

Os precedentes judiciais e suas técnicas de superação no novo Código de Processo Civil

Vinicius Silva Lemos

Advogado em Rondônia

Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF/RJ

Especialista em Direito Processual Civil pela

Faculdade de Rondônia – FARO

Professor de Direito Civil e Processo Civil na

Faculdade de Rondônia – FARO

Conselheiro Estadual da OAB/RO

Diretor acadêmico da Escola Superior de

Advocacia de Rondônia – ESA/RO

Membro do Centro de Estudos Avançados em

Processo Civil – CEAPRO

Membro da Academia Brasileira de Direito

Processual Civil – ABDPC

Membro da Associação Norte Nordeste

de Professores de Processo - ANNEP

RESUMO

Este artigo tem como objeto de estudo o sistema de precedentes no Novo Código de Processo Civil. Tem como finalidade o estudo do tema, para conceituação dos institutos atinentes à figura processual de um precedente judicial, bem como estudar a inserção deste no novo código e as técnicas de superação de precedentes e formas de utilização nos casos em concreto.

Palavras-chave: Precedente judicial. Sistema. Novo CPC. Aplicação de precedentes.

ABSTRACT

This article has as its object of study the system of precedent in the new code of civil procedure. Has as its purpose the study of the subject, to conceptualization of the institutes linked to figure procedure of a judicial precedent, as well as to study the inclusion of this in the new code and the techniques of application of precedents and forms for use in concrete cases.

Keywords: Judicial Precedent. System. New CPC. Application of precedents.

Introdução

Um dos aspectos mais importantes do novo código é a valorização e regulamentação dos precedentes judiciais. A teoria do precedente judicial já tinha serventia no cotidiano jurídico brasileiro com a inserção da repercussão geral e os recursos repetitivos; contudo, na nova lei, a ênfase é maior ao precedente, com o cuidado de melhorar cada instituto dessa nova sistemática de julgamentos e, ao mesmo tempo, impor a necessidade de construção de uniformização de posicionamentos que tenham integridade, coerência e estabilidade.

É um novo dogma processual, uma visão para o futuro.

1 O precedente judicial e sua formação

Para estudarmos os precedentes, é importante encontrarmos a definição sobre precedente, que é “a decisão judicial tomada à luz de um caso em concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 441).

Pela conceituação existente, construímos os seus requisitos de existência. Para o precedente nascer, a jurisdição deve ser provocada por uma parte com o pedido de resolução de um caso concreto, com uma delimitação fática e jurídica pelo estado juiz com a interpretação judicial ao caso, culminando em uma decisão que, pelos seus elementos, serve como base para utilização posterior em casos que tragam as mesmas indagações concretas.

Para a existência e formação de um precedente, necessitamos de provocação jurisdicional pela parte, caso concreto, delimitação fática e jurídica, interpretação, decisão judicial. Para a utilização do precedente, incluímos um novo item, os casos análogos futuros.

O precedente nasce da atividade jurisdicional, da aplicação do direito ao caso concreto, diferente da lei, que tem origem de um processo legislativo de regulamentação sobre determinada matéria. A interpretação realizada entre os fatos e o direito positivo são os elementos que formam o precedente, com a decisão concreta e a sua possibilidade de utilização em casos posteriores, dada a sua relevância.

Entretanto, não é toda e qualquer atividade jurisdicional que forma um precedente. Por exemplo, uma sentença de primeiro grau não forma um precedente. Os tribunais de segundo grau também não têm essa função como prioridade, já que a sua função é possibilitar o duplo grau de jurisdição com a aplicação do direito de reexame. No novo código, com o incidente de assunção de competência e a resolução de demandas

repetitivas, foi atribuída a esses tribunais também a função prioritária de formar precedentes judiciais, para aplicação de territorial limitada à extensão daquele tribunal.

Naturalmente, os precedentes judiciais, em regra, são formados nos tribunais superiores, que têm em suas decisões, pelo seu alcance territorial, impacto de aplicabilidade em todo o Brasil.

A teoria da utilização de precedentes é uma forma de olhar o passado para decidir o futuro, um olhar processual e material para uma busca de estabilidade judicial, pelo fato de que “o passado, por si só, acaba sendo uma razão que compele o sujeito à tomada de decisão em um certo sentido” (BURIL, 2015).

A importância dada à teoria e utilização dos precedentes na nova codificação é louvável, com um olhar para o futuro e para uma nova sistemática de visualização da importância da decisão judicial.

1.1 A *ratio decidendi*

A formação de um precedente não está em sua parte dispositiva. O importante de um precedente é a sua fundamentação quanto à tese jurídica, a construção do julgado como um procedimento com impacto para a utilização em casos análogos futuros.

Não há dúvidas que o precedente nasce de uma decisão, não de todas, mas uma decisão. O ato de decidir não é o que forma o precedente, mas o caminho que se levou para chegar à convicção da decisão. Isso é o que forma e o que importa para a aplicabilidade futura.

O precedente nasce da *ratio decidendi* da decisão. O que seria essa *ratio decidendi*? A definição do conteúdo e dos limites da decisão. Numa tradução informal, as razões de decidir.

A parte dispositiva, a decisão em si, a ordem judicial importa para as partes do processo, já as razões de decidir – *ratio decidendi* – importam para a utilização como precedente, numa transcendência ao próprio julgado, como uma formatação basilar para outras decisões futuras que se identificarão com os fatos constantes na limitação feita pelas razões da decisão.

Segundo Deflorian apud Gordon, a *ratio decidendi* consiste no princípio do direito com base no qual o caso é decidido. Nas palavras de Tucci, a *ratio decidendi* ‘constituiu a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto’. A *ratio decidendi* envolve questões levantadas no processo que foram fundamentais para a formação da decisão judicial (SOARES, 2014. p. 49).

Toda e qualquer decisão cria uma norma jurídica, a interpretação do juízo sobre a relação *fato x lei*. O resultado da deci-

ção é a norma jurídica almejada para a resolução do conflito de interesses tutelado pela jurisdição. Essa norma criada pelo ato de julgar se limita às partes, àquela solução jurídica para o caso em concreto posto em juízo. No entanto, há outra norma criada na decisão, com conteúdo universal, que ultrapassa os limites da lide e não está na parte dispositiva, mas na sua fundamentação.

Neste ponto da decisão que o juízo traça um caminho de delimitação, com a análise dos pontos fáticos que estão em julgamento, as intersecções jurídicas afeitas ao caso concreto, é neste ponto que se encontra a *ratio decidendi*. A interpretação dos fatos e sua relação com o direito existente resulta numa norma jurídica criada no julgamento, não limitada às partes, por não constar da decisão, da parte dispositiva, contudo, esta mesma norma perfaz uma linha de fundamentação para construir o pensamento jurídico que embasa o resultado final, como Redondo (2014, p. 174) explica: “trata-se da *tese jurídica* acolhida, no caso concreto, pelo julgador, sendo composta por 03 elementos: (i) indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*); (ii) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (iii) juízo decisório (*judgement*)”.

Toda decisão tem uma norma jurídica limitada às partes e outra norma jurídica transcendental. O precedente judicial somente se forma na segunda norma, com a sua utilização para outros casos futuros. Somente as razões de decidir que importam como precedente judicial.

Apenas pode ser considerada *ratio decidendi*, para fins de um precedente, o que foi efetivamente discutido para a formação da fundamentação daquela decisão. Em modo contrário, sem uma arguição e discussão, ou ainda, decisão sobre a matéria, esta possível parte do julgamento não há como ser parte da *ratio decidendi*. Muito importante para a verificação da real discussão sobre a matéria é o posterior e efetivo julgamento sobre aquele ponto material para identificar a *ratio decidendi* de uma decisão.

1.2 *Obiter dictum*

Para entender o precedente e a identificação na decisão judicial do que é a *ratio decidendi*, é importante conceituar e explicar o *obiter dictum*, que persiste em fundamentação acessória da interpretação jurídica realizada na decisão.

Nem todos os pensamentos jurídicos insertos na decisão servem como precedente. Muitas vezes numa decisão, para construir um caminho de argumentação jurídica, o juízo passa por diversos fundamentos, considerações ou comentários, seja para

comparação, contraposição ou para imaginar hipóteses para o caso em concreto. Essa fundamentação acessória é parte da decisão, ajuda na formação da *ratio decidendi*; entretanto, não é parte destas razões, contendo serventia somente suplementar. Desta forma, o “*obiter dictum* engloba as matérias argumentadas e decididas no curso do processo de maneira periférica. Nele não se instala o que foi decidido para a solução da questão posta em juízo. O *obiter dictum* é considerado quando muito elemento persuasivo e confirmador da decisão proferida, mas não o ponto que a faz existir” (SOARES, 2014. p. 49).

No *obiter dictum* há uma característica periférica, uma argumentação acessória, por vezes até inútil ou irrelevante para o julgamento daquele caso e para a formação da *ratio decidendi*, mas que sinaliza importantes posicionamentos, discussões jurídicas e debates futuros.

O *obiter dictum* tem uma evidente função de sinalização, uma discussão paralela que não tem muito valor para aquele processo, mas que pode direcionar futuramente um posicionamento de outra matéria. Não serve para este processo que se decidiu, contudo seu conteúdo é importante.

1.2.1 Técnicas de identificação da *ratio decidendi*

Conceituados os institutos da *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, importante é saber identificá-los no caso em concreto. Quando ocorre a decisão do precedente, com ela vem a necessidade de saber-se o que é *ratio decidendi* e quais os seus limites.

A existência da *ratio decidendi* bem delineada é a condição para a própria existência do precedente, razão pela qual se faz necessária a sua identificação. Sabemos que a *ratio decidendi* não se encontra na parte dispositiva da decisão, contudo em sua parte de fundamentação. Entretanto, não se confunde com a fundamentação em si: “a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra” (MARINONI, 2010, p. 211).

Mas como identificar? Existem métodos de identificação.

O primeiro método que analisamos, mais antigo, proposto por Wambaugh, possibilita a identificação do precedente pelo caminho inverso, com a análise da fundamentação da decisão com a inserção, de maneira hipotética, de argumentos antagônicos, pela noção de que se a decisão com a mudança radical pela inversão dos argumentos fosse alterada, encontrar-se-ia ali a *ratio decidendi*, a parte fundamental da decisão que se faz necessária para a sua própria existência.

Por essa técnica, ao inverter o sentido daquele argumento sem a mudança na decisão, conseqüentemente, esta parte da fundamentação não seria *ratio decidendi*, por não conter influência na decisão, tornando-se *obiter dictum*.

Em outra técnica, conhecida como método de Goodhart, a forma de chegar-se à *ratio decidendi* e sua limitação passa pela determinação minuciosa dos fundamentos de fato, quanto mais os fatos estão delineados e delimitados, maior a facilidade para conseguir a identificação da *ratio decidendi*.

Razão não falta ao Goodhart, quanto maior a atenção do julgador do precedente para a delimitação dos fatos, com a delimitação pormenorizada tanto dos fatos quanto dos fundamentos daquela causa, com a visualização fática bem apurada, melhor a amplitude da decisão e sua eficácia enquanto precedente. Quanto maior a ênfase aos fatos, maior a possibilidade de identificação destes, em casos futuros, tornando mais fácil a própria visualização da *ratio decidendi*.

A forma mais abrangente seria a conjunção das duas técnicas. Tanto ao delinear os fatos de forma pormenorizada (teoria de Goodhart), quanto ao usar o caminho inverso dos argumentos para verificar se a decisão seria diferente (teoria de Wambaugh), consegue-se identificar a *ratio decidendi*, mas, se pensar na utilização conjunta dos dois métodos, chega-se numa melhor identificação pelo juízo que aplicará a decisão como precedentes em casos futuros. Como corroboram Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 450) ao explanarem que “o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (de Wambaugh e de Goodhart), sendo, pois, eclético, tal como aquele trabalhado por Rupert Cross – e, ao que parece, também por Marinoni”.

1.3 As diferenças entre *common law* e *civil law* e os precedentes no direito brasileiro

A teoria de utilização dos precedentes nasce no direito *common law*, que é baseado no uso e costume, oriundo dos países anglo-saxões. Nesse sistema, o judiciário é apto e legítimo a criar direitos, a partir da atividade judicante. Ao julgar, naturalmente nasce uma norma jurídica, com uma definição pela própria forma do direito *common law*, para utilização posterior, baseando-se nos costumes e na jurisprudência.

A jurisprudência no sistema de direito do *common law* tem importância como fonte primária do direito, acima, na maioria das vezes, até da lei, que também existe. Com a importância da teoria da *stare decisis* para o *common law*, os precedentes têm

uma enorme relevância nesse sistema, como a preferência de aplicação no caso concreto futuro do que já foi decidido anteriormente. Para entendermos, a “expressão *stare decisis* pode ser assim traduzida: mantenha-se a decisão e não altera o que está quieto” (NOGUEIRA, 2008, p. 101).

Uma evidente noção de vinculação dos precedentes.

Também chamado de *doctrine of binding precedent*, a vertente mais recente desse sistema teve origem nas primeiras décadas do século XIX na Inglaterra, vindo a ser definitivamente reconhecido em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, em que a Câmara dos Lordes tratou tanto do efeito autovinculante do precedente, quanto da eficácia vertical do precedente, isto é, sua eficácia vinculante externa a todos os juízos de grau inferior (REDONDO, 2014. p. 174).

O ato de julgar no *common law* é dotado de uma liberdade maior, uma construção jurídica de uma norma daquele caso em concreto, com uma diversidade de princípios, aplicações de leis e costumes e, principalmente, dos precedentes. Com o ato de julgar, naturalmente, cria-se uma norma jurídica.

Por outro lado, tem-se o *civil law*, com uma tradição romana e uma reestruturação moderna na França, com uma importância maior da lei e sua estipulação codificada. A aplicação da justiça seria a aplicação da lei, a letra da lei. O poder do juiz se delimita com a aplicação da vontade do legislador, não com uma interpretação ampla para cada caso. A função do juiz no *civil law* é a aplicação da letra da lei para o caso em concreto, não uma interpretação que criaria uma nova norma jurídica.

A certeza jurídica era almejada com uma aplicação da lei, que se imaginava ser suficiente para a solução dos conflitos. O juiz tinha a mera função de enquadramento entre a situação e a letra da lei. Uma ode ao positivismo. A fonte do direito mais importante, nesse sistema, é evidentemente a lei, com a jurisprudência somente com um caráter persuasivo de como se aplicar melhor a lei.

Uma organização de leis em códigos para uma melhor compreensão é uma das características do *civil law*, sistema este adotado pelo Brasil. Com isso, aqui com a possibilidade de aplicar a lei, o juiz tem essa função, enquadrando a lei ao fato posto ao juízo.

Sempre se acreditou numa contraposição, numa dicotomia entre o *common law* e o *civil law*, uma impossibilidade de convivência entre os sistemas. Marinoni (2010, p. 72) discorda dessa dicotomia veementemente, ao explicar que “é exatamente a

cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no civil Law". Acreditava-se que o *civil law* nunca poderia usar a *stare decisis* pela própria diferença na atuação entre os juízes de cada sistema. Entre a *stare decisis* e a lei, para o juiz do *civil law*, a lei sempre teria preponderância.

Entretanto, há uma gama de convergências entre os sistemas, com a possibilidade da utilização de precedentes no *civil law*, sem, necessariamente, constar como uma *commonlawlização* do direito brasileiro. Somente uma busca pela melhor aplicabilidade da justiça e a resolução para a multiplicidade de demandas idênticas, fato com que o Brasil convive diuturnamente. Uma convergência de sistemas, totalmente possível, aplicável e elogiável.

O sistema jurídico brasileiro, aos poucos, vem com inovações em busca de uma política de respeito aos precedentes, a instituição de súmulas vinculantes, a criação da repercussão geral, o julgamento por amostragem do rito repetitivo e, com o novo código, outras maneiras de formação de precedentes, como assunção de competência e resolução de demandas repetitivas.

Um sistema híbrido, com a base no *civil law* e a utilização pontual em determinadas situações da teoria dos precedentes judiciais, para uma melhor operacionalização do processo civil brasileiro e sua eficácia diante de tantas demandas.

2 Técnicas de aplicação e de superação de precedentes

Com a ênfase dada pelo código de 2015 para a formação e utilização dos precedentes, é importante a forma com que os precedentes são aplicados posteriormente. Existem formas diferentes de utilização. Sempre o juízo deve aplicar o precedente em casos idênticos, com o mesmo teor e aplicabilidade da *ratio decidendi*.

Entretanto, uma dúvida permanece: há um engessamento com a aplicabilidade contínua e obrigatória do precedente? A princípio, um precedente tem a sua utilidade, resolve dúvidas sobre a norma ou ainda sobre a ausência de norma, criando uma norma jurídica ao julgar.

Não há evidentemente um engessamento do juízo ou da justiça.

Já a independência funcional refere-se, sobretudo, ao art. 95 da Constituição, isto é, às garantias que são dadas, ao magistrado, relativamente à sua carreira (em especial, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios). Essas garantias buscam

garantir a imparcialidade do juiz, para afastar o risco de que ele pudesse sofrer qualquer tipo de “pressão” ou “ameaça” (hierárquica, política, financeira, etc.) para direcionar sua decisão em determinado sentido. Como se vê, exigir que o julgador siga e observe a interpretação do direito dada pelos Tribunais que tem competência constitucional para dar a interpretação final sobre a Constituição (STF) e a legislação (STJ e Tribunais locais) em nada conflita com a independência funcional dos juízes (REDONDO, 2014, p. 185).

O juiz, como uma autoridade do Estado, permanece com a sua capacidade de julgar, de analisar as provas e definir os fatos ali apresentados. Entretanto, sai um pouco a visualização de decisão da causa, somente pela criação de uma convicção pessoal, mas com a necessidade de visualização do precedente judicial, com a delimitação dos fatos de ambos os processos para averiguar-se, mediante comparação, a coincidência de fatos que autorizam a aplicação do precedente.

O caso concreto a ser julgado deve ser apreciado numa comparação de seus fatos com a *ratio decidendi* do precedente judicial, momento em que se analisa a convergência de possibilidades, com a decisão de aplicação ou não do precedente, mediante o julgamento da compatibilidade dos fatos entre o caso em concreto e o precedente.

2.1 *Distinguishing*

Uma vez formado o precedente, em suas diversas formas, com a definição da sua *ratio decidendi*, quando algum juízo estiver diante, num momento posterior, de uma ação possivelmente idêntica, para visualizar a aplicação, ou não, do precedente, se faz necessária a comparação entre a *ratio decidendi* do precedente com os fatos inerentes a esse caso. Para a aplicação de um precedente, há a necessidade de congruência entre a *ratio decidendi* do precedente com o conjunto fático daquela causa. Somente com a equiparação dos “*fundamentos jurídicos que sustentam a decisão*” do precedente e a situação fática daquele processo em julgamento consegue-se decidir se há relação entre ambos que permita a aplicabilidade do precedente (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015. p. 442).

O resultado dessa equiparação leva a alguns caminhos, o mais importante seria culminar na aplicabilidade do precedente neste novo processo. Entretanto, há a possibilidade da incongruência entre os fatos desta ação com a *ratio decidendi* do precedente firmado. Nesta situação, não há a possibilidade de utili-

zação do precedente por não haver um enquadramento da situação processual com a situação do precedente, sem enquadramento correto, há uma distinção, uma diferença entre os casos, o que leva à recusa do juízo em aplicar o precedente.

Não há, no entanto, uma recusa ao precedente ou à sua validade. A não utilização do precedente é por não servir como base para aquela demanda, por diferença de fatos ou de matérias. O juízo não discorre em nenhum momento sobre a validade do precedente, somente houve uma tentativa de aplicação, com a eventual impossibilidade de utilização.

A superação do precedente ocorre pela sua não aplicabilidade para aquele caso em concreto por divergência nos fatos entre o precedente e a demanda. O direito anglo-saxão concede o nome de *distinguishing*. Na tradução que o próprio código concede ao delimitar um pedido da parte da aplicabilidade do instituto no artigo 1037, § 9º, chega-se ao nome de distinção.

Uma autêntica distinção do caso em concreto com o precedente. Há uma recusa na utilização do precedente? Sim, uma superação por ausência de correspondências entre os casos, a *ratio decidendi* e a ação julgada e aplicada a distinção. Além da técnica de julgamento de superação de precedentes, cabe também às partes alegarem a distinção, com a demonstração ao juízo da diferença existente e a inaplicabilidade daquele precedente.

Um exemplo: no final de 2014, o STJ, em julgamento repetitivo, julgou a questão legal do cadastro positivo pelos órgãos de proteção ao crédito, o chamado *scoring*, no caso, a legalidade da existência e as fundamentações sobre este caso são a *ratio decidendi*. O resultado proferido no julgamento foi pela legalidade. Entretanto, imaginemos uma ação posterior que fale sobre um cadastro nos órgãos de proteção ao crédito, mas por inscrição negativa indevida. Se alguma das partes alegar que há um precedente sobre a questão, o juízo analisa a questão com a comparação entre os fatos daquela demanda com a *ratio decidendi*, aplicando, neste caso, a distinção, com a negativa de utilização do precedente pela ausência de congruência entre os fatos da ação e o conteúdo da *ratio decidendi*.

Evidente que para a utilização do *distinguishing*, ou distinção, o juízo deve, de forma fundamentada, delinear as diferenças entre a *ratio decidendi* do precedente, com a ação que está a julgar, demonstrando, de forma clara, que não há razoabilidade e congruência para a aplicação do precedente, afastando-o.

Sobre esse ponto, o Fórum Permanente de Processualistas Civis enunciou da seguinte forma:

Enunciado n.º 306 do FPPC: O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

Por esta necessidade de comparação entre a *ratio decidendi* e cada caso parecido posterior ao precedente, o conteúdo e delimitação da *ratio decidendi* devem ser o mais perfeitos e claros possível.

Quanto melhor e maior a clareza de identificação da *ratio decidendi*, mais fácil e evidente fica aos juízos inferiores em casos posteriores a utilização do precedente. Uma eventual *ratio decidendi* mal delimitada ou confusa ocasiona possíveis aplicabilidades errôneas do precedente em casos análogos futuros, quando, na verdade, seriam casos para realizar o *distinguishing*. Um precedente mal aplicado é um mal para a própria existência do precedente, como para aquela demanda que em nada tem de relação com o precedente.

É pertinente uma análise minuciosa, pelo juízo da ação futura, para a aplicação correta do precedente e, se necessário, a utilização do *distinguishing* para afastar os precedentes em casos com situações diversas daquelas delimitadas pela *ratio decidendi*.

Não há no *distinguishing* uma invalidação ou revogabilidade do precedente, tampouco análise sobre a sua inutilidade. O juízo somente se debruça sobre a análise cuidadosa sobre os fatos e o precedente, com a sua *ratio decidendi*, com o cuidado na aplicação da tese firmada. Se a decisão for pela não utilização do precedente, vale somente para aquele caso, com aquele conjunto fático probatório, com a permanência total da validade do precedente para os casos em que a *ratio decidendi* for coincidente.

2.2 Superação por *overruling*

Nesta técnica de superação de precedente chamada *overruling*, o cerne de sua utilização está na análise sobre a validade do precedente. Analisando a *ratio decidendi*, o tribunal verifica que não há mais motivos para manutenção daquele precedente. Ao utilizar essa técnica, o “Tribunal supera o precedente. Fazer o *overruling* significa que o Tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente e substitui a velha regra de direito por uma que é fundamentalmente de natureza diversa” (NOGUEIRA, 2010, p. 179).

Uma nova *ratio decidendi* e posicionamento do tribunal ocorrem para a revogação do precedente anterior, como uma evolução jurídica, com a superação do anterior pela existência de um novo precedente.

O cuidado na utilização da técnica de *overruling* está na impossibilidade de alteração na concepção daquela matéria somente por uma nova interpretação dada pela corte ou pela intenção de fazê-lo. Importante salientar que o *overruling* deve acontecer pela mudança da estrutura social atual, diferente daquela de quando o precedente foi criado, demonstrando que na análise de sua aplicabilidade não tem mais razão de existência ou de manutenção. Não por mera vontade dos julgadores, porém por uma análise de mudança do contexto social, mudança no ordenamento jurídico, de novas conjunturas políticas, dos avanços tecnológicos, quando se verifica que os efeitos que o precedente deveria obter não ocorreram ou a constatação de um equívoco crasso e visível naquele precedente.

Há a necessidade de uma motivação concreta para a revogação do precedente, não somente uma revogação de interpretação. Uma nova realidade social deve ser constatada e, com isso, a necessidade de um novo precedente, com a consequência da revogação do anterior. Não pode haver uma lacuna sobre aquela questão de direito que a *ratio decidendi* resolvia, com a revogação do posicionamento, por qualquer que seja o motivo. Na concepção da utilização do *overruling*, uma nova forma jurídica para a questão deve vir à tona, com uma nova *ratio decidendi*, atual e renovada para aquela nova realidade social ou jurídica.

O *overruling* deve ser realizado pelo mesmo tribunal que estabilizou o precedente, com a autoridade de analisar sua inaplicabilidade por alguns dos motivos expostos. Somente o tribunal que formou o precedente, ou, eventualmente, tribunal superior a esse, com o posicionamento da tese jurídica e a delimitação da *ratio decidendi*, tem a possibilidade de visualizar a impossibilidade de prosseguir com o precedente, abandonando-o para inserir outro entendimento sobre a questão de direito.

2.2.1 Anticipatory overruling

O *overruling*, ou a superação do precedente, somente pode ser realizado pelo mesmo tribunal que estabilizou o precedente. No caso, se for o STF ou oSTJ, esses tribunais que terão a competência para a superação de seu próprio precedente.

Entretanto, com o precedente válido e útil para a sociedade, persuasivo ou obrigatório, aos poucos a existência dessa siste-

mática de precedentes impede o tribunal que o estabilizou de voltar a decidi-lo, pela própria não chegada de recurso dessa natureza por esbarrar na aplicação do precedente.

Contudo, em caráter extremamente excepcional, um tribunal inferior, não competente para a superação, entendendo que há características novas nos julgamentos em geral da corte que estabilizou o precedente, com novos posicionamentos em outras demandas, que num conjunto de interpretação dá a entender que aquele precedente não guarda mais relação com a atualidade de entendimento da corte, pode sinalizar com a *anticipatory overruling*.

É essencial a verificação de sua característica excepcional, expondo que os tribunais inferiores não têm a competência de revogação natural de um precedente firmado em tribunal com alçada superior. Os requisitos que resultam na possibilidade da antecipação são a aparência de desgaste daquele precedente, uma tendência de que a jurisprudência deve mudar, entre outras possibilidades.

No entanto, mesmo assim, defende-se, neste trabalho, a possibilidade de aplicação do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. Presentes aqueles fundamentos que justificam a utilização do instituto, os Tribunais Estaduais ou os Tribunais Regionais Federais e mesmo os juízes de primeira instância estariam autorizados a não aplicar os precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores aos casos em julgamento (ATAÍDE JR; PEIXOTO, 2014, p. 284).

Antecipa-se uma mudança que posteriormente é levada ao tribunal competente para realizar o *overruling* de fato daquela questão. Todavia, os tribunais inferiores podem antecipar a sua inutilidade.

2.2.2 Prospective overruling

Como já vimos, o *overruling* é a superação do precedente por uma mudança na sociedade. Entretanto, com a revogação de um precedente há a necessidade de estabelecer a sua validade, o momento em que ele passa a ser revogado. De acordo com o artigo 927, § 3º, quando for hipótese de alteração de jurisprudência do STF ou dos tribunais, inclusive os definidos em julgamentos repetitivos, há a autorização da modulação de efeitos, com a inclusão na decisão sobre a data em que essa alteração entra em vigor.

Existe, através do *overruling*, a possibilidade de superar um posicionamento, mas, diante da necessidade e da segurança

jurídica, somente se aplica em casos futuros ou após algum tempo há a ocorrência do *prospective overruling*, com a definição no julgamento do precedente que a validade para aquele novo entendimento e posicionamento começa somente com efeitos posteriores àquele julgamento que gerou a mudança de precedente.

O termo *prospective overruling* tem significado como possibilidade de prospecção dos efeitos da decisão daquela data para o futuro, não imaginando a superação para casos anteriores, mas somente para os casos futuros, com uma evidente modulação de efeitos. A necessidade de verificação de uma modulação de efeitos da mudança do precedente está na confiança justificada da sociedade e dos jurisdicionados naquele precedente. Se o precedente existente pauta a sociedade de tal forma que cada cidadão age de acordo com o precedente, não demonstrando nenhum desgaste, a superação desse precedente deve ter modulação de efeitos para frente, com uma prospecção da validade da superação, sem ofender as questões anteriores consolidadas.

Quando nada indica provável revogação de um precedente, e, assim, os jurisdicionados nele depositam a confiança justificada para pautar suas condutas, entende-se que, em nome da proteção da confiança, é possível revogar o precedente com efeitos puramente prospectivos (a partir do trânsito em julgado) ou mesmo com efeitos prospectivos a partir de certa data (MARINONI, 2011, p. 255).

Uma variação da modulação dos efeitos é a incidência do *prospective overruling*, quando se define a superação do precedente, estabelecendo uma data no futuro para a validade da mudança julgada pela mesma corte que havia fixado o precedente. A modulação de efeitos, neste caso, ocorre na forma de não ter uma validade imediata, tampouco a partir dali, mas em ponto futuro, somente depois de determinado prazo ou data. A superação do precedente foi realizada, contudo este continua com a sua validade, mesmo revogado, até a data determinada.

Numa outra visão da modulação de efeitos, há uma possibilidade mais complexa, impensada em sua aplicabilidade no direito brasileiro: o *pure prospective overruling*, hipótese em que o tribunal que firmou o precedente o revoga de forma a não utilizar a sua validade nem para o caso que ensejou a revogação, somente após, para casos futuros. Essa situação não é aplicável ao Brasil pela própria característica dos recursos excepcionais que propõe a revogação ou a reanálise, sem o interesse da parte em revogar, já que ausente de validade para o seu caso,

não há aplicabilidade ou pensar-se que a pessoa estará em juízo para não fazer parte do resultado dali disposto, se houver a superação do precedente.

2.3 Superação por *overriding*

Na hipótese do *overriding*, há uma revogação parcial do precedente. Por fato superveniente, como a edição ou a adoção de uma nova forma principiológica, aquele precedente em sua integralidade não está mais consoante com o direito e a situação que a sua *ratio decidendi* resolvia.

Neste caso, trata-se da necessidade de adequação do precedente à nova norma legal, ao fato posterior à sua edição. Essa adaptação acontece com a análise sobre esta limitação, com a verificação de em qual ponto da *ratio decidendi* a nova norma impede a manutenção do precedente e, conseqüentemente, quais os pontos em que persiste a eficácia e razoabilidade do precedente.

Analisar como uma revogação parcial é uma forma autônoma de superação, entretanto, tem um caráter de adequação à nova norma legal, com uma sobrevida de aplicabilidade, somente limitada, sem uma abrangência jurídica fática tão ampliada.

De uma certa forma, podemos considerar que naquela parte do precedente em que ocorreu a revogação, ocasionando o *overriding* ao precedente como um todo, somente naquela parte revogada, houve um *overruling*.

Se houvesse uma separação da matéria da *ratio decidendi* anterior, dividindo-a em duas partes, teríamos uma parte em que houve a superação, um autêntico *overruling*, e a outra parte, a que se manteve intacta, com a continuidade limitada da eficácia do precedente. Com a conjunção da parte em que houve *overruling* com a parte que se manteve eficaz juridicamente, chegamos ao *overriding*.

Todavia, existe uma limitação dos motivos do *overriding*, a superveniência de uma nova norma legal, com a necessidade de uma adaptação. O *overruling* é mais amplo, com diversas possibilidades de incidência. Adapta-se à nova realidade jurídica daquele momento, para realizar a sua compatibilidade.

Quando ocorre o *overriding*, com a limitação do precedente e conseqüente revogação parcial do precedente, esta nova decisão, com uma *ratio decidendi* redefinida, passa a ser o conteúdo integral desse novo precedente, não guardando mais nenhuma relação com o precedente anterior.

Dessa forma, existe um novo precedente, diferente daquele anterior, com parte daquele anterior, mas moldado para uma nova integralidade.

Conclusão

O novo código concede um valor ao precedente, aos tribunais e sua função judicante, colocando-a como uma base para a aplicabilidade da justiça. Os tribunais não detêm somente a função de julgar de acordo com a lei, mas também de acordo com o seu próprio conjunto de decisões. Não existe um sistema de utilização da teoria dos precedentes sem uma mudança no paradigma processual recursal pelos tribunais.

O artigo 926 é visionário e utópico, sim. E não há nada demais em ser utópico. O legislador acertou, evidentemente. Há uma mudança de paradigma em curso. Não dá para prever onde desembocará o judiciário brasileiro com a nova dogmática processual, contudo era necessária a utopia, apostar na mudança, com o questionamento legislativo de se dizer que do jeito que estava, com decisões complexas e contraditórias em suas essências pelos mesmos tribunais, com uma total insegurança jurídica, não dava para continuar.

A mudança é adotar como regra para os tribunais o dever de "*uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*", conforme o citado artigo 926.

Ao chegar-se na melhor decisão possível para aquele caso, o efeito repetitivo ainda não está completo, necessitando da aplicabilidade correta de seu caráter vinculante, nos casos que por ventura estão sobrestados ou nos casos análogos futuros.

Referências

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. **Revista de Processo: RePro**, v. 39, n. 236, p. 279-301, out. 2014.

BURIL, Lucas. **Afinal, o que é um precedente?** 15 maio 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/05/15/afinal-o-que-e-um-precedente-2/>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

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

- MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 906, p. 255-283, abr. 2011.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 33, n. 161, p. 101-114, 2008.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2014. v. 2.
- SOARES, Marcos José Porto. A ratio decidendi dos precedentes judiciais. **RBDPro. Revista Brasileira de Direito Processual**. Ed. Fórum, ano 22, n. 85, p. 39-73, 2014.