 1975

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

FIORATTO, Débora. DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*. V. 01, 2010

FRANÇA, Rubens Limongi. *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974

GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003

_____. *Verdade e Método*. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 1999

GALIO, Morgana Henicka. Vinculação aos precedentes: crítica e reflexão acerca da segurança jurídica e eficácia do judiciário. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. (Coord.) *Processo e Jurisdição I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2014

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936

GOMES DE FREITAS, Christiano Rodrigo. DURO, Cristiano. Legitimação Decisória no Novo Código de Processo Civil. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza: Unichristus, ano 12, nº. 16, p. 120, jan./dez. 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012

GORLA, Gino. Raccolta di Saggi sull'Interpretazione e sul Valore del Precedente Giudiziale in Italia. *Il Foro Italiano*. Roma, Vol. 89, Nº. 9, p. 5-48, 1966

GRZEGORCZYK, Christophe – Precedent in France (em cooperação com Michel Troper), in Neil MacCormick e Robert S. Summers (edit.), *Interpreting Precedents*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012

JOBIM, Marco Félix Jobim. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea: Uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

LACERDA, Ludmila Lais Costa. A metateoria e o contrafactual em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade de Direito - RFD - UERJ*. n. 31. Rio de Janeiro. Jun. 2017

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008

_____. *O Contradictório e a Fundamentação das Decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

LEAL, Rosemíro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel A. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

_____. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010

_____. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

LEAL, Victor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 5. São Paulo: Saraiva, 1966

LEVI, Giovanni. Sobre a Micro-História. In: BURKE, Peter (org.). *A Escrita da História*. São Paulo: Unesp, 1992

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97, jan. a jun. de 2008, pp. 105-122

LÍSIAS, Andressa Paula Senna. Quais os elementos vinculantes do precedente produzido pelos recursos repetitivos? *Revista de Processo*. vol. 323. jan. 2022

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Supremo e as Crises da República*, 2017

LUNELLI, Guilherme. *Direito Sumular e Fundamentação Decisória no CPC/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2016

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

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. *Coleção Roteiros Jurídicos: História do Direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MARÇAL, Antônio Cota. Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo? *Revista do Curso de Direito - PUC Minas Serro*, nº. 3, 2011

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Manual de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters (e-book), 2020

_____. ARENHART, Sério Cruz; Mitidiero, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MARQUES, Elmer da Silva; AGUIAR, Guilherme Machado; SULZBACH, Juliane Glória. As Técnicas da Sinalização e do Julgamento-alerta de Superação do Precedente Judicial: Estudo de Caso. *Revista Direito em Debate*. Ano XXVIII. N. 52. jul./dez. 2019

MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.) *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4^a Edição. São Paulo: RT, 2016

MENDES, Conrado Hubner. *Na Prática, Ministros do STF agredem a Democracia, escreve professor da Usp*, 2018

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A Decisão no Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008

MILGRAM, Stanley. *Behavioral Study of Obedience*, 1963

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

MONICA, Eder Fernandes. A teoria de Dworkin para a superação da tensão entre segurança jurídica e decisão justa. *Revista de Direito Público*. vol 2. n. 3. set/dez 2007. Londrina, 2007

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenação). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

MORAIS, Gisela Telles de Menezes. O precedente vinculante na solução de controvéries. *Revista de Direito*. vol. 14. n. 19. ano 2011. Valinhos, 2011

NADAL, João Eduardo de. *A Reclamação como Instrumento de Superação dos Precedentes Qualificados*. Dissertação (mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2019

NERY JR., Nelson. ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

_____. Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado brasileiro*. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2013

NUNES, Dierle. Acórdãos deveriam ter linearidade argumentativa. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <bit.ly/3uWVabc>, acessado em 05/02/2022

_____. *Novo CPC Consagra Concepção Dinâmica do Contraditório*. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<https://bit.ly/3K7nVZh>>, acesso em 04/02/2022

_____. BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº. 57, p. 17-52, jun./set. 2015

_____. Apontamentos Iniciais de um Processualismo Constitucional Democrático. In: MACHADO, Felipe Daniel A. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

_____. FREITAS, Marina Carvalho. A Necessidade de Meios para Superação dos Precedentes. *Revista de Processo*, vol. 281, 2018.

_____. LUD, Natanael. PEDRON, Flávio. *Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018

_____. O Princípio do Contraditório: uma garantia de influência e não-surpresa. In: HORTA TAVARES, Fernando. *Constituição, Direito e Processo: Princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2007

_____. Padronizar decisões pode empobrecer o discurso jurídico. *Revista Consultor Jurídico*, ago.2012, disponível em <encurtador.com.br/quJU3>, consultado em 12/03/2021

_____. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, vol. 189, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011

_____. Reformas processuais: estatalismo ou privatismo? Por um modelo participativo. *RBDPro – Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 145, abr./jun. 2015

_____. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. *Teoria Geral do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2020

_____. BAHIA, Alexandre. “Jurisprudência instável” e seus riscos: a aposta nos precedentes vs. uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. In: CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*: volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

_____. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Precedentes e a Busca de uma Decisão Correta. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (coord.). *Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015*: atualizado de acordo com a Lei 13.256/2016. Belo Horizonte: Del Rey, 2016

_____. PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, v. 263, jan. 2017

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PAIXÃO, Cristiano. BIGLIAZZI, Renato. *História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: Do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Unb/Finatec, 2011

PEDRON, Flávio Quinaud. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir do julgamento da ADPF n. 132. *Revista de Direito da Faculdade Ganambi*, Ano 2, Vol. 2. n. 1. jan/jun 2016

_____. Esclarecimentos sobre a tese da “única resposta” correta, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Ano VIII. n. 45. abr/jun, 2009

_____. Que Críticas da Teoria do Direito como Integridade de Dworkin Pode Fazer contra a Tese do Livre Convencimento Motivado do Magistrado? *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria, v. 13, n. 2, 2018

_____. CARVALHO, Joabe Herbe Amorim de. A contribuição da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin para a hermenêutica jurídica contemporânea. *Revista do Mestrado em Direito - UCB*, vol. 10. n. 2. jul-dez 2016. Brasília, 2016

_____. OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma compreensão ontológica dos Precedentes Judiciais. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 19, n. 119, p. 645-668, out.2017/jan.2018

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

_____. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 3 ed. Salvador: Jus Podium. 2018

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

PICARDI, Nicola. *La Giurisdizione All'alba del Terzo Millenio*. Milano: Giuffré, 2007

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *História e Prática do Habeas Corpus*, 3.^a ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955

QUEIROZ, Estefânia Maria de. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014

RAMires, Maurício. *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar.* 2. ed. São Paulo: RT, 2018

SARMENTO, Vitor Seidel. O papel da jurisdição constitucional à luz das teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron. *Derecho y Cambio Social*, Lima, ano 11, n. 35, 01 jan. 2014. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista035/O_PAPEL_DA_JURISDICAO_CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em 21 março 2021.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. São Paulo: Cultrix, 2006

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad.: Beatriz Hennig et. al. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung

SILVA, Aline Prado. *Legitimidade e decisão: a construção do julgamento dos casos difíceis pela teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013

SILVA, Cristina Menezes da. Ratio Decidendi: o elemento vinculante do precedente. *Revista Forense*. vol. 431. ano 116. Jan-Jun 2020. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 332-351.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: O paradigma racionalista*. 4ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004

SILVA, Diogo Bacha. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Transcendentalização dos Precedentes no novo CPC: Equívocos acerca do efeito vinculante. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 36, p. 101-118, jul./dez.2016

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente à Súmula Vinculante*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a Cegueira Positivista. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: nº. 57, p. 142-144, 2008

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

_____. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “Como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta. In Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade e Machado, Felipe Daniel Amorim. *Hermenêutica*

Constitucional e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

_____. *Precedentes judiciais e Hermenêutica: O sentido da vinculação no CPC/2015.* Salvador: JusPodivm, 2018

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.* 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. ABBOUD, Georges. *O Que é Isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes.* 2ª Ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado

_____. ABBOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

_____. ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR, Fredie et al. (Org.). *Precedentes - Coleção Grandes Temas do Novo CPC.* Salvador: JusPodivm, 2015

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil.* São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 24.

_____. Aspetti del precedente giudiziale. In: RAMELLI, Alejandro et al. *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes.* Medellín: Universidad de Medellín; Sello Editorial Universidad de Medellín, 2015

_____. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: aspetti fondamentali. Sui confine: scritti sull'agiustizia civile.* Bologna: Il Mulino, 2002

_____. Precedente e giurisprudenza. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* A. 48, nº 2, p. 411-430, Milano: Giuffrè, 2007

_____. Precedents in Italy. In *Precedent and the Law – Reports.* XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxele: Bruylant, 2007

TARTUCE, Fernanda; CHAVES, Marianna. Precedentes e litígios familiares: primeiras reflexões. *Revista Pensamento Jurídico.* vol. 11. n. 1. jan-jun 2017. São Paulo, 2017

TAVARES. André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante – Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007

TERÁN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*, 18^a ed., México: Porúa, 2005

THEODORO JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016

TREVISAN, Maria Carolina. *Boaventura de Sousa Santos: Supremo se ajoelhou diante das pressões de cima*, 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, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. *Precedentes - A Mutação no Ônus Argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

VILANOVA, Lourival. O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado. In *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, T. I. Brasília: Axis Mundi/IBET, 2003

WARAT, L. A. O Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Busca Legis*, nº. 5, p. 48-57, jun. 1982

ZANETI JR, Hermes. Precedentes (Treat Like Cases Alike) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da "jurisprudência persuasiva" como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 235/2014. Set. 2014

. *O Valor Vinculante dos Precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016