

Universidade federal do Estado do Rio de Janeiro-

UNIRIO

Centro de Ciências Jurídicas e Políticas (CCJP)

Rodrigo Fragoas da Silva

*“Os precedentes no novo Código de Processo Civil: as técnicas de
distinção e superação de precedentes”*

Rio de Janeiro

2017

Rodrigo Fragoas da Silva

*“Os precedentes no novo Código de Processo Civil: as técnicas de
distinção e superação de precedentes”*

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do professor André Fontes.

Rio de Janeiro

2017

Aos amigos e familiares

*“A verdadeira viagem de descobrimento não
consiste em procurar novas paisagens, mas
em ter novos olhos” Marcel Proust*

AGRADECIMENTOS

Um agradecimento especial à minha Bisavó Maria Ida que, infelizmente, não pode dividir esse momento comigo.

Aos meus pais Celso e Ana Paula, meu irmão Renan, minha avó Norma e todos os meus familiares que me acompanharam e me apoiaram durante os anos de formação e me deram suporte para alcançar meu sonho.

Um agradecimento especial para meus amigos, que ao longo de cinco anos se tornaram minha família, Lucas, Tim, Rodrigo, Henrique, Aquiles, Guilherme, Bia, Carol, Raphael, Felipe, Anna Carolina. Obrigado pela companhia, pelas viagens, pelas risadas e tantos momentos inesquecíveis. Levo vocês para minha vida!

Não posso de esquecer de agradecer aos amigos Wilson Macena e Breno Botelho por tornarem a minha formação academicamente possível.

Ao incrível profissional que me ensinou a amar minha profissão Rafael Bragança. Se conheço alguma coisa sobre Direito Tributário devo isso a vocês.

Aos grandes amigos do Escritório Daudt e Ulhôa Canto que tornaram a vida agitada de um escritório em um prazer.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende desenvolver o seguinte tema: “Os precedentes no novo Código de Processo Civil: as técnicas de distinção e superação de precedentes”.

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), Lei n. 13.105/2015 introduziu um grande número de precedentes vinculantes no sistema brasileiro. Além das decisões proferidas em controle concentrado da constitucionalidade e das súmulas vinculantes outra foram trazidas pelo art.927.

Apesar do jurista brasileiro ter uma certa experiência no manejo com precedentes (vide as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade) a nova sistemática irá exigir o domínio de técnicas e conceitos que se não são desconhecidos nas estão inseridos na prática dos advogados e juízes.

De forma geral, pretende-se analisar no as formas de aplicação dos precedentes e as hipóteses, técnicas e efeitos da superação de precedentes.

Palavras-Chave: novo Código de Processo Civil; precedente judicial; distinção; superação; efeitos prospectivos; efeitos retrospectivos.

ABSTRACT

The present work intends to develop the following theme: "The precedents in the new Civil Procedure Code: the techniques of distinction and overriding precedents".

The New Civil Procedure Code (CPC/2015), Law no. 13,105 / 2015, introduced a large number of binding precedents in the Brazilian system. In addition to the decisions handed down in concentrated control of constitutionality and binding precedents, another was brought by section n. 927,

Although the Brazilian jurist has a certain experience in dealing with precedents (see binding precedents and decisions in concentrated control of constitutionality), the new system will require the mastery of techniques and concepts that are unknown in the practice of lawyers and judges.

In general, we intend to analyze the forms of application of the precedents and the hypotheses, techniques and effects of overruling precedents.

Keywords: new Code of Civil Procedure; Judicial precedent; distinguishing; overruling; prospective overruling; retrospective overruling.

Sumário

1. Introdução	1
2. Sistema Brasileiro de Precedentes Vinculantes	3
2.1. Introdução	3
2.2. Conceito Fundamentais e distinções necessárias	6
2.2.1. <i>Conceito de precedente</i>	6
2.2.2. <i>Precedente e outros institutos do Direito Processual Cível</i>	9
2.2.3. <i>Elementos do precedente</i>	12
3. A técnica da distinção como meio de desenvolvimento do Direito.....	15
3.1. Conceito	17
3.2 Distinção ampliativa e restritiva	22
4. Superação e evolução do direito	24
4.1. Hipóteses para Superação dos Precedentes	24
4.2. Técnica de superação de precedentes	30
4.2.1 <i>Overruling</i>	30
4.2.2. <i>Overriding</i>	34
4.3. Técnica de Sinalização (<i>signaling</i>)	35
4.4. Efeitos da superação de precedentes	37
4.4.1. <i>Efeitos retroativos</i>	37
4.4.2. <i>Efeitos prospectivos</i>	39
5. Conclusão	42
6. Bibliografia.....	44

1. Introdução

Insegurança jurídica e imprevisibilidade das decisões emanadas do Poder Judiciário, até mesmo de cortes de vértice como o Supremo Tribunal Federal, impulsionou uma série de estudiosos a refletirem sobre a necessidade de construção de uma teoria de precedentes vinculantes, bem como sua sistematização no Código de Processo Civil¹.

Parece ter sido essa a mentalidade do legislador ao redigir o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) onde visivelmente almeja a sistematização da disciplina dos precedentes vinculantes. O regime dos precedentes judiciais é normatizado pelos arts. 926 e 927 do CPC/2015. Para que se possa elaborar uma sistemática de precedentes, é necessário, antes de tudo, que os próprios tribunais que estabelecem as decisões vinculantes as respeitem, mantendo uma jurisprudência estável. É impossível imaginar a construção de um sistema de precedentes sem que os próprios tribunais respeitem seus próprios precedentes. Como bem esclarecido por Daniel Mitidiero, "Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita".²

Nesse sentido, o presente trabalho pretende abordar os conceitos apontados pela atual doutrina como essenciais a construção de uma teoria de precedentes capaz de dar suporte aos novos dispositivos do CPC/2015 de modo a garantir que cumpram sua finalidade, qual seja, manutenção da segurança jurídica e da confiança, bem como da estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais.

Para tanto, se fez necessário abordar os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum* para posteriormente analisar técnica de aplicação dos precedentes: *distinguishing*. Depois, serão examinadas as hipóteses de superação dos precedentes e as técnicas disponíveis para tal mister: *overruling* e *overriding*, avaliando-se, também, a conveniência e utilidade da técnica de sinalização (*signaling*).

Por último, o presente trabalho analisará os efeitos decorrentes da superação dos precedentes: o retrospectivo e o prospectivo, delineando suas diferenciações e hipóteses

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil*. RePro 245/38, São Paulo: Ed. RT, jul. 2015.

de aplicação para, ao término, tentar apontar o que a doutrina entende como critérios para a aplicação de um ou de outro efeito, levando em conta a necessidade de proteção da confiança.

2. Sistema Brasileiro de Precedentes Vinculantes

2.1. Introdução

A Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil (CPC/2015), trouxe consigo o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. Com efeito, os artigos 926 e 927³ do CPC/2015 sobre a dinâmica dos precedentes na nova ordem processual.

Ao se analisar de forma detida os artigos que tratam sobre precedentes e sua dinâmica fica claro a proposição do CPC/2015 de estabelecer um sistema de precedentes. Com efeito, o art. 489, § 1º, I e II preveem a obrigatoriedade de fundamentação adequada quando a decisão se basear em precedentes, sob pena de nulidade, o *caput* do art. 926 dispõe que os tribunais tem o dever de uniformidade, estabilidade, integridade, e coerência para com sua jurisprudência de forma a garantir o pleno funcionamento do sistema de precedentes, o art. 927, por sua vez, institui um rol de precedentes vinculantes, prevê sobre possibilidade de designação de audiências públicas e participação de *amici*

³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

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

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

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

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

II - os enunciados de súmula vinculante;

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

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

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

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

§2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas

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

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

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

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

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

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

§5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores

curiae no procedimento de superação do precedente, a obrigatoriedade de fundamentação adequada para superação de precedentes, além do aumento do escopo da reclamação para abranger expressamente hipóteses de decisão que não aplica precedente vinculante.

A regulação constante dos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil de 2015 evidenciou uma série de possibilidades: como uma fonte normativa com a potencialidade de tornar o sistema judicial brasileiro mais seguro, coerente e igualitário, além de institutos tendentes a dar soluções de caráter coletivo para demandas iguais, de forma a possibilitar uma prestação jurisdicional mais rápida e efetiva.

Nesse contexto, o sistema de precedentes vinculantes trazido pelo CPC/2015 tem potencial para solucionar dois problemas conexos, conforme Ronaldo Cramer⁴.

O primeiro é a demora na prestação jurisdicional que decorre do crescente número de casos a serem julgados pelo Judiciário. Muitos processos em andamento atrasam o funcionamento do aparelho judicial.

O segundo problema está intimamente ligado ao primeiro: a prestação jurisdicional perde qualidade. Para dar conta do volume de processos, os tribunais julgam rápido, muitas vezes sem fundamentação, com fundamentação insuficiente ou genérica.

Todavia, é válido ressaltar que se está diante de uma potencialidade. O papel central para que os institutos trazidos pela alteração legislativa se tornem efetivamente criadores de novas soluções está nas mãos dos operadores do direito.

Pois bem, o primeiro passo rumo à construção de um sistema de precedentes brasileiro foi dado pelo CPC/2015, mas, como afirma Ravi Peixoto⁵:

O operador do direito nacional deverá passar por um processo de adaptação para se tornar apto a raciocinar adequadamente com os precedentes. Será um caminhar paulatino, com a estabilização dos posicionamentos dos tribunais superiores, o respeito a eles pelos órgãos jurisdicionais a eles submetidos e também pelos criadores dos próprios precedentes, a própria forma de argumentação, que passa a ter os precedentes como um ponto mais relevante etc. Enfim, a alteração normativa é apenas o primeiro passo.

Ainda sobre o caminho a ser percorrido para sedimentação de um sistema de precedentes, Lucas Burril⁶ deixa claro que:

⁴ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 4

⁵ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.124

⁶ MÂCEDO, Lucas Burril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

(...) muito embora o Código de Processo Civil tenha avançado bastante, a construção do sistema de precedentes está longe de ser uma obra concluída, carecendo intensamente da concretização dos próximos passos, todos eles fundamentais, definidos pelo trabalho doutrinário e pela consagração jurisprudencial das respostas às várias questões que a operação com precedentes suscita.

Com efeito, a teoria dos precedentes é desconhecida por larga parcela dos operadores do direito brasileiro que, apesar de ter experiências recentes com precedentes (vide as súmulas vinculantes), normalmente passam ao largo dos seus conceitos e técnicas de aplicação.

Isso porque, a inserção de novos institutos que prestigiam o uso de precedentes não veio acompanhada de uma construção teórica acerca dos conceitos e técnicas de aplicação. Na verdade, a súmula vinculante, por exemplo, tornou-se uma ferramenta para ajudar o Judiciário a suavizar a crise decorrente do enorme número de processos a serem julgados⁷.

Com efeito, não são raros os casos idênticos com decisões diferentes, casos em que a jurisprudência é ignorada ou alterada pouco tempo depois de formada, ou até mesmo com base em argumentos que não compõe as razões de decidir.

Um bom exemplo desses problemas foi dado por Ronaldo Cramer:

A 2ª Seção do STJ, em fevereiro de 2011, nos Embargos de Divergência 857.758/RS, julgou se o devedor precisaria ser intimado para cumprir a sentença condenatória de obrigação de fazer. Estavam em confronto a tese de que o prazo para cumprir a sentença fluiria a partir do mero trânsito e a tese de que esse prazo somente começaria a contar da intimação.

Ressalta-se que a questão posta a julgamento não se referia à forma como a intimação deveria ser feita, se pessoal ou por advogado, mas apenas se deveria haver intimação ou não.

Os Ministros, por unanimidade, decidiram que a execução do art. 461 do CPC de 1973 começa com a intimação do devedor, sem entrar no mérito se deveria ser pessoal ou por advogado. Entretanto, ao redigir o acórdão, a relatora redigiu que essa intimação deveria ser feita na pessoa do advogado. Para a relatora, como a Corte Especial decidira que a execução do art. 475-J do CPC1973 se inicia com a intimação do advogado, a execução do art. 461 do mesmo diploma legal deveria se adaptar a essa solução, uniformizando-se o começo de todos os modelos de execução de sentença.

⁷ Na época em que a produção de súmulas vinculantes começou a gerar críticas Lenio Streck fez importante crítica a má técnica do STF para edição desse instituto, bem como chamou atenção para parte da doutrina que enxergava a necessidade de criação de uma teoria de precedentes. STRECK, Lenio. *Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 78, p.284-319, jun 2009. Bimestral.

Além de contrariar a Súmula 410 do STJ, essa questão não tinha sido enfrentada pelo colegiado da 2ª Seção, configurando-se entendimento pessoal da relatora, mas posto por ela no acórdão sem nenhuma ressalva.

Depois desse julgado, algumas Turmas passaram a acompanhar o “novo entendimento” do STJ.

Dois anos mais tarde, a mesma 2ª Seção, ao perceber o equívoco, proferiu outro julgado, no Recurso Especial 1.349.790/RJ, no qual decidiu, por unanimidade, que a execução do art. 461 do CPC de 1973 a intimação é pessoal, e não do advogado. Nesse acórdão, a 2ª Seção fez um esclarecimento sobre a decisão de 2011, para dizer que aquele julgado não tinha decidido que a referida intimação é do advogado, deixando claro que sempre prevaleceu o entendimento de que essa intimação é pessoal.⁸

É válido salientar que a divergência jurisprudencial não era tolerada antes mesmo do advento do CPC/2015, bastando para tanto que se leve em consideração o recurso especial com base em dissídio jurisprudencial trazido pela Constituição Federal. Apesar disso, o que se vê é um Poder Judiciário voltado para a individualidade⁹ em suas decisões em uma enorme variação de soluções para casos semelhantes¹⁰.

Nesse passo, a despeito da falta de valorização e sistematização dos precedentes vivenciados até agora, com o advento do CPC/2015, a preocupação em se manter uma jurisprudência coerente deve ser vista como função dos tribunais, afim de garantir segurança jurídica e isonomia em um Judiciário que pretende distribuir justiça, não podendo tolerar que casos iguais recebam soluções diferentes.

2.2. Conceito Fundamentais e distinções necessárias

2.2.1. Conceito de precedente

Nas lições de Fredie Didier Jr. existem duas espécies de conceitos de precedentes no Direito, quais sejam, o lógico-jurídico e o jurídico-positivo.

O conceito lógico-jurídico é construído a priori e de maneira universal, pelo fato de compreender um fenômeno jurídico independente do direito positivo. No lugar de ser

⁸ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 6-7

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: Justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 88.

¹⁰ Nesse sentido Willian Pugliese: O problema da incerteza macula a atuação dos tribunais superiores no Brasil. Tornou-se comum encontrar decisões em sentidos diametralmente opostos proferidas por uma mesma Turma do Superior Tribunal de Justiça. Pior, tais decisões são tomadas sem haver qualquer preocupação em justificar os posicionamentos conflitantes”. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 19.

extraído de uma determinada realidade jurídica, esse tipo de conceito serve para o entendimento de qualquer ordenamento. Como exemplo, cita-se o conceito de decisão.

O conceito jurídico-positivo, por outro lado, é erguido a partir de um determinado ordenamento jurídico, a posteriori, podendo somente ser aplicado a ele. Ou seja, é um conceito específico de determinado ordenamento jurídico que não pode ser transportado para outro ordenamento. Como exemplo pode ser citado o recurso especial.¹¹

Pode-se concluir, portanto, que o precedente é um conceito lógico-jurídico, uma vez que sua definição independe do direito positivo, sendo um instituto fundamental do Direito Processual, podendo se fazer presente em qualquer ordenamento.

Partindo para a definição do conceito em si, pode-se dizer, de maneira mais abrangente que “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.¹² Ressalta-se, ainda, que precedente é tanto o julgado que gerou a norma a ser seguida, quanto a própria norma que foi criada.¹³

Trazendo para realidade específica do CPC/2015 Ronaldo Cramer propôs um conceito adaptado às especificidades do diploma processual brasileiro:

(...) precedente é todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos.¹⁴

De acordo com o autor, pela leitura do conceito podem ser extraídos três pressupostos básicos para constatação da existência de um precedente.

O primeiro deles é que a decisão judicial seja proferida por um tribunal para ser considerada um precedente. Não cabe aqui apontar decisão monocrática tão pouco uma decisão de primeira instância.

¹¹ Os três parágrafos anteriores foram escritos com base na obra *Sobre teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 38-44.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 441.

¹³ Nesse sentido, ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 324-330; MÁCEDO, Lucas Burril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp.91-92; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.158; e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 78.

¹⁴ *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 80.

O segundo pressuposto é que o julgado que se pretende precedente crie, a partir da interpretação da lei, uma norma jurídica nova que servirá de critério decisório, persuasivo ou vinculante, para casos futuros. Deve-se reforçar que a norma jurídica inédita não decorre, obrigatoriamente, de lei nova, mas de uma nova interpretação de lei já existente.

O último pressuposto refere-se à indispensabilidade da decisão judicial ser estável, ou seja, o julgado não pode estar sujeito a recurso, uma vez que existindo recurso a decisão está passível de alteração.

Para melhor visualização é válido o exemplo dado por Fredie Didier Jr.¹⁵:

O art. 700 do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de ‘prova escrita’ que não tenha eficácia de título executivo. ‘Prova escrita’ é termo vago. O STJ decidiu que ‘cheque prescrito’ (n.299 da súmula do STJ) e ‘contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário’ (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou ‘duas normas gerais’ à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência.

Por meio de diversos julgados que analisaram o art. 700 do CPC/1973, o STJ extraiu uma norma geral, podendo-se afirmar que “com base nela é possível admitir, em qualquer outra situação concreta, a ação monitória para a cobrança de cheque prescrito. Eis aí a essência do precedente: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes”¹⁶.

Como se pode perceber, as duas súmulas (nº 299 e nº 247 do STJ) apresentam os pressupostos apontados anteriormente. São frutos de decisões colegiadas proferidas por um Tribunal, criaram uma norma jurídica nova que servirá de critério decisório, persuasivo ou vinculante, para casos futuros, e são estáveis, vez que os julgados que serviram de fundamento para criação das súmulas não estão sujeitos à recurso.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 442

¹⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 443

2.2.2. *Precedente e outros institutos do Direito Processual Cível*

A diferenciação entre precedente e jurisprudência se dá basicamente sob o ponto de vista quantitativo. Assim, precedente faz referência a decisão de apenas um caso, enquanto que jurisprudência é o termo usado para designar o coletivo de decisões dos tribunais no mesmo sentido sobre uma mesma questão.

De forma didática, Fredie Didier Jr. observa que a jurisprudência constitui o precedente repetido de forma reiterada pelos tribunais. O referido autor ainda demonstra a relação entre precedente, jurisprudência e súmula:

Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas.

A identificação do precedente, tendo por base a conceituação e os pressupostos anteriormente descritos, não é tarefa difícil, visto que é preciso encontrar a primeira decisão que julgou a questão.

Reconhecer uma jurisprudência, por outro lado, não ocorre de forma tão simples, uma vez que devem ser encontradas uma pluralidade de decisões no mesmo sentido. A jurisprudência constitui uma pluralidade de julgados em sequência que demonstre, de forma inequívoca, independentemente da quantidade de decisões, o entendimento de um ou mais tribunais sobre uma questão. Não cabe, portanto, determinar um número fixo de decisões como critério de identificação de uma jurisprudência.¹⁷

Outro instituto do direito processual que não pode ser confundido com o precedente é a súmula. Esta é apenas uma tentativa de enunciação da tese jurídica (*ratio decidendi*) que retrata o entendimento consolidado de determinado tribunal sobre determinado tema.¹⁸

¹⁷ Nesse sentido CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 73.

¹⁸ Nesse sentido CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 81; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 200; e PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.138.

Apesar das súmulas (tanto vinculantes quanto persuasivas) estarem no rol de precedentes do art. 927, do CPC/2015, deve-se ressaltar que elas não são, por si só, precedentes. Como deixa bem claro o §2º do art. 926, do CPC/2015, na criação das súmulas os tribunais deverão observar necessariamente as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Da mesma forma, quando da aplicação das súmulas, as questões fáticas dos julgados que a originaram não podem ser deixadas de fora.¹⁹

O próprio CPC/2015 em seu art. 489, §1º, inciso V, dispõe que a decisão que aplicar enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes é nula.

Ronaldo Cramer traz um ótimo exemplo da importância de se analisar os julgados que deram origem a edição da súmula:

Veja-se o exemplo da Súmula 88 do STJ, que, em seu texto, dispõe que ‘são admissíveis embargos infringentes em processo falimentar’.

Se considerada apenas por seu texto, essa súmula parece tratar apenas da hipótese de cabimento dos embargos infringentes no processo de falência, o que o torna, inclusive, um verbete inútil depois do CPC de 2015, que aboliu aquele recurso do sistema processual.

Todavia, se visto o julgado do REsp 4.155/RJ, precedente da Súmula 88 do STJ, encontrar-se-á a tese de aplicação supletiva do Código de Processo Civil ao processo falimentar, para suprir as omissões da Lei de Falências, desde que não haja vedação expressa nessa mesma Lei. O cabimento dos embargos infringentes constitui apenas consequência dessa premissa.

(...)

Logo, a referida súmula, compreendida a partir do precedente que a forjou, traz a regra de que o Código de Processo Civil regula subsidiariamente o processo falimentar, o que torna esse enunciado ainda útil após o CPC de 2015.²⁰

O modo como são utilizados os enunciados de súmulas de jurisprudência são o grande problema a ser enfrentado pelo direito brasileiro na construção de uma cultura dos precedentes. A súmula não é um texto normativo independente, não podendo ser visto como lei, sendo apenas uma base que precisa necessariamente dos julgados anteriores e posteriores para sua aplicação conforme a dinâmica dos precedentes. O obstáculo a ser superado é o controle de sua forma de aplicação para que não permaneça sendo aplicada

¹⁹ Nesse sentido é o enunciado n. 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que o formaram e dos que o aplicaram posteriormente”.

²⁰ *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 82-83.

como um texto abstrato e desvinculado das circunstâncias fáticas e jurídicas que deram ensejo a sua criação.²¹

Dessa forma, tanto Daniel Mitidiero quanto Ronaldo Cramer asseveram que, ao fazer referência à súmula, o sistema de precedentes vinculantes do CPC/2015 não quis aludir a súmula em si mesma, mas ao precedente que a produziu, único a ter valor no atual sistema.²²

De suma importância, portanto, entender a súmula como um mero instrumento de aplicação do precedente originário e não como um precedente em si mesmo.

Por último, cabe destacar a diferença entre precedente e a ementa extraída dos julgados, uma vez que é prática recorrente entre os tribunais e advogados²³ de utilizar-se desse resumo da decisão, que tem apenas a função de facilitar a busca dos operadores do direito sobre determinados temas, para fundamentar tanto decisões quanto recursos.

Substituir a análise do precedente pela ementa, além de empobrecer o debate da tese jurídica *sub judice*, pode gerar o mesmo tipo de equívoco que foi destacado anteriormente quando da simples aplicação do enunciado da súmula, ou seja, a ementa não contém o tema que faz parte da *ratio decidendi* presente na decisão invocada.

A ementa, apesar de sua importância como instrumento de pesquisa e sumarização das decisões de um tribunal, não é suficiente para refletir o conteúdo de um precedente. Nesse sentido, Ravi Peixoto afirma ser a ementa “um documento elaborado a partir do julgado, e não o julgado em si, não tendo aptidão de gerar, de forma autônoma, a eficácia típica dos precedentes”.²⁴

Por ser um conceito lógico-jurídico, ou seja, um conceito base, existem uma variedade de termos a ele conexos, como visto acima. Para que seja construída uma doutrina dos precedentes coesa e capaz de tornar a potencialidade do sistema de precedentes vinculantes do CPC/2015 em realidade é imprescindível a adequada

²¹ Nesse sentido PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.140.

²² MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016, p. 109 e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 85.

²³ Nesse sentido Ronaldo Cramer: “Não se confunda a argumentação conforme o precedente com o que se vê hoje em dia na prática judicial. Atualmente, não há alegação de precedente, mas apenas de ementas de julgados, escolhidos de forma parcial e invocados como se fossem – e muitas vezes não são – o entendimento pacífico do tribunal. Essa prática distorcida se convencionou chamar de *ementismo*”. (*Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 99).

²⁴ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.141

utilização dos termos ligados a prática dos precedentes. Até porque, não se espera do Poder Judiciário seja “só a boca da jurisprudência (como já o fora da lei, no tempo dos exegetas), repetindo ementas ou trechos de julgados descontextualizados dos fatos”.²⁵

2.2.3. Elementos do precedente

Com o intuito de possibilitar a utilização dos precedentes torna-se necessário a delimitação de alguns conceitos básicos. Tema de suma importância nesse contexto é a diferenciação entre *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, que determinam, respectivamente, quais partes do precedente estão aptas a vincular ou exercer eficácia persuasiva e quais as meramente laterais, não fazendo parte do precedente, incapazes de exercer influência nos julgamentos futuros. Ou seja, é através desses dois conceitos que os operadores do direito serão capazes de extrair das decisões judiciais a regra jurídica do precedente.

É importante notar que a diferenciação entre *ratio decidendi* e o *obiter dictum* foi e ainda é objeto de amplo debate na doutrina do Common Law, abarcando opiniões extremas que sugerem tanto sua vital importância quanto sua inutilidade, essa fundamentada na impossibilidade de identificá-los com precisão.²⁶ Luiz Guilherme Marinoni afirma inclusive que não “há sinal de acordo, no *common law*, acerca de uma definição de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir a sua identificação”.²⁷

Nesse passo, a presente seção não pretende exaurir o debate acerca dos conceitos e técnicas de identificação, mas tão somente apresentar como a doutrina pátria os está recepcionando, de forma que possam servir de base para discussão sobre as técnicas de aplicação, distinção e superação dos precedentes tratadas nos capítulos seguintes.

Ratio decidendi, de maneira geral, costuma ser definida como “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”.²⁸

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. PRDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 306-307.

²⁶ PUGLIESE, William. Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 79.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 221.

²⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 442.

No mesmo sentido temos José Miguel Garcia Medina que entende *ratio decidendi* como os “argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis”.²⁹

Ronaldo Cramer e Luiz Guilherme Marinoni entendem *ratio decidendi* como as razões necessárias e suficientes para a solução da causa ou de qualquer questão julgada pelo tribunal.³⁰ O segundo autor faz ainda uma importante observação de que, pela inexistência de um correspondente brasileiro da *ratio decidendi*, a razão de decidir não se confunde com a fundamentação ou com o dispositivo da decisão, sendo, na verdade, um “algo a mais” quando relacionado com os requisitos indispensáveis da sentença.

Obiter dictum, por sua vez, são argumentos de aproximação ou trechos ilustrativos utilizados para complementar o raciocínio contido na *ratio decidendi*. Ou seja, são argumentos dispensáveis para determinar a norma do precedente, são normalmente digressões ou reforços de argumentação. Como são ditos de passagem não são submetidos ao debate no tribunal, sendo, portanto, sem relevância para decisão judicial.

Um exemplo de simples de *obiter dictum* é quando um tribunal sugere como resolveria uma questão que conexa ou que não foi submetida a sua análise:

Processual civil. Tributário. Execução fiscal. Alegação de ofensa a dispositivo constitucional. Competência do STF. Utilização da taxa Selic. Débitos tributários.

1. É inviável ao STJ apreciar ofensa aos artigos da Carta Magna, uma vez que compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal o exame de violação a dispositivo da Constituição da República, nos termos do seu art. 102, III, ‘a’.

2. Em *obiter dictum* acrescento que o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o índice de correção monetária e juros nos débitos tributários pagos em atraso é a taxa Selic.

3. Recurso Especial não conhecido.³¹

Não obstante a clareza na diferenciação entre os dois conceitos, *ratio* como os argumentos suficientes e necessários que sustentam a decisão e *obiter* apenas análises laterais, o problema se dá no momento de identificar quais proposições judiciais são uma

²⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 739.

³⁰ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 106 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 238-241.

³¹ STJ, REsp 1.539.905/RS, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18.08.2015

ou outra, pelo fato de, como dito anteriormente, não haver consenso tanto sobre os conceitos quanto sobre as técnicas de identificação.

As técnicas existentes na tradição da *common law*, além de não serem unanimidade em sua própria cultura jurídica, não se mostram suficientes para identificação da *ratio decidendi* quando importadas para *civil law*.

A identificação da *ratio* de uma decisão, nos dizeres de Ravi Peixoto, tem relação com a tentativa de encontrar uma resposta para o porquê da conclusão alcançada.³²

De acordo com Ronaldo Cramer, sendo a *ratio decidendi* norma extraída da fundamentação do precedente, o seu processo de interpretação se aproximaria bastante com o que se faz para conceber a norma legal. Logo, diferentemente de importar técnicas prontas, deveriam ser observadas algumas balizas:

Em primeiro lugar, a *ratio decidendi* deve ser coerente com as questões submetidas ao julgamento do tribunal. Repare-se que isso é diferente de a *ratio* considerar as razões necessárias e suficientes para o julgamento do caso, porque, às vezes, algumas dessas razões, por descuidou qualquer outro motivo, não decorrem das questões deduzidas para o julgamento.

Além disso, a *ratio decidendi* deve ser considerada a partir da prática decisória do tribunal, a fim de preservar a integridade da jurisprudência, conforme reclama o art. 926 do NCPC. (...)

E, por último, o processo interpretativo não pode depreender uma *ratio decidendi* que viole as garantias fundamentais previstas na Constituição, salvo se for uma *ratio* que diga respeito a uma garantia fundamental, que precise ser prestigiada em detrimento de outra garantia fundamental.³³

Por último, é importante ressaltar que a *ratio decidendi* não é delimitada no momento de prolação do precedente. A atividade de identificação da *ratio* não é retrospectiva, isto é, os julgamentos posteriores serão responsáveis pela extração da *ratio* do precedente anterior.

³² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.152

³³ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 112-113

3. A técnica da distinção como meio de desenvolvimento do Direito.

Como colocado anteriormente, delimitar a *ratio decidendi*, segregando-se dela a *obiter dicta*, é essencial para correta compreensão do precedente.

Pela leitura do art. 489, §1º, V do CPC/2015³⁴, impõe ao juiz um dever argumentativo no momento de trabalhar com precedentes. Não basta, como corriqueiramente se faz, a simples menção a súmula ou a precedente para fundamentar uma decisão. Agora, o magistrado deverá delimitar a *ratio decidendi*, segregando-se dela a *obiter dicta*, demonstrando porque a *ratio* do caso precedente se aplica ao caso sob julgamento, sob pena da decisão ser reputada não fundamentada.

Além disso, o inciso VI, do §1º, do art. 489 do CPC/2015³⁵, determina que o magistrado tem o dever de enfrentar os precedentes trazidos pelas partes seja para aplicá-los ou para afastar sua incidência do caso sob julgamento. No caso de não aplicação do precedente apontado pelas partes o magistrado poderá se valer de duas técnicas apontadas no dispositivo em comento, quais sejam, a distinção e a superação³⁶.

Assim, percebe-se que o magistrado poderá adotar os seguintes comportamentos diante dos precedentes: aplicação, a rejeição, a distinção e a superação.

Para melhor abordar esses comportamentos, torna-se necessário distinguir o precedente vinculante e o precedente persuasivo³⁷.

Entende-se por precedente persuasivo aquele que não deve ser obrigatoriamente aplicado pelo juiz. Ele serve apenas como reforço argumentativo na construção da tese

³⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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;

³⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

³⁶ Ressalta-se que o órgão competente para superar um precedente é aquele que o proferiu, devendo o juiz de primeiro grau demonstrar que o entendimento apontado pela parte foi superado e, caso julgue ser aplicável, utilizar a nova decisão ao caso sob julgamento.

³⁷ Essa classificação é adotada por ampla parte da doutrina por exemplo: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 115-117; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 109; e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 454-457.

das partes ou como demonstração de acerto do discurso jurídico do juiz. O fato de ser meramente persuasivo não significa que, quando invocado por uma das partes, poderá ser rejeitado sem a devida fundamentação por parte do magistrado.³⁸

Por outro lado, os precedentes vinculantes são aqueles em que suas razões de decidir devem obrigatoriamente ser aplicadas pelos órgãos jurisdicionais em casos semelhantes. No sistema processual brasileiro os precedentes vinculantes estão enumerados especificamente no art. 927, do CPC/2015³⁹. Para Ronaldo Cramer o fato de ser a lei que determina qual o tipo de precedente será vinculante reforça a compreensão de que a lei é a principal referência no Direito, afastando, portanto, possíveis críticas quanto ao abandono da tradição da *Civil Law*.

Feita essa breve diferenciação, é importante frisar que o trabalho com precedentes é fundamentalmente comparativo, ou seja, o magistrado para aplicar, rejeitar ou distinguir um precedente do caso concreto raciocina através de comparações⁴⁰. Como antecedente lógico a esse exercício comparativo, o magistrado deve identificar e delimitar a *ratio decidendi* e considerar quais foram os fatos tomados como relevantes para conclusão do raciocínio judicial.

Com relação aos possíveis comportamentos do magistrado diante dos precedentes persuasivos, este estará livre para aplicar ou rejeitar o entendimento adotado em julgados trazidos pelas partes como reforço argumentativo caso concorde ou não com a norma jurídica ali fixada, devendo obrigatoriamente demonstrar o encaixe ou não do precedente ao caso concreto. Poderá inclusive rejeitar sua aplicação no caso de demonstrar a distinção entre os dois casos na hipótese de não guardarem semelhança fática tão pouco identidade de fundamentos jurídicos.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

³⁹ Para Ravi Peixoto o rol de precedentes vinculantes é meramente exemplificativo, podendo-se fazer uma interpretação ampliativa para encontrar outras decisões passíveis de vinculação. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.152.

⁴⁰ “Nas hipóteses em que o órgão julgador está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores”. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 491.

Estando-se diante de um caso que enseja o uso de precedente vinculante (art. 927, do CPC/2015) o juiz deverá aplica-lo ao caso concreto, mesmo que discorde de sua solução, sendo obrigado a demonstrar a identidade de tese jurídica e semelhança dos fatos com o caso sob análise. Ressalta-se que, tratando-se de precedente vinculante o juiz não poderá deixar de aplica-lo, podendo rejeitar sua aplicação demonstrando que o mesmo não guarda semelhança com o caso concreto que se põe a sua frente.⁴¹

Para afastar a incidência de um precedente vinculante o magistrado ou tribunal deverá recorrer a técnica da distinção (*distinguishing* no *Common Law*) que será pormenorizada no próximo item.

3.1. Conceito

Conforme dito anteriormente, a técnica de distinção é uma maneira de checar se existem diferenças relevantes entre o caso sob julgamento e o precedente ao ponto de afastar aplicação deste.

A questão mais difícil é compreender o que é identidade de casos, ou seja, quais aspectos devem ser levados em consideração para comparar casos. Sobre esse ponto em particular, Ronaldo Cramer traz importante lição de Frederick Shauer:

Nunca dois eventos são exatamente iguais. Para uma decisão ser um precedente para outra, não se exige que os fatos do caso anterior e do caso posterior sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, nada seria um precedente para qualquer coisa. Devemos, portanto, deixar o reino da identidade absoluta. Uma vez feito, no entanto, é claro que a relevância de um precedente anterior depende de como caracterizar os fatos do caso anterior. É um lugar-comum que essas considerações são inevitavelmente teóricas. A fim de avaliar o que é um precedente, devemos determinar as semelhanças relevantes entre dois eventos. Por sua vez, devemos extrair essa determinação de algum padrão de organização, especificando as semelhanças que são importantes e as que podemos ignorar.

A decisão de um pai para deixar a filha usar sapatos de salto alto com a idade de treze anos não se encaixa como precedente, quando um filho, em seguida, pede para ser permitido o uso de sapatos de salto alto na mesma idade. Mas, a decisão de um pai em deixar que a filha fique acordada até às dez horas da noite vai ser invocada justificadamente pelo filho quando ele atingir a mesma idade. Um julgamento de responsabilidade civil baseado na propriedade de um cão preto é precedente para o julgamento do proprietário de um cão marrom, mas não para o julgamento de um carro preto. Isto é tão somente porque um

⁴¹ O Juiz caso discorde do conteúdo do precedente e, conseqüentemente da solução dada ao caso, poderá fazer ressalva de entendimento sem, assim, macular sua decisão de contrariedade nos termos do FPPC n. 172: “A decisão que aplica precedentes, com ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”.

princípio, ou padrão, faz a questão canina ser relevante, enquanto que a cor não é. Considere quem, entre Alan Alda, Menachem Begin e Dave Righetti, é mais parecido com Sandy Koufax. Um deles tem a mesma idade, o outro tem a mesma religião, e um terceiro tem a mesma profissão. O mesmo ponto sobre o papel da teoria para a semelhança fortalece descrição jocosa de Holmes sobre o ‘juiz de paz de Vermont diante de quem foi trazida uma ação do fazendeiro contra outro pela quebra da batadeira. O juiz teve tempo para considerar, e, em seguida, disse que não tinha encontrado nada nos estatutos das batadeiras, e deu o julgamento para o réu.⁴²

Primeiramente, é importante salientar a inviabilidade de haver identidade total entre as circunstâncias de fato envolvendo o caso em julgamento e o caso que deu origem ao precedente. Entretanto, a existências de pequenas particularidades no caso concreto que o diferencie do paradigma não serão, necessariamente, suficientes para afastar a aplicação da norma jurídica extraída do precedente. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni “ fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais”.⁴³

Para melhor visualizar, pense no exemplo dado acima por Frederick Shauer sobre a decisão do pai de permitir que a filha possa dormir às dez da noite ao atingir a idade de treze anos. Nesse caso, o filho mais novo poderia alegar distinção por ser do sexo masculino? A resposta é claramente negativa, uma vez que a questão de gênero não é levada em consideração na tomada de decisão do pai. Assim, mesmo havendo particularidades entre os dois casos (filha e filho) o “precedente” firmado será aplicado igualmente para os dois casos.

Patrícia Perrone traz exemplo menos genérico e mais voltado a realidade do direito:

Imagine-se, por exemplo, que o STF tenha declarado a constitucionalidade de uma norma que veda o deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública para o pagamento de vantagens a servidores e pensionistas; e que a decisão da corte tenha formado um precedente normativo no sentido de que “a vedação de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública para pagamento de valores a servidores e pensionistas não viola o direito de acesso ao Judiciário, uma vez que tais parcelas, por serem alimentares, são irrepetíveis e poderão ser percebidas após o julgamento do mérito da ação”.

Imagine-se, contudo, que um novo caso trazido à apreciação da primeira instância coloca, de um lado, a Fazenda Pública e, de outro, um paciente terminal que precisa do valor para tratar da sua saúde e que

⁴² : CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 142

⁴³ *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 326.

não viverá para ver o julgamento de mérito da ação. O precedente anterior vincula a decisão do juiz de primeiro grau? Não. O fato “paciente terminal” não se encontrava presente no primeiro caso. Este fato é juridicamente relevante na nova ação porque recusar o deferimento de antecipação de tutela na última hipótese significaria recusar, em absoluto, o acesso desta pessoa ao Judiciário.⁴⁴

Fala-se, portanto, em *distinguishing* quando a distinção entre o caso concreto e o paradigma se dê pela ausência de semelhança entre os fatos jurídicos fundamentais para compreensão/solução do caso, ou, havendo semelhança, exista uma particularidade em especial no caso concreto que afaste a incidência do precedente. No exemplo de Patrícia Perrone, a particularidade especial capaz de afastar o precedente do STF é o fato do autor ser “paciente terminal”.

Além da semelhança entre os fatos jurídicos fundamentais é importante salientar a necessidade da identidade dos fundamentos jurídicos desses fatos. Ou seja, quando a valoração jurídica dos fatos semelhantes é a mesma, pode-se dizer que há identidade dos fundamentos jurídicos. Esse ponto é importante haja vista que ao se trabalhar com fatos que não são idênticos é possível que valoração jurídicas deles seja distinta. Ronaldo Cramer ao tratar desse ponto traz exemplo elucidativo:

O STJ profere precedente, dizendo que o mero inadimplemento de obrigação contratual não acarreta dano moral. O precedente fixado num julgado em que os fatos da causa diziam respeito ao descumprimento de obrigação prevista num contrato de franquia, e o autor descreve que esse comportamento lhe gerou grave frustração a ensejar a reparação por dano moral. O caso concreto, em que a aplicação do precedente está sendo cogitada, trata de descumprimento de obrigação de um contrato de compra e venda, e o autor também narra que essa conduta antijurídica lhe gerou graves dissabores que justificam a reparação por dano moral.

Veja-se que, nesse exemplo, os fatos narrados, apesar de não serem idênticos são semelhantes (descumprimento de obrigação contratual pelo devedor, independentemente da espécie de contrato, causou grande frustração no credor). E o fundamento jurídico é idêntico (a referida conduta gera o dever de indenizar o dano moral). Logo, a tese jurídica é a mesma (mero descumprimento contratual provoca dano moral), o que torna possível a aplicação do precedente que rechaçou essa tese. Todavia, imagine que, no caso concreto, fosse identificado que o autor reclama indenização por dano moral não só com base no mero inadimplemento contratual, mas também no fato de que o devedor lhe ofendeu a honra em um ambiente público. Apenas esse fato é suficiente

⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Como se opera com precedentes segundo o Novo CPC?* 2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc-22032016>>. Acesso em: 22 maio 2017

para demonstrar que há distinção entre os casos, o que impõe o afastamento do precedente.⁴⁵

Dessa forma, o juiz deixará de aplicar precedente quando houver distinção entre este e o caso concreto. A distinção deverá ser demonstrada de forma pormenorizada na decisão do juiz, deixando claro que os fatos jurídicos fundamentais do caso sob julgamento não guardam semelhança com os do precedente e/ou que inexistente identidade de fundamentos jurídicos desses fatos.⁴⁶

Além disso, o poder para fazer a distinção não pode ser confundido com uma carta branca para que o magistrado desrespeite os precedentes. Isso porque, a não aplicação do precedente em decorrência da distinção não pode ser resultado de um juízo de valor sobre o mérito da decisão. Ressalta-se que a distinção deve ser feita através de comparação meticulosa e criteriosa dos fatos e dos fundamentos jurídicos.

Nesse sentido, Ravi Peixoto⁴⁷ faz importante observação quanto a impossibilidade de se fazer distinção com base em questão jurídica nova. Isso porque, como afirma o autor, existe corrente no direito brasileiro que sustenta a possibilidade de “não aplicação do precedente mesmo quando a questão fática fosse idêntica, desde que o magistrado se utilizasse de questão jurídica nova”. Ou seja, o magistrado discordando da norma jurídica contida no precedente aponta a existência de fato jurídico novo capaz de dar outra solução ao caso.

Em outras palavras, a tese da distinção com base em questão jurídica nova nada mais é do que uma forma de dar poder a juízes e tribunais incompetentes para superar os precedentes. A distinção jurídica, portanto, enfraqueceria o sistema de precedentes criando pelo CPC/2015 na medida que transformaria um precedente vinculante em persuasivo⁴⁸, além de reforçar o caráter individualista da decisão judicial, no qual o juiz tende a decidir com base em seu livre convencimento, em detrimento de uma visão

⁴⁵ : CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 144-145.

⁴⁶ Vale salientar que a distinção de casos poderá ser feita por qualquer magistrado sobre qualquer decisão, nesse sentido é o enunciado nº 174, do FPPC: A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.

⁴⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.189.

⁴⁸ “Afinal, se a lógica do precedente do precedente obrigatório é a de que os juízes inferiores estão obrigados a aplica-los, admitir que novas razões podem implicar em uma distinção jurídica, é o mesmo que dizer que os precedentes só obrigam na medida em que demonstram ter boas razões”. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.190.

institucional da decisão judicial que homenageia os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

É possível perceber, portanto, que a distinção confere certa maleabilidade na aplicação dos precedentes, desmistificando a ideia de que o juiz de primeiro grau estaria preso as decisões das cortes superiores. Além de lhe caber o dever interpretativo identificar o precedente a ser aplicado ou não aplicado, a doutrina ainda aponta a possibilidade do juiz ou tribunal que discordar da norma jurídica do precedente a ser aplicado se utilizar da técnica do *disapprove precedent* para, no momento posterior a aplicação do entendimento sedimentado pelo precedente, argumentar sobre sua discordância quanto a decisão, bem como a necessidade de sua reforma.⁴⁹

Dito isso, pode-se dizer que distinção não significa que a norma contida no precedente seja injusta ou errada, mas a recorrente constatação de sua inaplicabilidade aos casos futuros pode ser a constatação de que sua *ratio* não está sendo aceita pela comunidade jurídica e pelos tribunais. Ou seja, a distinção por si só não demonstra a fragilidade do precedente, embora a sua rotineira distinção pode ser um sinal de seu enfraquecimento e de que em breve será superado.⁵⁰

Para além de demonstrar um enfraquecimento da *ratio* de um precedente, a distinção, como se verá abaixo, pode contribuir para sua evolução, desenvolvendo o direito através da extensão e da limitação dos precedentes.

Por último, é válido ressaltar que a distinção está prevista em outros artigos do CPC, além do art. 489, § 1º, como por exemplo o art. 1.037, §§ 9º a 13, justificar o prosseguimento do recurso sobrestado quando houver distinção com o caso do recurso repetitivo e a regra trazida pelos arts. 1.029, §§ 1º e 2º, 1.043, §§ 4º e 5º, do CPC/2015, na qual é exigido da parte justificativa da inexistência de distinção entre acórdão recorrido e o paradigma em sede de embargos de divergência e o recurso extremo fundado em dissídio jurisprudencial, vedando-se que o tribunal inadmita o recurso “com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a distinção”.

⁴⁹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp.190-195

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 327.

3.2 Distinção ampliativa e restritiva

O *distinguishing* pode ser utilizado para outra função além de possibilitar a inaplicabilidade de um precedente a um determinado caso. Existe ainda a possibilidade da distinção ampliativa e restritiva. Nesse caso em particular, não há uma distinção propriamente dita, uma vez que o precedente é efetivamente aplicado ao caso, contudo ocorre um ajuste quanto aos fatos substanciais em relação aos quais o precedente deve ser aplicado. Como bem ressalta Ravi Peixoto, a distinção ampliativa ou restritiva “não irá proporcionar a formação de uma nova *ratio decidendi*, mas irá apenas ampliar ou diminuir o âmbito de incidência do precedente”⁵¹.

Isso ocorre porque, o tribunal, quando firma um precedente, pode não ter levado em consideração algum ponto relacionado com o entendimento que se está instituindo. Ademais, como a sociedade é extremamente dinâmica, os tribunais são incapazes de prever toda a riqueza de possíveis situações conflitivas, fazendo com que se possa estar diante de caso que não se subsume no precedente, mas que, dada suas particularidades, mereça a mesma resposta do poder judiciário quando são consideradas as razões do precedente.

Na obra *Precedentes Obrigatórios* de Luiz Guilherme Marinoni traz importante ensinamento sobre a ampliação ou restrição do precedente através da técnica da distinção:

Essas questões estão relacionadas com o alcance do precedente, ou melhor, com a circunstância de que um precedente pode ter sido concebido com conteúdo restritivo ou limitado e um outro, com conteúdo restrito ou limitado e um outro, com conteúdo amplo ou mais extenso. Na verdade, como o alcance do precedente apenas pode ser analisado de forma crítica à luz dos novos casos, não há como afirmar, apenas diante do precedente, se aquele é amplo ou limitado. Ou seja, o alcance do precedente apenas pode ser visto como limitado ou amplo quando confrontado com novos casos. É nesta oportunidade que o tribunal se depara com a questão de saber se deve estender ou restringir o precedente.⁵²

Assim, pode-se afirmar, em linhas gerais, que a distinção ampliativa ocorre quando um determinado precedente é aplicado, em decisões posteriores, a fatos em relação aos quais a decisão originária não havia feito menção. Do outro lado, será

⁵¹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp.190-190.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 330.

identificada a distinção restritiva quando fatos importantes sejam retirados de uma *ratio decidendi*, fazendo com que seu âmbito de incidência diminua.

Essa dinâmica deve considerar a ponderação entre os fundamentos ou razões do precedente e os valores base de um sistema de precedentes, quais sejam, unidade da ordem jurídica, segurança, da previsibilidade, e da igualdade.⁵³

Dessa forma, a ampliação do precedente tende a priorizar suas razões, ou seja, permite que novos casos sejam por ele regulado na medida em que sejam compatíveis com sua *ratio*, enquanto a tendência a sua limitação está intimamente ligada a preservação dos valores norteadores do sistema de precedentes, tal qual a estabilidade. Assim, para a restrição da ou a ampliação do precedente originário, é indispensável verificar se existe convergência entre as razões invocadas para a construção do primeiro julgado e o caso sob julgamento, do contrário, impõe-se o desenvolvimento de solução diversa.

Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni:

É interessante perceber que o sistema de precedentes, quanto visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou revogação do precedente que ainda é necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde a origem. Portanto, realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar o precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito.⁵⁴

Portanto, a técnica da distinção, além de contribuir para a estabilidade do direito, garante, através da ampliação do âmbito fático de aplicação do precedente, o seu desenvolvimento.

Além da técnica da distinção a doutrina apresenta outras técnicas capazes de garantir um maior dinamismo para o direito sem, contudo, deixar de prestigiar a estabilidade, a confiança e a segurança jurídica. Essas técnicas serão objeto do próximo capítulo.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 335.

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 331.

4. Superação e evolução do direito

4.1. Hipóteses para Superação dos Precedentes

Pode-se citar como ponto positivo de um sistema jurídico que se baseia no respeito aos precedentes a sua estabilidade, pois dá ao cidadão senso de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas.

Contudo, se por um lado este sistema garante estabilidade, segurança e coerência ao processo civil, a sua relativa rigidez é tida como um obstáculo ao desenvolvimento do direito, ou seja, compromete a sua mobilidade no tempo.

O receio quanto a possibilidade de enrijecimento do direito, se justifica na medida em que o uso conservador do *stare decisis*, ou seja, aplicação do precedente sem a devida análise das situações fáticas e sem a previsão para renovação das teses jurídicas de forma a garantir maior conformidade com a realidade da sociedade, pode reduzir a aplicação do direito a uma atividade mecânica. Deve-se ter em mente, por outro lado, que este enrijecimento é apenas aparente. Na verdade, tal risco é inerente ao direito, e não somente à teoria dos precedentes, já que uma norma jurídica expressa em um texto legal está sujeita a perpetuação até que outra a revogue ou modifique-a.⁵⁵

Para atenuar os efeitos deste problema que, como dito, é apenas aparente, a teoria do *stare decisis* dispõe de técnicas de superação de precedentes, o que possibilita a sua devida mobilidade e atualização do direito.

Entretanto, a superação, por gerar um déficit de confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico, deve ocorrer excepcionalmente. Isso porque, a estabilidade da jurisprudência é um dos requisitos indispensáveis para conferir segurança jurídica ao sistema de precedentes.

Apesar de ser fácil concluir que a estabilidade jurisprudencial gere maior segurança jurídica para sociedade, a jurisprudência brasileira parece ignorar esse fato, havendo facilidade para superação de precedentes. É nesse sentido que Ronaldo Cramer traz a irresignação do Ministro Humberto Gomes de Barros do STJ no julgamento do

⁵⁵ Nesse sentido ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 166-167.

AgRg no REsp 382.736/SC para demonstrar o problema da facilidade de superação de precedentes:

O Superior Tribunal de Justiça existe e foi criado para dizer o que é a lei infraconstitucional. Ele foi concebido como condutor dos tribunais e dos cidadãos. Em matéria tributária, como condutor daqueles que pagam, dos contribuintes.

[...]

Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás.

Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me triste. Como contribuintes, que também sou, mergulho em insegurança como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: o avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.⁵⁶

Assim, para não desestabilizar um sistema voltado para geração de confiança e segurança, nem tão pouco torná-lo tão rígido que impeça o desenvolvimento do Direito, é preciso que sejam estabelecidos critérios que orientem os tribunais no momento de superar seus precedentes.

Dessa forma, o precedente deve ser alterado se demonstra não cumprir os padrões de congruência social e consistência sistêmica, bem como se os valores que

⁵⁶ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 146

sustentam o padrão de estabilidade (isonomia, confiança justificada e da vedação da surpresa injusta) mais justificam sua revogação do que sua manutenção.

O precedente perde a congruência social e consistência sistêmica quando se torna controverso, ensejando distinções inconsistentes por parte dos tribunais e críticas por parte da doutrina, assim como se tornam incongruentes e inconsistentes quando uma nova concepção geral do direito, uma nova tecnologia, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação.

A incongruência social ocorre quando existe incompatibilidade entre as normas jurídicas e as expectativas dos cidadãos, de forma que a permanência de um precedente injusto no ordenamento jurídico pode até garantir sua estabilidade, mas macula a credibilidade do Poder Judiciário junto à sociedade, não encontrando nele o reconhecimento das expectativas da sociedade. Para o leigo, a previsibilidade do sistema está diretamente ligada a um equilíbrio e compatibilidade entre as normas jurídicas e as normas da vida real.

Do outro lado, o precedente deixa de ter consistência sistêmica quando não guarda coerência com outras decisões, ou seja, com as diversas normas do sistema. Quando entre elas há contradições, incompatibilidades, desajustes, a norma perde a sua consistência, deixando o cidadão em uma situação de insegurança, sem ter um norte para pautar suas condutas.⁵⁷

Com objetivo de estruturar os casos em que falta congruência social e consistência sistêmica, propõe-se listar as hipóteses de superação de precedentes de maneira mais clara, tornando-as mais facilmente identificáveis no caso concreto,

De acordo com Patrícia Perrone Campos Mello⁵⁸, a divisão é a seguinte: a) precedentes contraditórios; a.1) precedentes obscuros; a.2) precedentes inoperáveis; a.3) precedentes inconsistentes; b) precedentes obsoletos; b.1) em razão de mutação social; b.2) em razão de mutação jurídica; c) precedentes errados; d) precedentes em tempos de exceção.

⁵⁷ Os três últimos parágrafos foram escritos conforme as ideias expostas por Luiz Guilherme Marinoni na obra *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 389-391.

⁵⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237-250

Primeiramente tem-se os precedentes contraditórios, que por sua vez se subdivide em três espécies, quais sejam, os precedentes obscuros, os inoperáveis e os inconsistentes. Como pode-se depreender da própria nomenclatura, precedentes obscuros são aqueles em que a *ratio decidendi* não fica clara, ou seja, a partir da leitura da decisão proferida pelo tribunal não é possível extrair de forma precisa a norma a ser seguida pelos casos futuros.

Precedente é decisão judicial e por isso deve preencher todos os requisitos de congruência interna de uma decisão⁵⁹: (i) certeza, garantindo a existência de um direito ou até mesmo a inviabilidade de analisá-lo, a fim de construir uma norma jurídica concreta, precisa e clara, tentando, ao máximo, evitar brechas que comportem interpretações quanto a existência do direito a favor de uma parte ou outra, (ii) liquidez, determinando a obrigação a ser cumprida com a certeza de sua existência, bem como estabelecendo seus sujeitos passivo, ativo e objeto; (iii) clareza e coerência, utilizando linguagem clara e direta, sendo escrita de maneira a guardar coerência durante todo seu texto e a fim de determinar uma conclusão, uma vinculação lógica entre a narração, a fundamentação e o dispositivo.

Já os precedentes inoperáveis são aqueles que revelam uma norma de difícil execução, uma vez que atribui aos jurisdicionados ônus de difícil de suportar. Exemplificando, são precedentes que condicionam a sua aplicação a demonstração de provas de disponibilização impossível.

Por último, os precedentes inconsistentes são aqueles que guardam distinções inconsistentes com outros precedentes. Melhor dizendo, são julgados que, apesar da semelhança, sofreram distinções forçadas como maneira de evitar a aplicação de um determinado precedente. Nas palavras de Ravi Peixoto:

Quando as diferenças entre os casos não são relevantes ao ponto de haver uma fuga legítima ao âmbito de incidência de um determinado precedente, a doutrina passa a utilizar a nomenclatura de distinção inconsistente. Por meio dela, há uma contração indevida do precedente, por meio de fatos e argumentos que não são capazes de justificar a diferenciação. Trata-se na verdade, de uma infringência à técnica da distinção. Ela se aproxima mais da superação de precedentes do que da distinção realizada de forma adequada.

A técnica da distinção é realizada nos casos em que existem a) fatos relevantes não abarcados pelo precedente ou b) que não há uma situação

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 327-329

fática apta a preencher todo suporte fático para incidência do precedente. Quando ocorre a distinção inconsistente, tem-se uma deturpação da técnica da distinção, mediante um discurso da Corte de que há fatos relevantes que sustentam a criação de uma nova norma judicial, mesmo quando eles inexistem. Ou seja, há um discurso de que há distinção, mas ele é injustificado”.⁶⁰

A aplicação de distinção inconsistente em casos que, a princípio, guardam semelhança, acaba por demonstrar a fraqueza do precedente e, conseqüentemente, a necessidade de sua alteração. Os precedentes inconsistentes enfraquecem a confiança justificada do jurisdicionado, uma vez que se passa a ter um ambiente de insegurança, visto a pluralidade de julgados que orientam casos idênticos. Nesse sentido é válida a leitura do trecho do professor Luiz Guilherme Marinoni:

“Os princípios institucionais do *overruling* justificam resultados diferentes em épocas distintas. Da mesma forma, princípios institucionais podem justificar resultados conflitantes diante de uma distinção inconsistente. Mostra Einsenberg que existem fortes razões a justificar a prática da distinção inconsistente. Quando o tribunal ainda não está plenamente convencido de que o entendimento anterior deve ser revogado ou deixado de lado, ele pode realizar distinção inconsistente como passo provisório para revogação total. (...) Ademais, a distinção inconsistente também pode ser usada para tutelar a confiança justificada. Nesse sentido, a distinção inconsistente permite a proteção daqueles que confiaram no núcleo de determinado entendimento, isto é, naquela parte essencial do entendimento que não pode sequer ser plausivelmente diferenciada. Isso é importante quando tal entendimento ainda não se sujeitou a críticas da parte dos tribunais ou no âmbito da academia, e, assim, quando não há sinais de que o precedente está perdendo força. Da mesma forma, um caso em que se fez distinção inconsistente, quando dado ao conhecimento público, deixa claro aos advogados que o precedente está perdendo força e, portanto, tem sério risco de ser revogado”.⁶¹

A segunda categoria são os precedentes obsoletos. Estes são os precedentes que, mudanças sociais ou jurídicas, deixaram de representar a realidade da sociedade⁶². Essa perda de sentido dos precedentes é vista, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal como “a ocorrência de significativas modificações na ordem jurídica, social ou econômica, ou,

⁶⁰ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp.190-194.

⁶¹ *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 350-351.

⁶² Sobre o papel das mudanças sociais na superação de precedentes: “A transformação da concepção moral, política e de experiência é determinante para a revogação de um precedente. A alteração da concepção geral moral, assim como as novas proposições políticas, pertinentes à evolução do Estado, certamente podem abrir margem à revogação de precedentes. Do mesmo modo, incluída entre as proposições de experiência, as proposições relacionadas à evolução da tecnologia facilmente podem ver a necessidade de *overruling*”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 400.

quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletentes”.⁶³

Para melhor visualizar essa categoria válido citar como exemplo o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 no qual se julgava a possibilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Os precedentes anteriores ao referido processo negavam o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, na ADI nº 4.277, de relatoria do ilustre Ministro Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo dando interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723, do Código Civil. No caso em comento, o Ministro Luiz Fux, para fundamentar seu voto, deixa claro que houve mutação social no conceito de família, sendo, portanto, imperioso a superação do entendimento da corte:

“E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem. Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família”.

Além disso, o Fórum Permanente de Processualistas Civis tratou, em seu enunciado n. 324, do momento em que o precedente se torna obsoleto frente a mudança no ordenamento jurídico: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvando o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução do texto”⁶⁴.

Outra categoria são os denominados precedentes errados, que desde sua origem já dão sinais de inconsistência e incongruência, não exprimindo a realidade social e jurídica da sociedade no momento em que é proferido, seja por estar em confronto com

⁶³ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.071 AgRg, Relator Min. Menezes Direito, j. 22/04/2009, DJe 16/10/2009.

⁶⁴ O teor do enunciado, quando afirma ser inaplicável precedente judicial incompatível com lei nova, contribui para demonstrar que a implantação do sistema de precedentes vinculantes não significa um abandono ou desprestígio da lei, uma vez que ela se mantém como fundamento precípua da atividade interpretativa do poder judiciário. Nesse sentido ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador; JusPodivm, 2015, pp. 35-41.

precedente de maior vinculatividade, seja por trazer conceitos não condizentes com o ordenamento social ou jurídico.

Para terminar, a última categoria de hipóteses de superação dos precedentes são os aqueles gerados em tempo de exceção, ou seja, tempos em que o medo de abalos causados pela guerra ou pelo terrorismo acaba por orientar o cerceamento de direitos civis e fomentar a arbitrariedade do poder público, em prol da manutenção da segurança.

Importante salientar que as hipóteses de superação dos precedentes não ocorrem de maneira isolada. É possível que a superação de um precedente seja amparada por mais de uma hipótese. Um exemplo seria o de um precedente que originariamente nasceu errado e está, por consequência, incompatível como a realidade social, política, cultural, tecnológica ou jurídica vigente.

Tratadas as hipóteses de superação, passa-se a apurar as técnicas que amparam a modificação dos precedentes.

4.2. Técnica de superação de precedentes

4.2.1 *Overruling*

A superação de um precedente, ou *overruling* na doutrina americana, ocorre quando o tribunal modifica a forma de resolver um determinado caso que, anteriormente, era regulado por um precedente. É a anulação da *ratio decidendi* de um caso anterior mediante a prolação, em um caso posterior, de decisão exatamente oposta a proferida no caso antecessor⁶⁵.

Assim, pode-se concluir que superação e distinção não se confundem, uma vez que aquela guarda relação direta com a permanência do precedente - não à sua aplicação -, o que impõe a necessidade de construir uma argumentação muito mais fortes do que a utilizada para realizar o *distinguishing*, basta ver o tratamento dado a superação de precedentes pelo CPC/2015 ao prever, por exemplo, a possibilidade de audiência pública e *amicus curiae*.

⁶⁵ Nesse sentido TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 291.

Além disso, a técnica de superação auxilia na evolução do direito. Caso não fosse dado ao tribunal o poder de rever seus posicionamentos estar-se-ia escravizando as gerações futuras ao ponto de vista das passadas engessando completamente o direito. Para perceber o absurdo de um sistema de precedentes sem a possibilidade de superação, basta olhar para o poder legislativo que com a mudança da sociedade pode alterar suas leis. Dessa forma, essa técnica, desde que utilizada com os devidos cuidados, tem potencial para promover o sistema de precedentes vinculantes, em vez de enfraquecê-lo, na medida que demonstra a possibilidade de evolução do direito mesmo com precedentes obrigatórios.

Entretanto, sua utilização não pode se dar de maneira indiscriminada. É preciso utilizar critérios e limites no seu manejo, a fim de evitar que a alteração de precedente perturbe a base da confiança criada, o que iria de encontro com os valores que sustentam o sistema de precedentes vinculantes, como por exemplo a vedação da surpresa injusta. Não é por outra razão que a sistematização das hipóteses de cabimento deste instituto é de suma importância, pois estabelece reais situações que o legitimam.

Dessa forma, não basta apenas enumerar as hipóteses em que é justificada a superação de determinado entendimento, é necessário traçar diretrizes a sua aplicação. Nesse sentido, é importante contar com a contribuição da doutrina inglesa que, devido a sua tradição jurídica, pode somar sobremaneira para evolução da doutrina brasileira.

J. W.⁶⁶ Harris apresenta os chamados princípios constringentes (*constraining principles*) para a aplicação da técnica do *overruling*. O autor, antes de iniciar a desenvolver os princípios, destaca duas perguntas que dever ser respondidas para que o poder de modificar os precedentes seja posto em prática: (i) a nova regra será melhor do que a estampada no precedente atual (*presente law improved*)?; quais são os argumentos a serem considerados para medir a potencial melhoria na formulação da nova regra (*measuring improvement*)?

Assim, para que o *overruling* ocorra, não basta que o magistrado conclua que o direito previsto no precedente anterior deve ser alterado, deve, além disso, formular um novo julgado que incremente a regra adstrita ao precedente. Ou seja, é necessário que o

⁶⁶ HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling — when should a final Court of Appeal second guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 10. Disponível em <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/10/2/135.full.pdf>>. Acesso em 28/05/2017.

julgador do caso em análise seja capaz de formular uma proposição que, ao substituir a anterior, melhore a regra constante no precedente.

No tocante aos argumentos para aferição da pretensa melhoria, são eles a justiça, a certeza e a coerência. Na opinião de Thomas da Rosa Bustamantes⁶⁷, esses argumentos devem ser considerados com objetivo de justificar a conclusão de que a revogação da *ratio decidendi* do precedente contribuirá para o aperfeiçoamento do direito, que deve ser a principal baliza quando se pretende manter ou revogar uma norma jurídica posta em dúvida no caso concreto.

Feita essa análise preliminar, passa-se ao estudo dos chamados princípios constringentes do *overruling*, sabendo que tais princípios são diretivas a serem adotados de pronto na utilização do *overruling*, não sendo, portanto, absolutos nem tão pouco os únicos.

O primeiro princípio constringente é o da ausência de novas razões. Para que um precedente seja modificado é necessário que existam novas razões que sejam capazes de justificar a sua alteração. Funciona como uma regra geral de que a corte não deve revogar seus precedentes a não ser que surjam razões capazes fundamentar a mudança.

O segundo princípio é o da confiança justificada. Deve-se levar em consideração qual o perigo de perturbar a confiança criada pelos jurisdicionados em torno do precedente a ser revogado. Nesse sentido, ensina Humberto Ávila⁶⁸ que a mudança de jurisprudência gera impacto direto na confiança que se tem no ordenamento jurídico, uma vez que surpreende e até mesmo frustra o cidadão que pautava suas decisões conforme a norma do precedente revogado.

O terceiro princípio é o do respeito ao legislador, este de suma importância não só para o processo civil, mas também para a harmonização dos poderes. De acordo com esse princípio a corte não deve revogar precedente que foi posteriormente validado pelo legislativo. Isso porque, ao tomar o precedente proferido pelo Poder Judiciário como base para edição de lei o Poder Legislativo está demonstrando que a sociedade está de acordo com a norma jurídica extraída do caso. Assim, revogar precedente que fundamenta opção

⁶⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. P. 400-402.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 470-472.

da maioria no legislativo deve ser evitado a fim de se evitar possível desgaste institucional.

O quarto princípio é o da vinculação ao caso concreto. Esse princípio tem como fim evitar que discussões em *obiter dictum* e debates meramente acadêmicos mudem determinado precedente. É imprescindível, para se operar o *overruling*, a existência de um caso concreto sob análise do tribunal e que esteja sob a esfera de aplicação do precedente que se quer superar.

Importante, após dialogar com os princípios que limitam a aplicação do *overruling*, comentar sobre classificação feita acerca do instituto. Trata-se da superação expressa e da superação tácita. Diz-se que a superação é expressa, quando um tribunal afirma na decisão que passa a adotar uma nova orientação, revogando expressamente a anterior. Enquanto que estar-se-á diante de superação tácita, quando o tribunal sem fazer menção direta ao precedente pretérito adota uma nova orientação com ele conflitante.⁶⁹

Apesar da classificação feita pela doutrina, parece que o CPC/2015 vedou a possibilidade de se realizar superação tácita no ordenamento jurídico pátrio. Isto porque, em seu art. 927, § 4º, o Novo Código de Processo Civil exigiu dos tribunais fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial.

Dessa forma, parece-nos que andou bem o legislador ao afastar a superação implícita, pois ela traz consigo inúmeros problemas como “clareza da superação, que dificulta a atuação das cortes inferiores em interpretar esse novo precedente, sem ter certeza quanto a sua aplicabilidade ou não”.⁷⁰ E não poderia ser diferente vez que uma das bases de um sistema vinculante de precedentes é a certeza proporcionada ao jurisdicionado, sendo este um dos fatores que mais contribuem para a formulação da base da confiança. Deixar o jurisdicionado em dúvida acerca de como pautar suas ações vai de encontro aos objetivos de uma teoria baseada no respeito aos precedentes. A solidificação

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 494.

⁷⁰ PEIXOTO Ravi. *A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo Comparado, São Paulo, p.121-127, jun. 2016. Semestral.

da confiança ocorre quando se dá ao jurisdicionado confiabilidade e cognoscibilidade do Direito que, por sua vez, é obtida através da publicidade dada aos julgamentos.⁷¹

4.2.2. *Overriding*

Outra técnica de superação dos precedentes é o *overriding*, que se distingue do *overruling* por não revogar o precedente, mas tão somente limitando ou restringindo seu campo de incidência motivado pela necessidade de sua compatibilização com entendimento posteriormente firmado. No entender de Celso de Albuquerque Silva, nesses casos, a corte se vê diante de uma situação que não estava envolvida nos precedentes que estabeleceram o entendimento anterior e, portanto, dado o desenvolvimento posterior do ordenamento jurídico, a situação sob análise deve ser separada para um tratamento diferenciado sob a nova regra.⁷²

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni a “distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido nova solução”. Não há, portanto, uma ruptura com o entendimento anterior, no *overriding* o tribunal reconhece o acerto do precedente, mas diante de novos fatores ele reduz sua incidência, criando uma verdadeira exceção a sua aplicação. Para melhor visualização da técnica vale colacionar um exemplo trazido da doutrina estadunidense pelo professor paranaense:

“i) antes dos anos 30 do século passando, havia entendimento firmado no sentido de que promessas de doação eram inexequíveis. Em 1932, o Primeiro *Restatement of Contracts* adotou, em sua famosa Seção 90, o princípio de que as promessas de doação seriam executáveis quando confiáveis (*if relied upon*). Depois disso, as cortes revogaram parcialmente (*overroded*) o entendimento anterior e aplicaram este princípio para limitar o âmbito de incidência de entendimento antigo às promessas de doação não confiáveis”.⁷³

Como se depreende do exemplo acima, após uma alteração legislativa, seção 90 do *Primeiro Restatement of Contracts*, o tribunal limitou o âmbito de aplicação de seu entendimento, não sendo, portanto, uma revogação, apesar de seu novo entendimento ser

⁷¹ Nesse sentido BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. P. 388-390 e ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 401-403.

⁷² SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 214-216.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 346-347.

diferente do anterior. Isso porque, o novo entendimento é consistente com as razões do precedente, mas levando em consideração a nova situação o novo entendimento se justifica.⁷⁴

Por fim, deve-se ressaltar a necessidade de adotar as mesmas cautelas adotadas para aplicação do *overruling* ao *overriding*, afinal, a criação de uma exceção ou a redução de incidência de um precedente não deixa de representar a sua modificação e, por isso, não deixa de perturbar aquilo que, em tese, não deveria ser perturbado: a estabilidade do sistema.

4.3. Técnica de Sinalização (*signaling*)

A sinalização (*signaling*), apesar de inserida no mesmo capítulo das técnicas de superação, é a técnica pela qual o tribunal competente para realizar a superação segue o precedente, mas deixa claro que este não é mais confiável e está em vias de ser superado. Ao realizar a sinalização a corte inicia o caminho para alteração de um precedente que precisa ser preservado devido à confiança nele depositada. Dessa forma, o jurisdicionado é alertado que a norma pela qual pauta suas condutas será em breve modificada.⁷⁵

⁷⁴ Válido um último exemplo, dessa vez extraído da jurisprudência pátria: “Como exemplo desta técnica tem-se o entendimento acerca do poder investigatório do Ministério Público em inquérito criminal abordada no HC 82.865-GO/200351 de relatoria do ex-ministro Nelson Jobim que tramitou no Supremo Tribunal Federal. Neste caso o impetrante pedia a revogação de sua prisão com base em pacífico entendimento de que o Ministério Público não possui legitimidade para atuar como polícia judiciária, determinando a instauração de sindicância para averiguar a prática de ilícitos penais. Ocorre que este caso versava sobre a prática de crimes contra um menor, dentre os quais atentado violento ao pudor, submeter menor a constrangimento e fornecer bebida alcoólica. Diante deste fato (crime contra menor), o Supremo Tribunal Federal realizou um *overriding* para excepcionar a aplicação deste entendimento quando se tratasse de crime praticado contra menor, sob a justificativa de que a atuação do parquet neste caso é regulada por lei especial (Estatuto da Criança e do Adolescente - art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/1990). Assim, a Suprema Corte manteve o entendimento de que ao Ministério Público não cabe instaurar inquérito criminal, salvo quando se tratar de crime praticado contra menor. Criou-se, então, uma exceção ao posicionamento anterior devido a um fato peculiar, mantendo a regramento geral intacto”. SILVA, Eddie Parish. *Os efeitos da superação de precedentes*. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.90-141, maio 2014.

⁷⁵ Nesse sentido Lucas Burril: “A sinalização é uma técnica pela qual o tribunal, muito embora continue a seguir o precedente, esclarece à sociedade que ele não é mais confiável. Assim, a partir desta técnica, o tribunal abre caminho para uma futura superação, afastando o embaraço da proteção da confiança legítima à sua realização. Para sua utilização, o tribunal não precisa evidenciar que está fazendo uso da técnica, mas é suficiente apenas apontar que, caso o precedente não fosse dotado de relevante estabilidade e previsibilidade, a solução seria outra e que a sua superação é provável em um futuro próximo, demonstrando as razões de sua afirmação”. MACÊDO, Lucas Burril de. *Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro*. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 3, p.89-120, jun. 2016. Semestral.

O tribunal, nesses casos, não ignora que o conteúdo do precedente apresenta inadequações quanto as proposições sociais e ao sistema jurídico, mas em nome da segurança jurídica e da proteção da confiança, deixa de revogá-lo. Nesse sentido esclarece Lucas Burril que não basta “o entendimento dos magistrados de que uma nova norma seria mais conveniente ou oportuna do que a consagrada no precedente, ou ainda que o precedente esteja fundado em um erro” uma vez que “a capacidade do precedente de outorgar segurança jurídica ao sistema judiciário e à sociedade constitui um forte elemento que dificulta a superação, já que as razões de segurança são um fator determinante em contrário à superação”⁷⁶.

Nesse contexto, a técnica de sinalização é tida como instrumento valioso na busca por preservar a segurança jurídica no processo de mudança, tutelando a confiança legítima dos jurisdicionados.

Cabe observar que o alerta promovido pela sinalização não é um ato formal, mas um aviso indireto. A corte não afirma expressamente que está pensando em modificar seu entendimento, o que ocorre, em verdade, são sinais de que o posicionamento vigente está sendo questionado e rediscutido. São demonstrações de que o era pacífico está sendo reanalisado e podendo ser modificado, ou não. O *signaling* não é uma promessa de modificação, mas sim uma demonstração de que esta modificação pode ocorrer.

Além de contribuir para tutela da confiança e da segurança jurídica a doutrina aponta outros pontos positivos desse instituto. A doutrina aponta, sobretudo, duas atribuições importantes a este instituto. O primeiro deles é que o *signaling* facilita a modulação de efeitos de um futuro *overruling*, uma vez que demarca com alguma precisão o momento em que ocorre a quebra da confiança justificada depositada no precedente. Ao mesmo tempo em que a aplicação desta técnica quebra com a confiança justificada, ela a protege. Isto porque a sinalização não representa a revogação do precedente, mas a sua preservação com a ressalva de que sua *ratio* será rediscutida e possivelmente contestada⁷⁷.

⁷⁶ MÂCEDO, Lucas Burril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, v. 245, p.333-349, jul. 2015. Mensal e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 340-343.

É possível apontar como outra atribuição do *signaling* a promoção da discussão doutrinária por ele promovida acerca do tema sinalizado. Diante de uma sinalização é comum que a doutrina inicie debates acerca do acerto do mérito desta sinalização, bem como sobre o acerto da norma do precedente e a conveniência de superá-la, sendo, portanto, normal que artigos, ensaios e monografias sejam produzidos avaliando os dois lados da situação, ou seja, a manutenção do precedente ou a sua modificação. O *signaling*, assim, incentiva o debate, a fim de que seja melhor avaliado o acerto da modificação de determinada jurisprudência, ou não.

Por último, vale ressaltar que a técnica da sinalização não é o único sinal que permite advertir ao cidadão de que deve ser observada com cautela a confiança depositada em um precedente. A edição de lei contrária a um precedente, por exemplo, ou até mesmo as críticas doutrinárias sérias e de juristas respeitados na comunidade jurídica, podem cumprir esse papel. Assim, a sinalização é feita pelos tribunais, mas não é o único meio de demonstrar ao cidadão a possibilidade de revogação de um precedente.

4.4. Efeitos da superação de precedentes

O § 3º do art. 927 do CPC/2015 previu que na excepcionalidade da superação de precedentes será possível a modulação de seus efeitos para proteger o interesse social e a segurança jurídica. Dessa forma, para entender a possibilidades advindas do comando legal é necessário distinguir os efeitos que surgem com a decisão de superação.

4.4.1. Efeitos retroativos

Os efeitos retroativos (*retrospective overruling*) são aqueles que alcançam fatos ocorridos anteriormente à revogação do precedente, ou seja, eles retroagem no tempo. Isto é, o novo entendimento irá afetar atos e ações que foram praticados sob a égide do entendimento do precedente superado.

Thomas da Rosa Bustamantes sai em defesa da eficácia retroativa da alteração dos precedentes por entender que a razão fundamental da retroatividade da jurisprudência está na primazia das razões morais, que são iguais para todos. A elaboração da norma está ligada a ideia de justiça. Portanto, seria desigual deixar que situações pretéritas resolvidas sob a égide de norma jurídica equivocada não pudessem se beneficiar de sua superação. Seria justamente tratar situações iguais de maneira desigual. Para o autor, o direito é um

só, devendo retroagir para alcançar todos de maneira idêntica⁷⁸. Percebe-se que o autor põe a igualdade a frente da segurança jurídica nesses casos.

Contudo, esta retroatividade como regra geral admite críticas. A eficácia retroativa da revogação de um precedente faz com que a certeza que se tinha em uma determinada norma seja abalada, pois uma nova será apresentada ao jurisdicionado trazendo solução diferente e impossível de se prever, uma vez que era desconhecida ao tempo em que agiu. Assim, retroagir os efeitos de uma revogação é tratar de forma injusta aqueles que tiveram confiança em um precedente.

Contra a atribuição de efeitos retroativos a superação de precedentes, Misabel Abreu Machado Derzi⁷⁹, defende o posicionamento de que a superação de precedentes é equiparável à superação de um texto normativo, sendo, portanto, aplicável à teoria dos precedentes o princípio da irretroatividade das leis⁸⁰

A preocupação fundamental com os efeitos retroativos gira em torno da confiança depositada pelo cidadão no precedente que lhe servia de base à época de sua ação. Por isso, o maior obstáculo aos efeitos retroativos da revogação do precedente se encontra na frustração da confiança. Entretanto, é preciso que o abalo na confiança a ser causado pela aplicação de efeitos retroativos afete de maneira significativa os direitos de liberdade, propriedade e igualdade para justificar o afastamento de sua aplicação ao caso de superação⁸¹.

Dessa forma, pode se concluir que “quanto mais confiança houver em um precedente, mais forte será a tese de irretroatividade, já quanto mais fraca for a confiança

⁷⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. P. 388-390 e ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 459-461.

⁷⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 327-329.

⁸⁰ Essa parece ser a opinião de Alexandre Freitas Câmara em: *Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo código de processo civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p.281-320, fev. 2017. Mensal.

⁸¹ Para Marinoni “em regra, a revogação deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, é que se admite dar efeitos prospectivos ao *overruling*. E isso sem se enfatizar que as Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é uma daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade”, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 424.

depositada no precedente, mais forte se torna a retroação dos efeitos”⁸². Assim, quando o precedente é para os jurisdicionados uma norma inabalável que fundamenta suas ações, seus negócios e suas atitudes, faz-se necessário amenizar o impacto da sua revogação. Surpreender o jurisdicionado é o que deve ser evitado, já que a conquista da confiança é construída ao longo do tempo, mas a sua perda é atingida em frações de segundos.

Como forma de compatibilizar a necessidade de evolução do direito por meio da superação de precedentes e a manutenção da segurança jurídica em casos onde a sociedade deposita imensa confiança no precedente a ser revogado, torna-se imperiosa a aplicação de efeitos prospectivos ao novo entendimento.

4.4.2. Efeitos prospectivos

Pela leitura da nomenclatura torna-se de fácil dedução o conceito, uma vez que a palavra “prospectivo” dá a ideia de futuro, deve-se entender como efeitos prospectivos aqueles são projetados para o futuro e não para fatos ocorridos no passado. O *prospective overruling*, como é chamado na doutrina norte-americana, é técnica que pretende compatibilizar a mudança de um precedente e a proteção da confiança depositada nele. Portanto, é a confiança que demandará efeitos prospectivos ou não. Entretanto, como afirma Francisco Rosito⁸³, a questão é descobrir em que medida a confiança torna-se legítima a ponto de exigir proteção jurídica contra o efeito retroativo.

Para Humberto Ávila⁸⁴ o grau de proteção da confiança pela aplicação de efeitos prospectivos se justificaria quanto maior fosse: (i) o grau de vinculação e a pretensão de permanência; (ii) o grau da finalidade orientadora da decisão; (iii) o grau de inserção da decisão em uma cadeia de decisões uniformes; (iv) o grau de generalização da decisão.

Diante da necessidade de proteção, a superação de precedente, que em regra terá efeitos retroativos⁸⁵, admite que sua eficácia seja modulada conforme as seguintes

⁸² SILVA, Eddie Parish. *Os efeitos da superação de precedentes*. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.90-141, maio 2014.

⁸³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 346-348.

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 488-490.

⁸⁵ Nesse sentido MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 424; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.214; e CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 155.

hipóteses: (i) aplicar o novo precedente apenas para os casos posteriores, incluindo o caso em que houve a superação; (ii) aplicar o novo precedente apenas para os casos posteriores, excluindo o caso em que houve a superação; e (iii) aplicar o novo precedente a partir de uma determinada data ou condição.

Apesar da aplicação de efeitos prospectivos a decisão de superação de precedentes não estar livre de críticas, a verdade é que o § 3º, do art. 927, do CPC/2015 possibilitou a modulação dos efeitos da superação se estiverem presentes dois requisitos: interesse social ou segurança jurídica.

Entretanto, entendo que, sendo o foco da modulação de efeitos da superação é a proteção da confiança, apenas a segurança jurídica poderia constituir requisito⁸⁶. O interesse social, por sua vez, deve estar a serviço da segurança jurídica nesses casos.

Nesse sentido Ronaldo Cramer:

O interesse da sociedade sobre o momento de eficácia do novo precedente deve sempre se dar em favor da segurança jurídica. Não se consegue imaginar interesse social que reclame a modulação dos efeitos da superação em desacordo com a segurança jurídica.⁸⁷

Desta forma, pode-se afirmar que a modulação dos efeitos da revogação do precedente se darão a partir do momento em que houver confiança justificada neste precedente. Se, por outro lado, esta a norma extraída do precedente revogado já dava demonstrações de enfraquecimento perante a sociedade civil e a comunidade jurídica antes de sua revogação, os efeitos desta serão retroativos a partir de quando isto aconteceu. Se, entretanto, os jurisdicionados depositavam no precedente confiança sólida ao tempo de sua revogação, os efeitos desta serão prospectivos.

Também na questão relativa a se a revogação do precedente deve ser aplicado ao caso revogador e aos casos pendentes, a medida é a mesma. Isto porque, inobstante a revogação ter sido proporcionada pelo autor ou recorrente, o que se deve avaliar é se havia confiança justificada no precedente ao tempo da revogação, caso a resposta seja positiva os efeitos serão prospectivos, caso seja negativa serão retrospectivos a partir de quando a confiança justificada foi abalada.

⁸⁶ Nesse sentido WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 1320-1322.

⁸⁷ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 157.

Inferre-se daí a maior importância da sinalização. Seja na forma do *signaling* praticado pelos tribunais, seja a partir de outros meios, como o crescimento do debate acadêmico sobre o assunto ou a maior quantidade de distinções inconsistentes em relação ao precedente, torna-se possível que o tribunal e a sociedade tenham parâmetros para identificar o momento em que a superação terá início no passado.

Pode-se concluir que para casos em que se deve modular os efeitos da revogação dos precedentes é preciso observar as seguintes regras: (i) quem determina o tipo de efeito (retroativo ou prospectivo) é a existência, ou não, de confiança justificada ao tempo da revogação do precedente; (ii) em caso de efeitos retroativos, estes passarão a incidir a partir de quando a confiança justificada foi abalada, e não para todos os casos do passado.⁸⁸

⁸⁸ SILVA, Eddie Parish. *Os efeitos da superação de precedentes*. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.90-141, maio 2014.

5. Conclusão

Conforme as considerações expostas nesse trabalho é possível concluir que o novo CPC trouxe para o processo civil brasileira a tradição dos precedentes, na busca de garantir a segurança jurídica através de um Poder Judiciário mais coeso em suas decisões.

Além disso, as experiências passadas com o uso de precedentes obrigatórios, vide o caso das súmulas vinculantes, apesar de permitir maior uniformidade de decisões em alguns casos, tornou o procedimento decisório mais engessado, tendo em vista a falta de uma teoria de precedentes no direito pátrio.

Contudo, com o CPC/2015 e seus artigos 926 e 927 trouxeram folego para que a doutrina buscasse produzir uma teoria de precedentes voltadas à realidade brasileira, onde a lei ainda é fonte primária do direito.

Nesse sentido, foram abordados conceitos e técnicas considerados chave para estruturação de um sistema de precedentes.

A técnica utilizada para aplicação dos precedentes (*distinguishing*) consiste no confronto de casos através da qual se distinguem (compara) casos para avaliar a sua aproximação ou diferenciação.

Sendo constatada a semelhança entre casos, o precedente deverá ser aplicado ou em algumas hipóteses será possível a superação do precedente e a criação de uma nova *ratio decidendi*. Para se estar diante de uma situação na qual é legítimo se cogitar da superação do precedente, é preciso que o caso apresente inconsistência sistêmica e/ou incongruência social, sendo a primeira caracterizada pela incompatibilidade do precedente perante outras normas e a segunda pela incompatibilidade entre a norma expressa no precedente e a realidade social, cultural e tecnológica identificada na sociedade ao tempo da análise.

A partir desta identificação, é possível separar as hipóteses de superação da seguinte forma: a) precedentes contraditórios; a.1) precedentes obscuros; a.2) precedentes inoperáveis; a.3) precedentes inconsistentes; b) precedentes obsoletos; b.1) em razão de mutação social; b.2) em razão de mutação jurídica; c) precedentes errados; d) precedentes em tempos de exceção. Cabe assinalar que a tentativa de sistematizar as hipóteses de superação dos precedentes não são estanques, não ocorrem de maneira isolada, podendo

acontecer de um mesmo precedente demandar sua superação amparada em mais de uma hipótese.

Tendo como ponto de partida as hipóteses de superação acima citadas foi analisado as técnicas de superação de precedentes. São elas: *overruling*, quando há uma modificação total do precedente, ou seja, não regula os fatos em questão e um novo precedente o substitui; e o *overriding*, no qual um novo julgamento acaba por restringir a incidência de um determinado precedente. Para os dois casos, é preciso ter em mente que seu uso será moderado, bem como que devem ser aplicados princípios constringentes, tudo no intuito de demonstrar que a superação de precedentes é algo excepcional.

Foi abordada a técnica de sinalização, pela qual a corte segue um precedente, mas avisa que este não é mais confiável. Verificou-se que a técnica de sinalização tem importância central para a análise da confiança, na medida em que pode ela representar o momento exato em que a confiança em um determinado precedente foi abalada.

Por último, foram analisados os efeitos da revogação dos precedentes (retroativos e prospectivos). Dessa análise, conclui-se que a questão central acerca da modulação dos efeitos da superação de precedentes é a proteção da confiança justificada, sendo ela a responsável por determinar qual efeito deve incidir. Deve-se averiguar o momento em que a confiança deixou de ser legítima a ponto de dispensar a tutela do Estado e assim permitir a incidência dos efeitos decorrentes da superação do precedente em questão.

6. Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Súmula da jurisprudência dominante, superação e modulação de efeitos no novo código de processo civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 264, p.281-320, fev. 2017. Mensal.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling — when should a final Court of Appeal second guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 10. Disponível em <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/10/2/135.full.pdf>>. Acesso em 28/05/2017.

MÂCEDO, Lucas Burril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACÊDO, Lucas Burril de. *Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro*. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 3, p.89-120, jun. 2016. Semestral.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: Justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016,

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 739.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237-250

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Como se opera com precedentes segundo o Novo CPC?* 2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc-22032016>>. Acesso em: 22 maio 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo, São Paulo, v. 245, p.333-349, jul. 2015. Mensal.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: RT, 2016

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEIXOTO Ravi. *A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo Comparado, São Paulo, p.121-127, jun. 2016. Semestral.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

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

SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Eddie Parish. *Os efeitos da superação de precedentes*. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.90-141, maio 2014.

STRECK, Lenio. *Súmulas vinculantes em terrae brasilis: necessitamos de uma "teoria para a elaboração de precedentes"?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 78, p.284-319, jun 2009. Bimestral.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. PRDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador; JusPodivm, 2015