

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Rennan Marcos Salvato da Cruz

Presidente Prudente/ SP
2015

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO

CURSO DE DIREITO

A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Rennan Marcos Salvato da Cruz

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Wellington Boigues Corbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP

2015

A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Wellington Boigues Corbalan Tebar
Orientador

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Examinador

Gilberto Notário Ligerio
Examinador

Presidente Prudente/ SP

2015

CRUZ, Rennan Marcos Salvato.

A Superação dos Precedentes no Processo Civil Brasileiro/ Rennan Marcos Salvato da Cruz: - Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2015.

Nº. de folhas: 88.

Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015.

1. Direito Processual Civil. I. A Superação dos Precedentes no Processo Civil Brasileiro

“Os que semeiam em lágrimas colherão com alegria (Salmos 126, versos cinco)”.

AGRADECIMENTOS

Dentre todos os possíveis agradecimentos, destaco primeiro aquele que se destina a Deus, pois, sem as condições que Ele me proporciona diariamente, não haveria sequer uma página deste trabalho.

Várias foram as pessoas que me ajudaram também, porém, em razão do limitado espaço elencarei o auxílio de algumas.

Ao Dr. Silas Silva Santos deixo a minha sincera gratidão, porquanto me emprestou todos os livros necessários à produção do trabalho. Agradeço, também, pela grata honra de estagiar com ele e receber os seus preciosos ensinamentos diários. Obrigado.

Ao professor Daniel Colnago, cujas lições de processo civil realmente marcaram minha formação acadêmica, pelo empenho e atenção que tem com seus alunos.

Ao meu orientador, professor Wellington, pela paciência e auxílio na produção deste trabalho.

Ao meu amigo Lucas Areias por cordialmente ler e ajudar na correção de alguns erros formais, prestando um suporte que me foi importantíssimo.

À minha família, especialmente minha mãe (Maria Claudia), por se empenhar tanto na minha formação moral, religiosa e estudantil.

A todos expresso meus sentimentos de gratidão.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar as formas de superação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, buscou-se demonstrar o processo de formação do precedente e seus critérios de autoridade, sempre enfatizando os influxos que os eventuais vícios nas etapas de formação do precedente podem causar na superação. Em seguida, analisa-se as formas de extração da *ratio decidendi* da decisão judicial, de modo a mostrar ao leitor que a incorreta individualização do precedente no pronunciamento judicial pode gerar falsos precedentes, passíveis de afastamento no caso concreto. Buscou-se também demonstrar o processo de formação do precedente no âmbito dos Tribunais colegiados, principalmente quanto à ideia de se convergir a *rationes* no momento da decisão do recurso, o que fomenta em muito a criação de precedentes, haja vista que não se pode conceber a aplicação de um “precedente” que revela o entendimento unitário e particular de um só magistrado, que integra, em realidade, um órgão jurisdicional colegiado. Desse modo, deu-se enfoque à voz uníssona das Cortes Supremas como alavanca de autoridade do precedente. Além disso, analisou-se as hipóteses de precedentes persuasivos e vinculantes, bem como a influência que os seus critérios podem exercer no momento da superação. Por fim, explicamos as técnicas de superação, tanto com a substituição da tese jurídica como sem a substituição (simples revogação). Para arrematar, demonstrou-se as técnicas pelas quais se atribui efeitos prospectivos às decisões que superam precedentes, bem como a técnica da sinalização, que se revela medida preventiva de tutela da confiança dos jurisdicionados. Tudo à luz do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Precedentes. Novo Código de Processo Civil. Superação. *Overruling. Overriding. Pure prospective overruling. Prospective prospective overruling. Express overruling. Implied overruling. Technique of signaling. Common law.*

ABSTRACT

This study aims to examine ways of overcoming the precedents in our legal system. To this end, it sought to demonstrate the previous formation process and its authority criteria, always emphasizing the consequences that any defects in the previous stages of formation can induce on overcoming. Then, it analyzes the forms of extraction of ratio decidendi of the court decision in order to show the reader that the incorrect individualization of precedent in judicial pronouncement can generate false precedent, reason why its application can be removed. It sought to demonstrate the previous formation process within the collegiate courts, especially regarding the idea of converging the rationes at the time of the appealing decision, which fosters in much the creation of precedent, given that it is inconceivable the application of a "precedent" that reveals the unitary and particular understanding of one judge, who integrates in fact a collegiate court. Thus, it gave focus to the united voice of the Supreme Courts as the previous authority of precedents formers. In addition, it analyzed the hypotheses of persuasive and binding precedents, and the influence that theirs criteria of formation may cause at the time of overcoming. Finally, we explain the overcoming techniques, both with the replacement of legal interpretation as without replacement. To finish off, it demonstrated the techniques by which one assigns prospective effect to the decisions that surpass precedents as well as the signaling technique that reveals preventive measure of protection of the jurisdictional confidence. Everything in the light of the new Civil Procedure Code.

Keywords: Precedents. New Civil Procedure Code. Overcoming. *Overruling. Overriding. Pure prospective overruling. Prospective prospective overruling. Express overruling. Implied overruling. Technique of signaling. Common law.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. — artigo

v. g. — *verbi grati*

e. g. — *exempli grati*

CPC — Código de Processo Civil (Lei 5.869 de 1973)

NCPC — Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015)

TJ — Tribunal de Justiça

IRDR — Incidente de resolução de demandas repetitivas

RISTF — Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ — Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PREMISSAS TEÓRICAS	12
3 FORMAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO DE PRECEDENTE	17
3.1 Dos métodos de extração da <i>ratio decidendi</i>	26
3.2 Da formação e da extração da <i>ratio decidendi</i> no caso de julgamento colegiado: a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni	32
4 DA EFICÁCIA DO PRECEDENTE E SEUS CRITÉRIOS DE AUTORIDADE: PRECEDENTE PERSUASIVO, VINCULANTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA	40
4.1 Precedentes vinculantes: art. 927, NCPC e sua autoridade	51
5 DAS TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO	55
5.1 Superação Concentrada e superação difusa. Procedimento diferenciado para superação de súmula vinculante	67
5.2 Impossibilidade de <i>Overruled</i> em Reclamação Constitucional	69
6 SEGURANÇA JURÍDICA E SUPERAÇÃO. DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS PROSPECTIVAS: <i>RETROSPECTIVE OVERRULING</i>; <i>OVERRULING PROSPECTIVE: PURE PROSPECTIVE OVERRULING</i> E <i>PROSPECTIVE PROSPECTIVE OVERRULING</i>. TECHNIQUE OF SIGNALING E O JULGAMENTO ALERTA	72
7 CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84
ANEXOS	86

1 INTRODUÇÃO

As constantes mudanças na sociedade reclamam alterações contínuas no mundo do direito.

Mesmo diante de contínuas evoluções e transformações em termos de concepções ideológicas, morais, políticas, culturais e econômicas, exige-se do direito uma perenidade relativa, para que seja possível um mínimo de previsibilidade e estabilidade quanto à sua aplicação e interpretação.

Nessa toada, a fortificação do sistema de precedentes brasileiro desponta como ferramenta muito relevante, porquanto proporciona certa coesão e uniformidade quanto à interpretação e aplicação do sistema jurídico, fomentando um estado ideal de segurança jurídica — elemento indispensável a qualquer Estado de Direito.

A tão sonhada estabilidade do direito, porém, não se confunde com a perenidade absoluta do sistema, que necessita acompanhar, tanto quanto possível, as vertiginosas mudanças da sociedade.

Neste paradoxo (estagnação da jurisprudência e necessidade de progresso do direito), surge o tão importante estudo da superação dos precedentes.

À luz dessas premissas o trabalho se ocupou de analisar, não exaustivamente, os principais institutos inerentes à superação dos precedentes, passando antes pelo processo de formação e autoridade da *ratio decidendi* contida no precedente.

Demonstrou-se, por meio dos estudos, o exato ponto de equilíbrio entre a estagnação do direito e a sua evolução, que está, de fato, na superação.

Noutro pórtico, buscou-se enfatizar também o caráter instrumental da superação, que, para nós, consiste em eliminar precedentes injustos e viciosos do ordenamento, evitando, assim, qualquer tipo de autoritarismo judiciário.

Não obstante, procurou-se dar especial ênfase à segurança jurídica quando da transição de teses, como meio de tutelar a confiança que o jurisdicionado deposita no judiciário, projetando, inclusive, comportamentos legítimos com base na norma julgada.

A compreensão do direito contemporâneo jamais prescindirá da interpretação que o judiciário dá acerca das várias leis positivadas, atividade esta

que se aperfeiçoa por meio de um sistema hígido de precedentes, o qual deve evoluir constantemente.

Nesta ótica, ressaltou-se a importância do advento do Novo Código de Processo Civil, uma vez que fortificou o sistema vigente de precedentes em nosso país e passou a regulamentar de forma expressa algumas balizas em termos de superação.

A importância do tema cresce ainda mais diante do temor do legislador com a aplicação “mecanizada” de precedentes — claramente expressada no art. 489, § 1º, inciso VI —, já que tal prática empobrece a discussão ampla e necessária que reclama a aplicação do nosso direito, portador de situações complexas, antagônicas e pluralistas entre si.

Em acréscimo, vale salientar que o estudo se baseou em várias concepções oriundas da tradição jurídica do *common law*, porém não perdeu o foco das específicas necessidades do nosso ordenamento, que já é miscigenado com as tradições de *civil law* e *common law*.

Quanto ao método de científico utilizado no presente trabalho, convém consignar que preponderou o indutivo, uma vez que se deu ênfase à generalização das proposições científicas constatadas ao maior número de hipóteses concretas possíveis dentro do mundo fenomênico estudado.

Estas considerações bastam para que se avance no tema.

2 PREMISSAS TEÓRICAS

Antes de se enfrentar qualquer temática deste trabalho, é indispensável que se informe as premissas teóricas que embasaram todas as argumentações aqui lançadas.

A primeira delas é a interpretação do direito à luz do *neoconstitucionalismo* e *neopositivismo*. Ambas as correntes aludidas merecem destaque, pois transformam profundamente a maneira pela qual se pensa o direito.

O neoconstitucionalismo está ancorado na ideia de constitucionalização dos direitos. Segundo esta concepção, a Constituição Federal, como lei maior, rejeita uma função exclusivamente política, para assumir temas afetos ao direito infraconstitucional, espalhando seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, notadamente através dos direitos fundamentais, a fim de promover a unidade do direito e concretizar as normas que prevê em seu bojo. Rompe-se, pois, com a ideia de constituição estritamente política, e passa-se agora a interpretar todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição.

Sobre esse fenômeno assinala Eduardo Cambi:

[...] pode-se, pois, apontar como característica marcante do neoconstitucionalismo a onipresença da Constituição. Por detrás de uma regra legal, há uma norma constitucional que a confirme ou a contradiga. Isto porque as Constituições contemporâneas contêm denso conteúdo material, composto por valores, princípios, direitos fundamentais e diretrizes aos poderes públicos e aos entes particulares, sendo difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma resposta no texto constitucional e, em certas situações, até diferentes orientações (como, por exemplo, a proteção da propriedade individual e da função social da propriedade)¹.

O pluralismo constitucional invariavelmente implica a previsão de situações antagônicas, que apesar de parecerem aversivas entre si convivem de forma conjugada, porém conflituosa, a exemplo de: liberdade de informação e intimidade da vida privada. Considerando-se assim, torna-se indispensável o uso de modernas concepções sobre a teoria da norma, em suas três espécies fundamentais: princípios, regras e postulados normativos, notadamente nestes últimos, o postulado da ponderação e da concordância prática.

¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61.

O *neopositivismo*, ao seu turno, traduz a ideia de se relativizar a aplicação do método lógico-formal à ciência jurídica, cuja essência vem das ciências exatas. Tal assertiva implica o abandono ao legalismo puro, a exaustividade das previsões codificadas e a interpretação literal da lei.

À vista disso, não podemos pensar a norma tão somente como um texto de lei escrito e previsto objetivamente em diplomas, concretizando um método lógico-formal puro, mas sim, em essência, como o resultado da interpretação do texto, conjugado este com todo o ordenamento jurídico (integração da norma).

Nas palavras de Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado².

Entende-se dessa forma que a norma é resultado da interpretação e que esta pode ser composta por metade de um enunciado legal, ou até mesmo por vários deles, porquanto não se confunde com o texto do dispositivo legal.

De fato, a missão constitucional do Poder Judiciário não compreende somente declarar o que está na lei, uma vez que sem a interpretação não há norma e, portanto, não se chega à vontade concreta do ordenamento jurídico positivado. Noutras palavras, não se descobre o sentido da lei sem uma interpretação prévia.

Em virtude dessa evolução na concepção de norma, houve uma conseqüente evolução no papel das Cortes de Cassação, originadas e inspiradas na Revolução Francesa.

Outrora, as Cortes de Cassação tão somente verificavam se a sentença prolatada pelo juiz estava ou não de acordo com a expressa e fria letra da lei (*contravention expresse au texte de la loi* *), de forma que não se admitia mesmo qualquer interpretação do Judiciário acerca da produção normativa feita pelo Legislativo.

Para sanar dúvidas interpretativas era necessário consultar o Poder Legislativo a fim de desvendar sua vontade concreta quando da edição da lei.

² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 30.

* Expressão utilizada em MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Cit. p. 44-46.

Contudo, houve uma evolução no sentido constitucional das Cortes Supremas, de sorte que se concedeu a estas, além do poder de cassação, o poder de reforma e interpretação definitiva da vontade concreta da lei.

Como se sabe, é inerente a qualquer interpretação uma margem de divergência, ainda mais quando se considera que a hermenêutica depende de uma carga subjetiva individual do intérprete. Contudo, cabe às Cortes Supremas a função de dar a última palavra interpretativa em matéria de direito, seja constitucional (STF) ou federal (STJ), de modo que incumbe aos órgãos jurisdicionais de superposição a uniformização do direito pátrio que tutelam.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

Como já explicado, a prática do Tribunal de Cassação levou-o a cassar decisões em casos de “*fausse interprétation*” e de “*fausse application de la loi*”. O Tribunal, assim, ainda que diante da regra de que a cassação deveria pressupor “*contravention expresse au texte de la loi*” (art. 3, Decreto novembro-dezembro de 1790), passou a negar determinadas interpretações e, ao mesmo, tempo, a afirmar a interpretação correta da lei [...].

A história da Cassação demonstra que a passagem do requisito de “*contravention expresse au texte de la loi*” ao de “*fausse interprétation de la loi*” deu-lhe o poder de garantir a uniformidade da interpretação mediante a fixação daquela que revela o sentido *exato* da lei³.

Veja que a recompreensão da função das Supremas Cortes implica a adoção de um hígido sistema de precedentes, uma vez que não se pode garantir a consecução daquele estado ideal de coisas (sentido *exato* do direito e uniformização da jurisprudência) sem se seguir a lógica dos precedentes.

Como ressalta o doutrinador citado, os sistemas jurídicos de tradição do *civil law* certamente rejeitaram a lógica dos precedentes cultivada no *common law*, em virtude do temor que se tinha acerca da estagnação do desenvolvimento do direito e do autoritarismo que podia eclodir das Cortes de Superposição⁴.

De fato, quando se leva a regra do *stare decisis* (vinculação obrigatória aos precedentes) às últimas consequências pode-se chegar a um estado de ausência de progresso do direito, porquanto as teses firmadas como precedentes se perpetuariam no tempo.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. loc. cit. p. 44 e 68.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 54-61.

Todavia, tal assertiva é falsa, uma vez que a correta utilização do sistema de superação dos precedentes se destina justamente a permitir que o direito se desenvolva e que não haja autoritarismo por parte das Cortes Supremas.

A não adoção dum sistema saudável de precedentes é capaz de gerar uma instabilidade jurisprudencial enorme em nosso país, de modo que a segurança jurídica que deveria ser inerente às manifestações estatais, restou em muito prejudicada.

Esse impasse entre volatilidade demasiada da jurisprudência e estabilidade mínima de precedentes tomou conta do legislador do Novo Código de Processo Civil, de sorte que se positivou o dever de coesão e de estabilidade jurisprudencial de forma expressa no art. 926, NCPC.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra coletiva, comentando o dispositivo mencionado:

Razão de ser deste dispositivo:

Este dispositivo revela, de forma inequívoca, uma preocupação que esteve presente, como pano de fundo, em todos os momentos de elaboração do novo CPC. Esta preocupação diz respeito à extrema desuniformidade da jurisprudência brasileira, que ocorre mesmo em torno de temas extremamente relevantes, desuniformidade esta que compromete de maneira profunda e indesejável a previsibilidade e a segurança jurídica⁵.

Veja que o ponto de equilíbrio entre a jurisprudência “lotérica⁶” e o não desenvolvimento do direito está mesmo no estudo da superação.

De outro lado, deve-se ressaltar que a garantia de que não haja autoritarismo consiste no dever de fundamentação que se impõe tanto na aplicação (art. 489, § 1º, VI, NCPC), quanto na superação dos precedentes (art. 927, § 4º, NCPC).

Para resolver os embates normativos oriundos da superação, deve-se atribuir peso argumentativo em cada uma das proposições e teses confrontadas, de sorte que as lições de Alexy são fundamentais, *verbis*:

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição. MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**, Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.313.

⁶ THEODORO Jr., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83.

[...] não se pretende que decisões jurídicas sejam corretamente fundamentáveis de um modo absoluto, mas sim que seja possível, no contexto do respectivo ordenamento jurídico válido, fundamentá-las de forma correta, o que ocorre quando elas podem ser fundamentadas racionalmente, levando-se em consideração a lei, o precedente e a dogmática⁷.

Para arrematar este tópico, convém aludir, ainda, a lição do referido autor citado por Antonio Carlos Marcato:

Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; quem se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação⁸.

Desta lição se extrai que a superação, por implicar um afastamento do precedente, impõe uma carga argumentativa lógico-jurídica àquele que efetua a superação.

Sem um efetivo enfrentamento dos argumentos favoráveis e contrários à nova tese encampada na superação, admitir-se-ia uma instabilidade exagerada da jurisprudência pátria, uma vez que os Tribunais facilmente se afastariam dos seus precedentes, causando, portanto, prejuízo à prestação jurisdicional isonômica.

Não obstante, revela-se claro dizer que a ausência de um discurso jurídico primoroso, mediante o enfrentamento de todos os argumentos capazes de infirmar a nova tese proposta, prejudica em muito a legitimidade do precedente.

De outro lado, a argumentação jurídica atinente à superação deve envolver também a participação da sociedade, porquanto é natural que a decisão em debate atinja o modo de vida todos os cidadãos, principalmente em sede de precedentes vinculantes. Daí a necessidade de enfrentamento das proposições sociais acerca dos precedentes.

Posto isso, passa-se a estudar a formação e o conceito de precedente.

⁷ ALEXY. Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório TRAVESSONI, Alexandre. TRIVISONNO, Gomes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 197.

⁸ ALEXY. Robert. Apud MARCATO, Antonio Carlos. **Crise da Justiça e Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Brasileiro**. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2008. Disponível no acervo da Universidade, Código 20400061182.

3 DA FORMAÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E CONCEITO DE PRECEDENTE

Para os fins a que se destina este trabalho, revela-se essencial a compreensão do processo de formação do precedente, uma vez que, conforme se verá adiante, a superação da norma julgada está, muitas vezes, intimamente ligada aos vícios que permeiam a formação do precedente.

De fato, nossa legislação processual, ao prestigiar tão somente a forma pela qual podem eclodir precedentes (art. 927, NCPC, *e. g.*), deixou de estabelecer critérios e balizas precisas para se desenvolver e se extrair uma tese jurídica capaz de orientar casos futuros.

Uma breve constatação dessa timidez legislativa pode ser encontrada no art. 926 do Novo Código de Processo Civil, um dos únicos dispositivos do nosso ordenamento que trata expressamente da formulação do precedente.

Em virtude da valorização da forma (prestígio dos tipos de pronunciamentos que geram o precedente) em detrimento do conteúdo, podemos nos deparar com hipóteses de “precedentes” meramente formais, ou seja, aqueles que, embora legais e até “vinculantes”, desprovidos do verdadeiro conteúdo inerente a um precedente e insuficientes, portanto, para orientar um caso futuro.

Na medida em que se avançar no tema, constatar-se-á que tais “precedentes”, por serem deficientes na sua gênese, não contribuem com a pacificação da questão jurídica controvertida, de sorte que merecem ser mesmo extirpados do nosso ordenamento pela via da superação.

Fixadas tais premissas, convém detalhar a natureza jurídica e o conceito de precedente.

De início, deve-se salientar que o precedente nada mais é do que um desdobramento da decisão jurídica. Em realidade, constitui um fato jurídico em relação ao qual o legislador pode atribuir efeitos. Noutras palavras, trata-se de um efeito e de uma aptidão que a fundamentação do *decisum* tem para orientar casos futuros e idênticos.

A natureza jurídica do precedente (ato-fato jurídico) é bem explanada por Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, *verbis*:

O precedente é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse fato ocorrerá. Obviamente, o tratamento jurídico desse

fato variará conforme o respectivo direito positivo, que é um produto cultural. [...]

O precedente, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como um fato pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos *ex lege*. São, pois, efeitos anexos da decisão judicial⁹.

À luz da lição citada, significa dizer que a sentença, ao enfrentar todos os argumentos relacionados à questão discutida, chancela uma tese jurídica para a resolução do caso, que aliada a vários critérios persuasivos e vinculativos é capaz de orientar outros magistrados.

Dessa forma, percebe-se que se trata de uma dupla função que a sentença pode exercer, a saber: resolver o caso concreto e criar uma regra interpretativa para orientar casos futuros.

Sobre este específico desdobramento da decisão em duas atividades (uma para o presente e outra para o futuro), Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria ensinam com maestria:

É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (reconstrói), necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise¹⁰.

Deste entendimento também não discrepa Luiz Guilherme Marinoni:

Nesta dimensão fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina¹¹.

De fato, uma decisão apta a gerar um precedente é aquela que não se atém somente à resolução do caso concreto, porquanto se exige dela que se pronuncie com destaque sobre como se deve interpretar o direito diante daquelas

⁹ DIDIER Jr., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, Vol. 2. 10ª ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2015, p. 453

¹⁰ DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 442.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 p. 216.

circunstâncias fáticas postas em juízo. Noutras palavras, o magistrado julga uma questão de direito e forja uma tese jurídica universal apta a influenciar outros julgados.

Nesta perspectiva, é desejável que o precedente seja gerado a partir do enfrentamento de todos os argumentos relacionados àquela tese que se pretende encampar no *decisum*, de modo que a sua formação deve se dar de forma gradativa para que se considere o maior número de proposições possíveis acerca da questão jurídica posta em debate.

Da preciosa lição de Luiz Guilherme Marinoni se extrai o seguinte entendimento:

[...] para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos¹².

À guisa de exemplificação, cite-se a tese jurisprudencial acerca da exceção de pré-executividade. Esta específica tese — notória a todos— foi construída mediante a conjugação de vários precedentes, por intermédio dos quais se enfrentou e se assentou não somente a sua admissibilidade como meio de defesa em processo de execução, mas também o seu cabimento, provas permitidas, legitimidade, entre outros fatores práticos construídos à luz de cada caso concreto enfrentado pelo Judiciário.

Por essas razões, firmou-se a tese como um precedente sólido e com grande autoridade em nosso ordenamento, já que trazia em si todos os contornos universais a serem aplicados nos casos futuros.

Atento a esta especial necessidade (enfrentamento exaustivo do tema por meio de vários casos), o legislador positivou a regra dos § 1º e § 5º do art. 1.036 do Novo Código de Processo Civil¹³, para o caso de julgamento de recursos

¹² MARINONI. Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. op. cit., p. 216.

¹³ Art. 1.036 [...] § 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

repetitivos, através da qual poderá o tribunal escolher mais de uma causa representativa da controvérsia, otimizando, assim a futura formação do precedente.

Não obstante, revela-se de suma importância, também, escolher o caso que mais traz detalhes fáticos e argumentativos acerca da tese em debate, conforme preconiza o § 6º do art. 1.036 do Novo Código de Processo Civil¹⁴.

Esta causa que melhor representa a discussão da tese é denominada por Antonio do Passo Cabral de **Causa Piloto**, porquanto guiará o julgamento das que lhe são posteriores e semelhantes¹⁵.

De fato, a formação deficiente de um precedente que não enfrentou todos os argumentos acerca daquela tese jurídica encampada pelo judiciário, pode ser um precedente de fácil superação, uma vez que os argumentos relegados pelo *decisum* podem colocar em xeque a sua própria credibilidade em momento posterior. Daí a maior probabilidade de superação.

Em suma, a decisão (ou decisões) somente poderá atingir o *status* de precedente a partir do momento em que desenha de forma cristalina a tese por ela encampada, ou seja, após enfrentar todas as especificidades e argumentos capazes de infirmar a conclusão jurídica que envolve o debate.

Não se pode pensar em um precedente desprovido de confronto argumentativo com as teses (principalmente doutrinárias) favoráveis e contrárias à sua formação, sob pena de autoritarismo judiciário — indesejável num estado democrático de direito.

Além disso, também não se pode conceber que precedentes se formem à margem da opinião pública, a qual deve ser considerada em sua máxima pluralidade no momento da formação da decisão.

Trata-se, neste específico ponto, dos influxos do princípio da democracia no processo civil. Sobre o tema leciona com precisão Rosemiro Pereira Leal:

É preciso destruir o fetiche do Estado de Justiça que está a emperrar a transição para a pós-modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema

¹⁴ Art. 1.036 [...] § 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **A escolha da Causa-Piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos**, in Revista de Processo Civil ano 39, vol. 231, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 202-223.

democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização de direitos fundamentais¹⁶.

Considerando que o precedente é uma norma*, não se pode cogitar que seja formado em descompasso com a realidade social. Ademais, tal cuidado é expressamente ditado aos magistrados quando da eventual superação do precedente, *ex vi* do artigo 927, § 2º, NCPC¹⁷.

Sobre este particular aspecto, Cássio Scarpinella Bueno enfatiza a necessidade de contribuição da sociedade na formação da jurisprudência, porquanto o papel do magistrado em nosso Estado Democrático de direito, mais do que nunca, pode influenciar toda a sociedade.

Nesta perspectiva preconiza, inclusive, a intervenção da figura do *Amicus Curiae** na formação do precedente, porquanto útil neste diálogo entre o judiciário e a sociedade. Em suas palavras:

Não se trata apenas da necessidade de acentuar a prática e o aprimoramento de uma democracia *substancial*, que constitui uma democracia meramente *formal*. Trata-se de verdadeira questão de legitimidade do sistema jurídico com um todo. [...] Nessas condições, a figura do *amicus curiae* parece-nos uma forma — dentre outras tantas em que se poderia pensar — de favorecer esse necessário e inadiável diálogo. Mais ainda quando, em forma crescente, as decisões judiciais, mormente, mas não exclusivamente, as derivadas dos tribunais superiores, tendem a vincular as instâncias inferiores, a administração pública e, conseqüentemente, toda a sociedade civil¹⁸.

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002, p. 30.

* Neste sentido, confira DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 451-452.

¹⁷ § 2º: “A alteração da 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”.

* Para o autor o *amicus curiae* é uma figura jurídica própria pela qual se pode intervir no bojo do processo, mediante um certo interesse institucional no assunto debatido. Não se confunde com as modalidades de intervenção de terceiros, embora se assemelhe em muito à algumas (v. g. assistência). Daí a sua proposta de um regime jurídico próprio a esta específica figura, *verbis*: “elegemos como paradigmas de exame o Ministério público, quando atua na qualidade de custos legis, o perito e o assistente. [...] Nossa intenção não foi apenas “comparar” ou “equiparar” uma figura à outra. Pretendemos, mais do que isso, identificar em que condições tal comparação ou equiparação poderia ser útil para identificar “o que é”, “quem é” e “o que faz” um *amicus curiae*. Aqui, porquanto, nosso objetivo principal é diferenciar o *amicus curiae* de outros sujeitos que atuem a qualquer título no processo, reconhecendo-lhe uma *função processual própria*, sua e, conseqüentemente, um regime jurídico próprio, seu. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3 e 4.

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit. p. 67-68.

Bem vistas as coisas, pode se dizer que o precedente como instrumento de interpretação do direito pelo Judiciário deve garantir a consecução da democracia substancial, uma vez que tal estado ideal de coisas é perseguido por nossa Constituição Federal, *ex vi* do art. 1º, CF.

Em realidade, a incongruência social do precedente, seja concomitante à sua formação ou superveniente a ela, rende ensejo às técnicas de superação a serem estudadas, uma vez que a interpretação da norma aplicável ao caso concreto (que será a tese para julgamentos futuros) reclama a utilização de critérios teleológicos, históricos e culturais, sem os quais o “precedente” estaria fadado ao descompasso com a realidade social, o que com certeza reclama a substituição da tese incoerente por outra de melhor valor moral e jurídico.

Arrematando o estágio inicial, pode-se dizer, então, que o conceito de precedente se confunde com a tese universal proposta no *decisum*, elaborada mediante discussão intensa e com o contraditório de toda a sociedade.

Entretanto, deve-se perquirir qual é a parte da fundamentação jurídica que está apta a gerar os efeitos almejados em sede de precedentes, porquanto nem toda a porção do julgado gerará os efeitos inerentes aos precedentes.

A questão ganha relevo quando se cogita na hipótese de precedentes vinculantes (*stare decisis* ou *binding effects*), porquanto, especialmente em relação a estes, os magistrados deverão basear suas decisões diante de casos análogos e, conseqüentemente, os cidadãos deverão pautar seus comportamentos.

Neste sentido, revela-se indispensável perquirir qual é a porção do julgado que está apta a orientar os casos futuros. Noutras palavras, individualizar a parte da decisão que gera o precedente é fundamental.

Frise-se desde já que a incorreta extração e interpretação do precedente contido em um *decisum* pode conduzir, como se verá mais adiante, a uma das formas de superação de entendimento acerca da aplicação do precedente, qual seja, o *distinguishing*, em sua faceta superação.

Pois bem, lecionando sobre o tema, José Rogério Cruz e Tucci assinala que “o predicado formal de *precedente* é atribuído apenas à *ratio decidendi*¹⁹”.

¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 305-306.

Continuando a lição, o mestre aludido ensina que:

Todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório²⁰.

Dentro de um pronunciamento judicial, é necessário, portanto, separar os argumentos principais utilizados para sustentar a tutela jurisdicional concedida, daqueles argumentos laterais utilizados meramente com o intuito de reforçar a tese principal.

Relativamente a esta divisão que se deve estabelecer entre argumentos principais e argumentos laterais — estes não podem constituir a tese do precedente — a doutrina trava intenso debate, haja vista que, em muitos casos, a linha que separa os aludidos argumentos se revela muito tênue.

À porção do julgado que sustenta a solução aplicada ao caso (procedência ou improcedência; provimento ou não provimento de um recurso, *v. g.*) e que delinea a tese jurídica nova, dá-se o nome de *ratio decidendi* — ou *holding* no direito norte americano.

Em contrapartida, àqueles argumentos de passagem contidos na decisão que somente servem de apoio à tese principal, dá-se o nome de *obiter dictum*.

A *ratio decidendi* consiste nas razões de decidir que o magistrado teceu para solucionar aquele caso concreto e, bem por isso, consiste na conclusão jurídica que o órgão julgador chegou ao interpretar a norma diante das circunstâncias fáticas que lhe foram apresentadas.

Explicando-se de outra forma, consiste no raciocínio e nos motivos necessários e suficientes que o magistrado precisa fazer para conceder ou não o provimento jurisdicional aspirado pelas partes.

Saliente-se que estes dois fatores que caracterizam a *ratio decidendi* — *suficiência e necessidade* — são importantíssimos*. Quando o magistrado se debruça sobre o caso concreto, ele deve efetuar, antes de decidir, um raciocínio

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. *op. cit.* p. 12.

* Sobre estes critérios, vide MARINONI, Luiz Guilherme. *In Precedentes Obrigatórios*. *loc. cit.*, p. 239.

lógico e jurídico que, além de ser necessário, é suficiente para embasar sua decisão sobre o caso.

Significa dizer que a *ratio decidendi* é a tese específica de interpretação normativa que se liga de forma inseparável ao dispositivo da sentença. Ou seja, é a tese principal que dá suporte ao dispositivo em termos de fundamentação.

Daí que os argumentos que não se ligam especificamente ao caso concreto debatido — os ditos argumentos de passagem — constituem tão somente *obiter dictum*, porquanto não sustentam, por si só, o provimento jurisdicional concedido.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a *ratio decidendi* constitui os motivos determinantes da decisão, *verbis*:

Motivo determinante, assim, é o motivo que, considerado na fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial, ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*²¹.

Deste entendimento também não discrepam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria, para os quais:

A *ratio decidendi* - ou, para os norte-americanos, a *holding* - são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi²².

Numa lição mais analítica e, interpretando a *ratio* de forma conjugada com outros elementos do *decisum*, José Rogério Cruz e Tucci chega à seguinte conclusão:

A *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). [...] Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgement*)²³.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. loc. cit. p. 293.

²² DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 442.

²³ TUCCI, José Rogério Cruz. loc. cit. p. 175.

O *obter dictum*, por seu turno, é alcançado por meio de exclusão. Trata-se daqueles argumentos que não constituem o motivo determinante pelo qual o magistrado deu aquela ou esta decisão sobre o caso concreto. Significa dizer, não foi o passo necessário e suficiente para a conclusão jurídica tomada na demanda.

Sobre o conceito de *obter dictum* (ou *obter dicta*, somente) preconiza Daniel Mitidiero:

Existem várias *proposições que não são necessárias para solução* de qualquer questão do caso. Nessa hipótese, todo esse material judicial deve ser qualificado como *obter dictum* — literalmente, dito de passagem, pelo caminho (*saying e by the way*). *Obter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão *sem referência ao caso* ou que *concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para a sua solução*²⁴.

Embora pareça fácil tal distinção, muitas vezes poderemos nos deparar com argumentos laterais que compõem o conjunto argumentativo central do magistrado, mas que, contudo, não se prendem especificamente ao dispositivo da sentença em espécie.

Nesse caso, conquanto pareça bem convincente a explanação e se destine também a reforçar a tese, não se deve atribuir a qualidade de precedente a esta passagem. Caso contrário, estar-se-ia atribuindo força persuasiva ou vinculante a um precedente “oco”, o que, facilmente ensejaria uma superação.

A despeito de situações mais complexas, percebe-se nitidamente a ocorrência de *obter dictum* quando o tribunal de forma espontânea manifesta seu entendimento sobre questão não debatida nos autos. Esta tese, sem qualquer provocação anterior no caso (ou seja, não compõe a causa de pedir), não pode constituir precedente, e, portanto, não poderá embasar decisões futuras, uma vez que o tribunal estaria agindo de ofício.

Tal vedação está intimamente ligada ao princípio dispositivo que norteia a atividade jurisdicional. Ademais, há expressa vedação no artigo 926, § 2º do Novo Código de Processo Civil²⁵ desta prática quando da elaboração do enunciado de Súmulas.

²⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro** in Revista de Processo Civil, vol. 245. Ano 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 344.

²⁵ Art. 926, § 2º, NCCP: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem se ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Conquanto tenha havido omissão legislativa e previsão expressa somente quanto ao enunciado de súmula, a vedação deve se estender às demais espécies de precedentes, uma vez que não se pode atribuir efeitos persuasivos ou vinculantes a uma porção do julgado que definitivamente não constitui o precedente.

Veja que, a utilização de um *obter dictum* como precedente — fato não incomum — deve ser eliminada do nosso ordenamento por meio da superação, haja vista o seu despropósito como tese jurídica universal de interpretação do direito.

Todavia, não se deve olvidar que o *obter dictum* não é totalmente inútil.

De fato, o Novo Código de Processo Civil estabelece um contraditório dinâmico na construção da decisão judicial, o que decorre, em certa medida, do princípio da cooperação entre os sujeitos processuais, *ex vi* do art. 6º, NCPC.

A participação de toda a comunidade jurídica na formação precedente e, muito mais na superação, não deve excluir as importantes considerações que os magistrados das instâncias inferiores têm a fazer acerca da qualidade ou não da tese firmada no precedente.

Tais proposições podem ser realizadas por magistrados de instâncias inferiores através do *obter dictum*. Dessa forma, não seria incorreto que numa consideração de passagem e pertinente ao caso, o magistrado tecesse considerações críticas a determinado precedente do STJ, por exemplo.

Neste caso, o *obter dictum* produzido pelos membros do Judiciário poderiam auxiliar para tomar medida da autoridade, qualidade e prestígio que o precedente encontra nas instâncias inferiores, o que, sem dúvida alguma, influência em muito para se desvendar se o precedente está desgastado ou não em termos de superação.

Daí a importância que o *obter dictum* pode assumir em nosso ordenamento.

3.1. Dos métodos de extração da *ratio decidendi*

De tudo aquilo que já se expôs, pode-se constatar que a atividade do operador do direito ao buscar a aplicação de precedentes consiste em duas etapas, são elas: determinar se o caso paradigma se assemelha em termos de circunstâncias fáticas ao caso em análise e, num segundo momento, extrair o exato contorno da tese jurídica firmada no precedente (*ratio decidendi*).

Considerando que o precedente repousa especificamente nos motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi* ou *holding*), deve-se estudar as técnicas pelas quais se pode extrair o precedente do pronunciamento judicial.

Noutras palavras, é indispensável conhecer os métodos de separação entre os argumentos laterais e argumentos principais desenvolvidos pela doutrina.

Ressalte-se, desde logo, que a incorreta extração de um “pseudo precedente” constitui erro grave que prejudica a higidez do sistema processual civil, de sorte que pode ser fácil e necessariamente passível de uma superação, cujas técnicas serão estudadas mais adiante. Aliás, a exclusão de precedentes “falsos” (ocos) do nosso ordenamento jurídico é de um todo recomendável e possível, como já mencionado anteriormente.

Veja que as técnicas de interpretação do precedente, a seguir expostas, ganham relevo quando se constata que, muitas vezes, os tribunais não se preocupam em separar especificamente as teses que formarão o precedente ou não. Aliás, tal prática é comum em nosso ordenamento, tradicionalmente baseado no *civil law*.

De fato, como se disse anteriormente, o precedente é um desdobramento natural do *decisum*, podendo ser qualificado como um efeito anexo da sentença, cuja existência pode escapar até mesmo da vontade daquele que formulou a tese jurídica*.

Nesta perspectiva, percebe-se de forma clara que os magistrados não têm o dever de separar de forma cristalina as teses (ou motivos) que entendem determinantes ou não para a resolução do caso apreciado, já que o precedente pode ser formado sem que ele sequer perceba. Daí a dificuldade e a complexidade que permeia o tema.

Embora a prática comum seja a não separação das teses que formaram o precedente, tal cuidado não se dispensa, inclusive à luz da segurança jurídica, em sua específica faceta da *cognoscibilidade**, porquanto se mostra essencial que qualquer exegeta possa extrair a norma de conduta do texto, como

* Vide DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 9º ed. Salvador, BA: Editora Juspodivum, 2013, p. 453.

* Sobre isto, vide ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250.

será abordado mais à frente. Daí a necessidade de se delinear o precedente de forma mais clara em nosso ordenamento jurídico.

Com a incorporação e a fortificação dos precedentes em nosso ordenamento, o papel do magistrado ganha uma especial missão.

Espera-se do Judiciário a pacificação das incertezas do direito, como garantia de segurança jurídica e coesão do sistema, de sorte que ao solucionar um caso específico, o magistrado deve levar em conta a repercussão que a sua tese tende a gerar para os casos vindouros. Noutras palavras, a consciência de que os motivos determinantes podem guiar inúmeros outros casos deve ser mais bem trabalhada, principalmente no âmbito das Cortes Superiores, formadoras de precedentes por excelência.

Daí a necessidade de se separar, sempre que possível, o argumento interpretativo do direito que se pretende universalizar por meio do precedente daquelas questões meramente retóricas (*obiter dictum*). A intenção do Judiciário deve ser clara, porquanto não se pode pensar somente na resolução daquele caso específico posto em análise.

Este novo desenho do papel jurisdicional das Cortes Superiores pode ser facilmente constatado com o fenômeno da *objetivação dos recursos* extraordinários e especial dirigidos, respectivamente, ao STF e STJ, o que ocorreu em larga escala no âmbito do controle difuso de constitucionalidade que realiza o Supremo, notadamente com a exigência de repercussão geral.

Em realidade, a utilização dos precedentes reclama mesmo um prestígio maior pela *dessubjetivação* da demanda, seja ela no plano constitucional (STF) ou infraconstitucional (STJ), acerca do que leciona Tiago Asfor Rocha Lima:

Isso promoveu o que costumeiramente se convencionou denominar objetivação do recurso extraordinário, fenômeno fortalecido com a “súmula vinculante”, com a “repercussão geral das questões constitucionais” no âmbito do recurso extraordinário [...] A dessubjetivação do controle de caráter *incidenter tantum*, portanto, caracteriza-se pela ideia de que as decisões da Suprema Corte devem produzir efeitos não apenas *interparts*, mas sim *ultra parts*²⁶.

Bem vistas as coisas, impõe-se um maior cuidado na fundamentação do *decisum* proferido pelas cortes superiores, tendo em vista que, na maioria dos

²⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 231.

casos, suas decisões se destinarão a uniformizar o direito, mesmo que também se destinem simplesmente a resolver o caso apresentado. Significa dizer que haverá uma dupla projeção da tese apresentada para um único caso, a saber: uma de ordem *individual* e outra de ordem *coletiva* (tese abstrata e universal contida no *decisum*).

Em realidade, tem-se o que a doutrina chama de ***causa piloto***, através da qual surge uma tese para a resolução de inúmeras outras causas semelhantes²⁷.

Luiz Guilherme Marinoni deixa clara esta especial atenção que os magistrados têm que prestar, inclusive com a participação das partes, *verbis*:

Como já dito, é altamente conveniente que a Corte Suprema, ao julgar, declare o que entende ser a *ratio decidendi*. Isso porque ninguém pode estar em melhor condição do que o colegiado, diante da viva presença das discussões travadas, para delinear-las. Lembre-se que o colegiado, ao definir a *ratio decidendi*, está na fase de proclamação do resultado, ou seja, numa fase aberta ao diálogo entre os julgadores e os advogados²⁸.

Tendo em vista tais dificuldades de identificação do precedente, como já noticiado, a doutrina, principalmente dos países filiados à tradição jurídica do *common law*, passa, então, a desenvolver métodos específicos para se extrair a *ratio decidendi* contida na decisão e, assim, individualizar o precedente.

Conforme leciona Tiago Asfor Rocha Lima, a doutrina basicamente dividiu-se em três correntes de pensamento²⁹. Todavia, duas delas merecem mais destaque.

A primeira delas é capitaneada por Wambaugh e consiste numa ideia de inversão do sentido da proposição constante no julgado. Por este teste, o operador do direito deveria inverter a afirmação da tese analisada e verificar, a partir daí, se a conclusão estampada no dispositivo da sentença seria alterada.

Em caso positivo, esta tese estaria apta a compor a *ratio decidendi*, uma vez que sem ela a decisão não se daria como foi. Por outro lado, caso a total inversão do sentido do argumento apresentado não tenha o condão de alterar o resultado do julgamento, estaríamos diante de um *obiter dictum* (argumento de

²⁷ THEODORO Jr., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. loc. cit. p. 83.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas, precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 131.

²⁹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. loc. cit. p. 178-180.

passagem), uma vez que totalmente desnecessário à sustentação do dispositivo estampado na sentença.

Tal método, embora tenha sido largamente utilizado nos Estados Unidos, não se revela suficiente para a precisa identificação da *ratio decidendi*, uma vez que é falho em caso de pluralidade de *rationes*.

É que para se chegar a uma mesma conclusão jurídica, o magistrado ou o órgão colegiado, pode lançar mão de um ou até de vários raciocínios jurídicos intimamente ligados à conclusão do caso, os quais de forma conjunta podem compor os motivos determinantes da decisão — *ratio decidendi alternativa*.

Neste caso, o método pode render ensejo a exclusão de somente uma das *rationes* utilizadas pelo magistrado, vez que com o seu desaparecimento as outras poderiam se manter intactas e embasar o julgamento de forma suficiente.

Neste sentido, explica Marinoni:

O teste de Wambaugh— bastante próximo ao de Vaughan C.J., formulado no século XVII —é apontado como falho pela doutrina contemporânea do *common law*. A principal razão para tanto advém da situação de que a Corte baseia sua decisão em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma solução. Quando o significado de um dos fundamentos é invertido, o outro fundamento é suficiente para preservar a decisão ou para impedir a alteração da conclusão. Assim, o teste de Wambaugh, no sentido de que a inversão da proposição faria com que o caso fosse decidido de outra forma, não vale quando o caso se baseia em dois fundamentos que, isoladamente, podem conduzir à mesma solução³⁰.

De fato, este método pode excluir um dos raciocínios interpretativos do direito efetuados pela Corte em detrimento de outros, o que não se espera de um sistema hígido de precedentes, já que o aludido teste permitiria ao intérprete excluir do precedente um entendimento válido externado pelos magistrados acerca de determinada questão de direito.

Daí que este método pode deturpar o verdadeiro entendimento da Corte de precedentes.

O segundo método, proposto principalmente por Goodhart, preconiza que a identificação da *ratio decidendi* se dê mediante a constatação dos fatos considerados pelo magistrado ao proferir a decisão. Neste sentido, há uma divisão entre fatos jurídicos materiais — ou substanciais (*material facts*) — e fatos jurídicos não materiais considerados pelo magistrado.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. loc. cit. p. 224-225.

De acordo com este teste, somente as teses relacionadas aos fatos materiais escolhidos pelo magistrado comporiam a *ratio decidendi*.

Exemplo disso foi fornecido por Goodhart no caso *Rylands vs. Fletcher*, em que Fletcher contratou um empreiteiro para construir um reservatório de água em sua propriedade rural. Na construção do aludido reservatório houve negligência do empreiteiro e a água armazenada vazou e inundou a plantação do vizinho.

A despeito dos fatos fornecidos (existência do reservatório na propriedade do réu; contrato existente entre o demandado e o construtor; negligência na execução da obra pelo empreiteiro) foram considerados materiais: o réu tinha um reservatório e a água escoou de forma irregular para o prédio vizinho, porquanto se firmou de forma definitiva que diante daquelas circunstâncias fáticas haveria responsabilidade objetiva (“*absolute liability*”)³¹.

A tese atinente à responsabilidade objetiva diante daquela categoria fática constitui a *ratio decidendi*.

Embora este teste proposto por Goodhart seja o mais utilizado no *common law*, nosso sistema baseado predominantemente no *civil law* (tradição romano germânica) reclama algumas especificidades.

Em realidade, não há um esforço argumentativo intenso com relação à interpretação da lei no *common law*, razão pela qual os fatos levados em consideração para condenar ou não o réu são tão importantes.

Considerando que o nosso Judiciário visa dar sentido ao direito (principalmente as Cortes Superiores) mediante a interpretação do direito, deve-se dar atenção especial aos argumentos de cunho universal propostos na sentença ou acórdão, uma vez que podem, indubitavelmente, orientar casos futuros, tanto vinculando como persuadindo os magistrados a interpretarem o direito daquela forma proposta.

Ademais, a exata adequação dos fatos do caso paradigma aos julgados futuros restringiria em muito o âmbito de aplicação dos precedentes, de sorte que a missão constitucional de uniformização e interpretação última do direito — imposta ao STF e STJ — estaria fadada ao fracasso diante das especificidades que permeiam cada caso concreto enfrentado pelo Judiciário.

³¹ Está em MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. loc. cit. p. 226-227.

3.2 Da formação e da extração da *ratio decidendi* no caso de julgamento colegiado: a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni

Por inspirações da Revolução Francesa e dos ideais iluministas, sempre se achou que o papel do juiz no Estado Democrático de Direito fosse tão somente aplicar a lei ao caso concreto. Nesta perspectiva, cunhou-se a expressão de que o juiz nada mais é do que a “boca da lei” (*bouchede de la loi*)³². Tal limitação da atividade jurisdicional se dava por temor de usurpação das funções do Poder Legislativo.

Todavia, com a evolução do constitucionalismo e da teoria da norma, a atividade do juiz não se restringe mais somente à subsunção do caso concreto à lei. Em realidade, somente se chega à norma quando o intérprete desvenda o sentido do texto contido na lei. Daí a separação do texto e da norma, como já dito.

As antigas Cortes de Cassação do modelo francês evoluíram, então, para Cortes de Interpretação do direito. Significa dizer que a Cortes Supremas assumem duas funções básicas, a saber: reformar as sentenças que colidem com a vontade da lei e, num segundo passo, dar a última palavra em termos de interpretação correta do direito vigente, pacificando, assim as divergências.

É intuitivo que a autoridade das Cortes Supremas (principalmente a pacificação da divergência) reclama a utilização de um sistema de precedentes hígido, de modo que a consecução desta missão de índole constitucional está intimamente atrelada aos precedentes, tal como já se expôs.

Sob o enfoque das Cortes Supremas (STF, plano constitucional e STJ, plano infraconstitucional), passa-se a estudar qual é a melhor maneira de se formar precedentes, para evitar os chamados (por nós) falsos precedentes.

Ressalte-se desde logo que a aplicação de um falso precedente, ou seja, aquele que não espelha o entendimento da Corte pode e necessariamente deve ser superado.

Um dos princípios que permeia o julgamento nas Cortes Superiores é a colegialidade. A voz uníssona da corte, cuja composição se dá por diversos magistrados, é essencial para a implementação da uniformização do direito.

³² MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. loc. cit. p. 26.

A despeito das recorrentes formas de julgamento monocrático e da ampliação dos poderes do relator nos tribunais brasileiros, deve-se entender, desde já, que os precedentes somente devem ser formados quando refletir a vontade dos julgadores em maioria.

Dessa forma, não há como se conceber a formação de um precedente a partir de um julgamento monocrático. O precedente deve ser formado, por fundamento majoritário de no mínimo um dos órgãos fracionários colegiados do tribunal em espécie, *v. g.* corte especial, turmas e etc.

Conquanto a decisão judicial monocrática seja possível, o relator não tem condições de demonstrar o entendimento dos demais julgadores acerca de uma circunstância fática nova posta em juízo. Por isso, filiamo-nos à posição de Cassio Scarpinella Bueno, para quem, o relator, ao julgar o processo monocraticamente, tão somente antecipa a vontade preexistente da Corte, julgando, *v. g.*, com base em súmula ou outro precedente já consolidado, razão pela qual, a mera aplicação de um precedente não constitui um outro precedente.

Nas palavras de Cassio Scarpinella:

Todo princípio aceita, em nome de outros que lhe são contrários, mitigações. [...]

É esta a razão pela qual este *Curso* insiste no entendimento de que a decisão monocrática no âmbito dos Tribunais deve ser compreendida como *técnica de antecipação procedimental* do julgamento colegiado por um de seus membros, que o representa, isto é, age em nome dele, diante de uma específica autorização legislativa³³.

Daí que a existência de um “precedente” formado a partir do entendimento único e exclusivo do relator merece ser revogado pelas técnicas de superação mais adiante expostas, porquanto sua decisão não ultrapassa a esfera da mera antecipação procedimental, restringido-se o mérito a específicas hipóteses legislativas (art. 932, NCPC e art. 527, CPC/73)*.

³³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

* Art. 932. Incumbe ao relator [...] III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do

Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Flávio Quinaud e Alexandre Melo denunciam que há uma *pseudocolegialidade* em nosso ordenamento, através do que se formam súmulas desprovidas de correspondência com o entendimento majoritário da corte. Nas palavras dos autores:

A absorção efetiva e normativa do contraditório como garantia de influência e não surpresa também gera um impacto relevante na formação e aplicação do Direito jurisprudencial [...] Partindo dessa percepção, vislumbra-se que a aplicação do princípio não se resumiria à formação das decisões unipessoais (monocráticas), mas ganharia maior destaque na prolação das decisões colegiadas, com a necessária promoção de uma redefinição do modo de funcionamento dos tribunais. Todo esse movimento merece muita atenção e cuidado quando se percebe que tal uso dos precedentes ainda desafia várias intempéries, como a da aqui nominada “pseudocolegialidade”³⁴.

Fixadas tais premissas, passa-se a analisar a formação do precedente nos acórdãos proferidos pelas Cortes Supremas à luz da colegialidade.

Considerando a evolução da jurisdição das antigas Cortes de Cassação, cujo fim era tão somente reformar um julgado, é necessário que os magistrados, ao julgarem, não se atenham somente à decisão recurso, ou mais precisamente, com o resultado do julgamento. Desvenda-se aqui uma nova função do órgão colegiado, qual seja: a de decidir o fundamento pelo que se nega ou se dará provimento ao recurso.

Nosso sistema prestigia mais o resultado da decisão do recurso do que o fundamento encartado no acórdão, todavia tal prática não se coaduna com a função moderna das Cortes. Talvez, tal incongruência se dê pelas razões culturais e históricas que se tem em relação à função das Cortes Supremas, consistente na mera reforma da sentença que viola dispositivo constitucional ou infraconstitucional.

Tanto é assim que o nosso sistema permite que cada um dos componentes do órgão fracionário desenvolva raciocínios jurídicos distintos e cheguem à mesma conclusão jurídica acerca de um mesmo caso.

Conquanto não seja incorreto de um todo, não se recomenda que os pares de um órgão jurisdicional colegiado sequer se manifestem quanto à adesão ou

Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; [...].

³⁴ THEODORO Jr., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. loc. cit. p. 82.

não do fundamento exposto um pelos outros. Do contrário, teríamos a indesejável ausência de um precedente quando o colegiado profere cinco distintas *rationes* dando provimento a um recurso. A tal decisão, Marinoni atribui a denominação de Plural.

Para ilustrar, poderíamos pensar numa turma composta de cinco ministros que analisam um recurso cujo fundamento é a violação das normas x e y. Três ministros podem entender que houve violação à norma x, e, para tanto suscitam três diferentes raciocínios jurídicos acerca do direito, dando provimento ao recurso, enquanto que os outros dois entendem que houve violação à norma y e, fundamentam com teses diversas sobre a violação desta norma. Veja que, a despeito de estarmos de um provimento unânime de recurso, inexistente *ratio decidendi* comum no caso concreto, e, portanto, não há precedente à luz da colegialidade.

Neste sentido, eis as palavras do notável jurista:

Decisão plural é uma decisão majoritária que contém em si duas *rationes* ou fundamentos determinantes, sem com que qualquer deles esteja amparado pela maioria do colegiado. Em outras palavras, uma decisão plural é majoritária quanto ao *resultado*, mas incapaz de gerar *ratio decidendi*, na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria³⁵.

Veja que, muito embora haja um sinal positivo de provimento do recurso, inclusive unânime, não estamos diante de um legítimo precedente, pois a corte não exarou conclusão alguma acerca de determinada tese de direito. De fato, somente quando se depara com *rationes* convergentes entre si, de *forma majoritária*, encontramos um precedente, porquanto somente a partir daí o colegiado chegaria a uma conclusão sobre a interpretação do direito.

Reverbera-se aqui a exata correlação do tema com a superação de precedentes, uma vez que diversos operadores do direito tentam aplicar falsos “precedentes” fundados em *decisões plurais*, o que é digno de rejeição para que se corrija a reiterada aplicação errônea da tese não sustentada pela maioria.

Bem vistas as coisas, a decisão plural torna o “precedente” controverso perante a comunidade jurídica, uma vez que revela um dissenso da corte quanto a *ratio decidendi* correta a ser aplicada. Sem voz uníssona, a autoridade do

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas, precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC**. loc. cit. p. 39.

precedente se revela fraca, tornando, pois, vulnerável a sustentação da tese firmada no *decisum*.

Considerando as possibilidades a expostas, Luiz Guilherme Marinoni propõe a seguinte classificação quanto às *rationes* e os resultados encontrados nas decisões de recurso proferidas pelas Cortes Supremas: decisão plural, decisão por maioria, fundamento majoritário, fundamento concorrente e fundamento dissidente³⁶.

Na decisão plural podemos encontrar o provimento ou não do recurso, porém sempre vamos nos deparar com pluralidade de *rationes*, ou seja, com fundamentos absolutamente distintos, enquanto que na decisão por maioria poderemos encontrar o provimento do recurso com ou um fundamento majoritário (hipótese que gera precedente), concorrente ou dissidente.

A diferença principal é que na decisão por maioria que nega ou dá provimento ao recurso, os pares consideram as *rationes* uns dos outros para deliberarem se concordam ou não com uma proposição única em termos de precedente, ao passo que na decisão plural, de forma incoerente, os magistrados percorrem caminhos distintos e sequer se manifestam quanto à formação de um possível precedente, e, portanto, não há a conciliação das *rationes*.

Neste sentido, podemos constatar que somente na decisão majoritária com fundamento majoritário, há um consenso expresso ou tácito da maioria quanto à *ratio decidendi* pela qual se dá provimento ou não recurso. Significa dizer, nesta específica hipótese os magistrados, considerando as proposições dos seus pares, convergem no entendimento da *ratio decidendi* a ser aplicada ao caso concreto, gerando, portanto, precedente. Daí que esta hipótese revela o ideal de uma Corte.

Em contraste, o fundamento concorrente da decisão por maioria revela que os magistrados, conscientemente, propõem *rationes* distintas entre si, visando cada qual que prevaleça seu entendimento para a formação de um possível precedente, sem, contudo, manifestarem-se sobre o acerto ou o equívoco da *ratio decidendi* do seu colega, ou seja, não atacam diretamente o fundamento uns dos outros. Noutras palavras, os julgadores concorrem para a prevalência da sua própria *ratio* sem discordar expressamente dos seus colegas, hipótese que não gera precedente.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas, precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC**. loc. cit. p. 39-41.

Por fim, o fundamento dissidente consiste na hipótese de uma decisão conter fundamentos distintos e concorrentes, mas que, porém, traz uma manifestação expressa e específica acerca do erro ou acerto da *ratio* usada pelos magistrados. Nesse sentido, não se trata somente do voto divergente, porquanto tem um intuito maior: discordar e demonstrar expressamente o erro do fundamento do colega, não gerando, obviamente, precedente.

Veja que o fundamento dissidente revela-se útil quando o magistrado deseja impedir a formação de um precedente. Aliás, tal hipótese não é de um todo incorreta, porquanto pode haver a intenção de que o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da tese ainda “amadureça”, e, portanto, a formação do precedente fica relegada*.

À vista disto, Marinoni propõe que a decisão de um recurso conte com uma votação separada do fundamento que constitui a *ratio decidendi*, para fomentar com isso o maior número de formação de precedentes nas Cortes Supremas, em detrimento das decisões plurais.

Nas palavras do precitado doutrinador:

O colegiado, diante de uma ação rescisória ou de um recurso, deve votar em separado cada um dos pedidos e causa de pedir, assim como as questões ditas antecedentes — sejam de natureza processual ou de direito material. Assim, por exemplo, deve-se decidir, mediante a colheita dos votos de todos os julgadores, sobre a eventual questão de legitimidade para a causa ou a respeito de alegação de prescrição e decadência. [...]
Quando os votos são tomados como se cada um dos julgadores estivesse sozinho diante da causa, a solução não expressa uma decisão colegiada acerca de cada uma das questões que necessitam ser definidas de modo autônomo, mas dá origem a uma decisão que revela uma mistura de decisões individuais sobre várias questões³⁷.

De fato, as decisões plurais em nada contribuem para a formação do precedente, razão pela qual atrapalham as Cortes Supremas de realizar sua missão constitucional — notadamente quanto a uniformização do direito.

Ademais, algo similar já ocorre em nosso ordenamento, porquanto a votação da súmula vinculante exige um quórum qualificado de 2/3 para aprovação

* Sobre este específico fim, vide MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas, precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p.33.

do enunciado que visa compor a súmula, *ex vi* do art. 2º, § 3º da Lei 11.417/2006 (Lei da Súmula Vinculante)*.

Não é difícil perceber, nesta toada, que as decisões plurais, geradoras de falsos precedentes, devem ser alvo das técnicas de afastamento e superação de entendimento no caso concreto.

Não obstante, a fundamentação do *decisum* — local onde repousa a *ratio decidendi* — ganha especial relevo no plano infraconstitucional com o advento do NCPC, uma vez que se impõe ao magistrado um ônus argumentativo fidedigno para a resolução do caso concreto sob pena de nulidade, *ex vi* do art. 489, § 1º, NCPC.

Ademais, acrescente-se que somente os fundamentos majoritários *necessários* e *suficientes* podem gerar precedentes. Outrossim, a *ratio decidendi* deve ser deliberada e discutida pela corte com a devida contribuição das partes e da comunidade jurídica em geral (contraditório substancial), aliando-se, desse modo, o precedente à realidade e aos anseios sociais, culturais e econômicos, tendo em vista os impactos que a tese pode causar nos casos vindouros.

Mais do que nunca, a fundamentação dos acórdãos proferidos pela Cortes Supremas (STF e STJ) ganham especial contorno no que tange ao contraditório, uma vez que os julgadores deverão enfrentar todos os argumentos capazes de infirmar a sua *ratio decidendi*.

Tais argumentos contrários não serão somente os que as partes produziram, mas também aqueles produzidos pelos interessados que se habilitaram no processo (*amicus curiae*, *v. g.*), a fim de influenciar a formação do precedente.

Não se pode perder de vista, também, os argumentos expostos pelos magistrados de instâncias inferiores através de *obter dictum*, assim como já exposto.

Com efeito, a formação do precedente deve seguir uma lógica “piramidal” de acordo com a hierarquia do Judiciário. Significa dizer que o Tribunal de precedentes não pode desprezar as considerações propostas dentro do processo por juízes e desembargadores.

De fato, também há uma nítida intenção no contraditório por parte dos próprios membros do Judiciário, uma vez que também possuem um especial

* Art. 2º [...] § 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

interesse na formação de determinados precedentes. Nesta perspectiva, podemos notar os influxos do princípio da cooperação no NCPC, estabelecendo-se, aqui, um contraditório dinâmico no processo*.

Considerando todas estas necessidades Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Flávio Quinaud e Alexandre Melo, criticam a tradicional forma de votação nas Cortes Supremas e propõem mudanças, *verbis*:

Ademais, o “tradicional” modo de julgamento promovido pelos Ministros (e desembargadores), que, de modo unipessoal, com suas assessorias e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a esse novo momento que o Brasil passa a vivenciar.

O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade de o julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes (padrões decisórios); até mesmo com evidente prejuízo para a aplicação futura em potenciais casos idênticos³⁸.

Conclui-se, assim, que os “precedentes” formados à margem das considerações expostas não devem prosperar em nosso ordenamento, de sorte que sua autoridade resta prejudicada e o afastamento deles por meio de superação é medida necessária.

* Sobre isto lecionam com maestria THEODORO Jr., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. loc. cit. p. 86-87.

³⁸ THEODORO Jr, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. loc. cit. p. 83.

4 DA EFICÁCIA DO PRECEDENTE E SEUS CRITÉRIOS DE AUTORIDADE: PRECEDENTE PERSUASIVO, VINCULANTE, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULA

A depender de alguns fatores, os provimentos jurisdicionais podem ou não galgar o status de precedente. Em realidade, há decisões judiciais que sequer são prestigiadas pela comunidade jurídica, de maneira que sequer influenciam julgamentos futuros. Todavia, não se pode olvidar que a lei pode atribuir efeitos vinculantes ao *decisum* em análise.

Os efeitos advindos da autoridade do precedente podem advir de uma previsão legislativa (eficácia vinculante) ou de uma postura cultural da comunidade jurídica em espécie (eficácia persuasiva).

Diante disto, pode se estabelecer a principal classificação dos precedentes entre: precedentes persuasivos ou precedentes vinculantes.

Ressalte-se, de antemão, que a variação da autoridade do precedente tem íntima ligação com o tema estudado, uma vez que a menor ou maior autoridade de um precedente, mediante os critérios a serem estudados, pode ou não gerar um estado de certeza na comunidade jurídica, de sorte que a substituição da tese tida como pacífica impõe uma carga argumentativa muito grande sobre aquele que pretende desmistificá-la. Em sentido inverso, a menor autoridade do precedente pode aliviar de modo mais benevolente a carga argumentativa daquele que pretende superar um precedente, como é o caso de uma tese em nítido desprestígio doutrinário, por exemplo.

Não obstante, em virtude das suas maiores especificidades, os precedentes de caráter vinculante serão abordados no próximo tópico, vez que os critérios de autoridade a seguir estudados incidem de forma bem menos intensa na espécie, porquanto a autoridade dos precedentes vinculantes já decorre da lei (*stare decisis ex lege*).

Fixadas tais premissas passa-se a analisar as formas de eficácia do precedente persuasivo.

Nesse passo, convém estabelecer as duas principais formas de eficácia persuasiva que o precedente exerce sobre os órgãos jurisdicionais, são elas: *eficácia horizontal* e *eficácia vertical*.

A primeira delas (horizontal) diz respeito à vinculação do próprio órgão jurisdicional que criou o precedente à tese que firmou e à possibilidade de órgãos jurisdicionais de mesmo patamar hierárquico o respeitarem. É certo que esta será a eficácia mínima que todo o precedente deve ter, porquanto, se há intenção de que determinada tese se firme como precedente e oriente casos futuros, o primeiro órgão jurisdicional a observar a sua autoridade deve ser aquele que a criou.

Como exigir que órgãos jurisdicionais inferiores ou de mesma hierarquia institucional sigam precedentes que nem mesmo a própria corte que o formulou respeita a sua autoridade?

José Rogério Cruz e Tucci, considerando o precedente sob o prisma da dimensão institucional do Judiciário, denomina esta necessidade de vinculação do próprio órgão jurisdicional que originou a tese de *autoprecedente*³⁹. Somente a partir deste *autoprecedente* — consciência de que a tese elaborada é um precedente a ser seguido — os outros órgãos jurisdicionais de mesmo patamar hierárquico poderiam observar o precedente firmado pelos seus pares. Noutras palavras, o órgão prolator da *ratio decidendi* a ser seguida deve ser o primeiro a atribuir-lhe autoridade*.

Um exemplo dessa eficácia horizontal entre órgãos de mesma posição hierárquica pode ser constatado na hipótese de o Tribunal Superior do Trabalho se alinhar a uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, ver-se, *v. g.*, sobre matéria processual comum à ambas as jurisdições. Aliás, não é incomum tal ocorrência.

Com o advento do NCPC, este dever específico de seguir o *autoprecedente* ganha especial relevo, vez que há disposição expressa no sentido de se observar a própria jurisprudência firmada pela corte, *ex vi* do artigo 926, NCPC*.

Quanto à segunda forma de eficácia (vertical), diz respeito à sujeição de órgãos inferiores aos precedentes emanados de cortes superiores, o que pode se dar mediante persuasão ou vinculação legal (caso de *stare decisis ex lege*).

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. *loc. cit.* p. 305.

* Neste sentido também preconiza o Enunciado nº 169 do Fórum permanente de processualistas civis: “Os órgãos do Poder judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes”.

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

Nessa perspectiva, pode-se dizer que alguns critérios são incisivos para determinar o grau de influência ou autoridade que o *decisum* poderá vir a exercer sobre casos futuros, seja em sede de eficácia horizontal ou em sede vertical.

Diferentemente da norma legislada, cuja simples vigência induz a obrigatoriedade, a norma julgada, para que tenha validade e seja seguida na comunidade jurídica, deve ser revestida de alguns critérios capazes de lhe proporcionarem autoridade e persuasão relativamente a casos futuros.

Noutras palavras, existe uma escalada persuasiva que o precedente deve percorrer para que atinja um alto grau de autoridade na comunidade jurídica onde se insere.

Dentre outros, podemos destacar os seguintes critérios: patamar hierárquico do órgão prolator, qualidade do *decisum* como tese jurídica e número de adeptos do precedente.

A partir desses critérios, percebe-se de antemão que a interpretação do precedente persuasivo depende de uma análise subjetiva do magistrado que o aplica, de sorte que a influência que se almeja com a incidência ou não do precedente deve ser buscada, também, dentro de uma capacidade argumentativa das partes e do próprio juiz quando deseja afastá-lo, *ex vi* do artigo 489, §1º, inciso VI*.

O principal e primeiro critério de persuasão talvez seja a hierarquia do órgão prolator do precedente. Dada a organização piramidal do Judiciário e o poder de reforma das cortes superiores em nosso ordenamento, há uma certa “pressão natural” de sujeição aos entendimentos consolidados nas instâncias superiores⁴⁰.

Muito embora haja a liberdade de julgamento concedida através da livre convicção motivada, impõe-se um esforço argumentativo maior ao magistrado que se afasta dos entendimentos firmados por órgãos jurisdicionais superiores, haja vista que a instituição piramidal do Judiciário e o conseqüente poder de reforma conferido aos escalões superiores atuam de forma mais intensa sobre a consciência do magistrado quando julga um caso onde já há entendimento sinalizado por meio de precedente, ainda que persuasivo.

* Art. 489: [...] § 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.

⁴⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. *loc. cit.* p. 190-192.

Aliás, tal sujeição natural aos entendimentos assentados pelos órgãos jurisdicionais superiores descende do próprio dever de coesão sistêmica que permeia o Judiciário, *ex vi* do art. 926, NCPC.

Neste sentido, é ínsito à própria estruturação hierárquica do Judiciário que os magistrados de instâncias inferiores tendam a julgar conforme as cortes superiores, salvo quando, através de uma argumentação mais persuasiva do ponto de vista da qualidade da *ratio decidendi*— critério estudado mais adiante — o tribunal muda seu posicionamento e supera-o para substituir a tese anterior pela nova e brilhante contribuição argumentativa apresentada pelo magistrado *a quo*.

Veja que neste particular aspecto se resgatam as ideias já lançadas neste trabalho, uma vez que na ótica do Novo Código de Processo Civil, relativamente aos precedentes, podemos extrair um contraditório dinâmico entre os sujeitos envolvidos no processo, de modo que até mesmo o magistrado pode influenciar, intensamente, na superação de um precedente nas cortes superiores a que está subordinado.

Reverbere-se, mais uma vez, os influxos do princípio da cooperação sobre o sistema de superação de precedentes, *ex vi* do art. 6º, NCPC⁴¹, o que potencializa este papel dos magistrados de primeira e segunda instâncias na formação e superação de precedentes firmados nas Cortes Supremas.

O segundo critério a ser levado em consideração no momento da persuasão é a qualidade dos argumentos produzidos na *ratio decidendi*. Neste particular aspecto podem ser considerados até mesmo os atributos e prestígios doutrinários de que goza o precursor do precedente, pois o brilhantismo na elaboração da tese pode influenciar até mesmo órgãos jurisdicionais de patamar hierárquico igual e até superiores do magistrado, como já visto.

É o caso, *e. g.*, de um precedente formulado de forma brilhante por Sérgio Cavalieri Filho acerca de dano moral. De fato, em virtude do seu notável saber jurídico sobre o tema*, a *ratio decidendi* formulada em seu *decisum* poderá ter maior aptidão para persuadir no caso concreto, inclusive órgãos jurisdicionais superiores.

⁴¹ Art. 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

* Vide CAVALHIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

Ressalte-se, porém, aqui o aspecto subjetivo da interpretação do precedente persuasivo, porquanto, em termos de análise da qualidade dos argumentos, existe uma carga individual muito grande em cada um dos magistrados, de sorte que há influência da sua formação científica e tendências pessoais, ínsitas a qualquer ser humano. Daí uma fragilidade menor do critério ora estudado, em termos de persuasão.

Como visto, a qualidade do *decisum* pode promover até mesmo a superação de uma tese firmada em grau superior. Todavia, quando se encara um precedente firmado por um órgão jurisdicional a que o magistrado não está vinculado, este critério tende a incidir com menor intensidade, haja vista que o critério hierárquico prevalece em detrimento deste específico critério estudado.

Em virtude da ausência do poder de reforma e da hierarquia institucional que se estabelece no Judiciário, o magistrado pode, por exemplo, deixar de seguir precedente de tribunal de outro Estado da Federação invocado pela parte, fundamentando que em relação a ele não está subordinado, mesmo que o *decisum* seja brilhante do ponto de vista qualitativo.

Noutras palavras, a despeito da qualidade, o magistrado pode invocar o critério hierárquico e afastar a incidência do precedente no caso concreto, vez que inexistente qualquer pressão institucional sobre si acerca daquela tese interpretativa do direito. Em nossa visão, inclusive, incidiria um ônus argumentativo bem menos intenso, de sorte que a hipótese do art. 489, § 1º, inciso VI do NCPC sequer incidiria para anular a decisão*.

Um exemplo pode elucidar a ideia. Considere-se, hipoteticamente, que uma das partes invoca perante um juiz de primeira instância do Estado de São Paulo uma súmula impeditiva de recurso ou uma tese firmada em sede de recurso repetitivo pelo Tribunal de Justiça do Acre*. Neste caso, poderia o magistrado paulista afastar a incidência do precedente do Acre e julgar conforme o que entende,

* Art. 489 [...] § 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.

* A respeito de tais precedentes: “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...] III. entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV. enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

caso não exista um entendimento consolidado no Tribunal de Justiça a que está subordinado, à luz do que já se expôs.

De outro lado, deve-se ressaltar que o referido critério também pode ter variação no tempo, em virtude do progresso do direito. Ou seja, a tese firmada no passado pode perder sua condição de correta e, portanto, passar a ser considerada incongruente do ponto de vista doutrinário.

É que a doutrina, numa busca incessante pelo desenvolvimento do direito, pode constar vicissitudes nos entendimentos que embasaram determinado precedente, de sorte que a sua credibilidade pode ser esvaziada com o advento de progressos científicos e doutrinários.

Daí a forte ligação deste critério com a superação, uma vez que o ataque paulatino à credibilidade da tese pode tornar o precedente controverso e reclamar a substituição da tese, conforme se verá mais adiante.

Aliás, como já se ressaltou, os magistrados das instâncias inferiores podem (e devem) por meio de *obiter dictum* criticar determinado precedente, para que, num esforço comum da comunidade jurídica, os precedentes ultrapassados sejam mesmo substituídos.

Quanto ao terceiro critério (número de adeptos), podemos dizer que se trata da quantidade de julgados que aderem a tese firmada no precedente.

Ressalte-se que o prisma pelo qual se analisa este critério varia conforme a posição hierárquica dos órgãos jurisdicionais analisados também. Quero dizer, de nada adianta um percentual de 90% de adeptos em primeira instância e em segunda instância quanto a um precedente firmado pelo tribunal local se a Corte Suprema reforma 100% dos julgados. É o caso, *v. g.*, de um precedente isolado e circunscrito a um só Estado da Federação, ou seja, somente aquele estado, a despeito de todos os outros entende correta determinada tese*.

Veja que neste caso específico, muito embora o precedente tenha um grande número de adeptos locais, não tem autoridade perante a comunidade jurídica nacional. Somente se aproveitaria a autoridade deste julgado por este critério, se o precedente versasse sobre uma matéria de direito local, ou seja, legislação estadual ou municipal.

* Relativamente a isto, leciona com precisão LIMA, Tiago Asfor Rocha, p. 190.

Significa dizer que tal critério deve ser analisado à luz de todo o Judiciário, salvo quando se tratar de matéria de direito local.

Avançando na apreciação deste critério, convém mencionar que a partir do estágio em que o *decisum* ganha qualificação de precedente judicial, influenciando julgamentos futuros, poderá evoluir para o patamar de jurisprudência dentro do ordenamento jurídico no qual se insere.

Neste momento, em razão do grande número de adeptos, a *ratio* galgou na comunidade jurídica um estado de certeza, pacificação ou consenso quanto à tese nele estampada.

Veja que o estado de pacificação da tese está intimamente ligado ao número de adeptos daquele precedente, de sorte que a depender do volume de seguidores do precedente poderemos estar mesmo diante de uma jurisprudência.

Nesta toada, podemos dizer que, a despeito de outras conotações que se dá ao termo (que é plurissignificativo*), jurisprudência seria a consolidação de vários julgados num mesmo sentido, cujo número de adeptos a torna um precedente de alta eficácia e autoridade na comunidade jurídica em que se insere.

Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, jurisprudência seria:

Embora jurisprudência seja um termo plurissignificativo, ele comporta redução conceitual ao esquema técnico-jurídico, aí revelando-se como uma coleção de acórdãos sobre um dado tema, reiterados harmonicamente, provindos de um Tribunal ou mesmo de uma dada *justiça*⁴².

É natural e desejável que as teses firmadas em precedentes, desde que bem debatidas à luz das considerações já expostas, alcancem o estado de pacificação proporcionado pela consolidação de uma jurisprudência. Teresa Arruda Alvim Wambier leciona que esta função da jurisprudência é similar à que ocorre com a pacificação de uma tese de direito estabelecida na doutrina, porquanto ambas se destinam a gerar um estado de certeza quanto a aplicação do direito, algo denominado no direito norte americano de *strong cement**.

* Concernentemente aos vários significados que a palavra jurisprudência pode assumir, vide MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante** 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20-22.

⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit. p. 27.

* “Afim, dizem os ingleses, o sistema de precedentes é como o *strong cement*, para criar certeza. Esta, em parte, é uma das funções da doutrina, nos países da *civil law*.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Crítérios de Autoridade dos Precedentes**. In: **Direito Jurisprudencial**, obra coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 41-42.

É intuitivo, portanto, que o grau de autoridade do precedente cresce muito quando se fala em jurisprudência, de sorte que para Luiz Guilherme Marinoni incidiria a regra do *stare decisis*, mesmo que não previsto de forma explícita em nosso ordenamento, por razões de isonomia na prestação jurisdicional, segurança jurídica e coerência da ordem jurídica*.

Bem vistas as coisas, embora se trate de um precedente de índole persuasiva, o legislador infraconstitucional previu o dever do magistrado não se afastar da jurisprudência que o circunda, sob pena de nulidade da sua fundamentação, *ex vi* do art. 489, § 1º NCPC, o que endossa de certo modo a doutrina do doutrinador citado.

De outro lado, ao último aspecto relacionado ao número de adeptos, verifica-se que determinada jurisprudência poderá ser anunciada pelo órgão jurisdicional em forma de enunciado de súmula e, a partir daí, ganhar um status maior de autoridade em nosso ordenamento, haja vista que a edição de súmula relativamente a uma jurisprudência pode traduzir a nítida ideia de pacificação da tese pelo Tribunal.

A súmula, nesta perspectiva, revela-se uma técnica peculiar do Brasil em termos de precedentes. Por esta técnica, o Tribunal passa a divulgar a sua jurisprudência dominante, utilizando-se de uma coletânea de julgados convergentes entre si, cujo substrato é traduzido num simples enunciado, ou seja, num verbete sumular que visa expressar o espírito da *ratio decidendi* contida nos julgados que a compõem.

A súmula consiste em agregar alguns julgados num sistema compilado para divulgar com maior facilidade uma jurisprudência considerada já pacificada pela Corte. Trata-se de uma técnica que visa, em realidade, atender a necessidade de dar ampla publicidade à jurisprudência dos Tribunais, dever este que encontra posituação no art. 927, § 5º, NCPC. De fato, a norma judicada deve chegar ao conhecimento de toda a comunidade jurídica para que atinja sua autoridade persuasiva ou vinculativa com mais intensidade.

Veja que tanto o enunciado da súmula quanto o resumo de julgados que a compõe devem conter precedentes sólidos que traduzam a *ratio decidendi* que se pretende fortalecer com a edição da súmula.

* Este precioso magistério pode ser encontrado em MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2º ed. rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 120-169.

Sem a existência de um precedente formado a partir de circunstâncias fáticas bem delineadas nas decisões que compõem a súmula, não há precedente.

Com efeito, como já estudado anteriormente o precedente é composto pela união das circunstâncias fáticas e da regra interpretativa de direito (*ratio decidendi*) feita pelo magistrado para a resolução do caso concreto apresentado em juízo que, a partir dos critérios ora estudados, pode influenciar julgamentos futuros ou não.

Sem a circunstância fática que iluminou o caso concreto (*material facts*) não se pode falar em precedente, haja vista que a tese proposta pelo magistrado na *ratio decidendi* somente pode ser interpretada à luz do caso concreto que a originou, carecendo sempre de um cenário fático que lhe deu vida.

Dessa forma, entendemos que se deve investigar o conteúdo da súmula, especialmente as decisões que a embasaram, a fim de que se desvende se realmente expressa precedentes legítimos ou não.

Fica claro, nessa perspectiva, que o enunciado de súmula nem sempre é um precedente. Bem vistas as coisas, se o extrato da *ratio decidendi* contida no verbete sumular não estiver acompanhado das circunstâncias fáticas que o originaram não teremos um precedente propriamente dito, mas tão somente uma divulgação de uma parte da tese jurisprudencial que vem sendo aplicada por vários julgados uníssomos.

Veja que não se pode conceber um precedente sem a devida menção às circunstâncias fáticas que o originaram. Os fatos são a luz interpretativa da *ratio decidendi* e evitam que os tribunais possam se manifestar espontaneamente acerca de determinado tema, garantindo-se, desse modo, a inércia.

Com efeito, a incongruência entre o caso decidido e o teor do enunciado da súmula é considerado pelo Novo Código de Processo Civil como vício no processo de formação do precedente, *ex vi* do art. 926, § 2º, o que enfraquece a autoridade do precedente e o torna vulnerável à superação.

Permitir o contrário (inclusão de assuntos não debatidos) seria conferir força de legislar ao Judiciário, uma vez que os precedentes vinculantes, a seguir estudados, têm força obrigatória em relação a casos futuros e podem orientar o comportamento dos jurisdicionados em geral.

Ademais, a ausência de delineamento e da própria possibilidade de se desvendar as circunstâncias fáticas por meio da análise dos julgados que formaram

a súmula, retira o direito de contraditório das partes, uma vez que estarão impedidas de realizar o *distinguishing* para afastar a súmula invocada, porquanto omitidos os fatos materiais.

Nesse sentido, poderíamos ilustrar o tema com a hipótese de uma súmula cujo enunciado não faz menção a qualquer circunstância fática, e que está composta somente por agravos regimentais que aplicam uma determinada tese jurídica de forma mal fundamentada. Nesse exemplo, os julgados que compõem a súmula não seriam precedentes, uma vez que se limitariam tão somente a aplicar uma suposta tese pacificada na Corte sem detalhar em si as reais circunstâncias fáticas que originaram aquele precedente invocado reiteradamente.

O problema pode se agravar ainda mais se considerarmos que os julgamentos monocráticos tenham usado expressões vagas, tais como: “assim vem decidindo a Corte” ou “como já sedimentado”. Nestes casos, nem se dá ao intérprete referências do julgado que realmente delineou a tese por ele aplicada, omitindo-se, também, as indispensáveis circunstâncias fáticas do caso concreto. De fato, nem seria possível um *distinguishing* em relação ao conteúdo da súmula.

Tal hipótese revela que uma súmula como esta não deve ter aplicação, vez que nada traz em termos de precedente, tanto no seu enunciado, quanto no seu conteúdo intrínseco.

Nessa toada, estamos com aqueles que entendem que o enunciado da súmula é tão somente um meio de divulgar o extrato da *ratio decidendi* elaborada em determinado precedente, fazendo-se necessário que haja uma menção plena dos detalhes fáticos para que atinja o status de precedente*.

Não obstante, ainda resta dizer que as considerações expostas se aplicam às súmulas vinculantes.

Muito embora possa o Supremo Tribunal Federal, por força do artigo 103-A da Constituição Federal, atribuir efeitos vinculantes aos enunciados das suas súmulas, o distanciamento das circunstâncias fáticas, ou mais precisamente, da causa de pedir colocada em juízo na decisão que formou o precedente, importa grave violação ao princípio da imparcialidade, sem se olvidar a usurpação das atribuições legislativas pela atuação *ex officio* da Corte Suprema.

* Por todos, DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 453.

Neste sentido leciona Rodrigo Jansen:

Em se admitindo que o Supremo Tribunal Federal pudesse editar enunciados que consagrassem questões paralelas ou inteiramente novas, estar-se-ia desvirtuando todo o modo (processo) próprio da atividade jurisdicional, porque ele estaria (i) agindo de ofício, (ii) sem a observância do contraditório e da ampla defesa e (iii) além dos limites da demanda. A atividade jurisdicional perderia sua nota típica, tornando-se, nessas hipóteses, uma atividade verdadeiramente legislativa [...] ⁴³.

Como se extrai da lição acima, a menção espontânea de fatos e temas não debatidos viola diversos preceitos constitucionais e torna a súmula inválida perante a comunidade, sendo passível de afastamento no caso concreto.

Para finalizar este particular tema, pode-se dizer que tal critério (número de adeptos) influência muito em termos de autoridade, haja vista que, na escalada acima exposta — precedente, jurisprudência e súmula — podemos constatar a gradação da eficácia do precedente em nosso ordenamento.

Tal gradação em termos de autoridade sem dúvida alguma deságua na menor ou maior possibilidade de superação do precedente, sempre se lembrando da carga argumentativa que se impõe no caso concreto para se afastar de um precedente com maior ou menor número de adeptos.

No que tange a esta específica dimensão argumentativa que o precedente persuasivo pode assumir, José Rogério Cruz e Tucci, citando a lição de Marina Gascón Abellán, constata que:

O respeito ao *precedente judicial* gera duas importantes conseqüências, quais sejam:

- i)* existência de presunção favorável no sentido de que na solução de casos objetivamente iguais seja seguida a precedente linha interpretativa; e
- ii)* exigência de que sejam declinadas as razões da dissensão, na hipótese de ser considerado errôneo o anterior critério da jurisprudência, decidindo-se o caso de acordo com o critério que passa a ser considerado correto para solucionar questões futuras ⁴⁴.

Não obstante, reverbere-se ainda que tal critério é essencial em termos de superação, porquanto pode evidenciar um desuso do precedente e a

⁴³ JANSEN, Rodrigo. **A súmula vinculante como norma jurídica**. Revista de Processo, Vol. 94, n. 838, p. 42, agosto de 2005. *Apud* LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 250-251.

⁴⁴ ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica Del precedente y la argumentación racional**, p. 98-99. *Apud* TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 p. 298.

consequente corrosão da tese perante a comunidade jurídica, o que, sem dúvida alguma, autoriza a incidência das superações mais adiante expostas.

De fato, a paulatina constatação de que determinado precedente está diminuindo seu número de adeptos pode levar a crer que a sua autoridade está mesmo se enfraquecendo, o que o torna mais vulnerável à superação.

À guisa de conclusão parcial, pode-se dizer que os critérios ora expostos são essenciais dentro da argumentação jurídica que visa superar os precedentes persuasivos invocados pelas partes, o que aliás, é necessário para fins de evolução do direito, de modo que se evita um possível engessamento jurídico, com a perpetuação de teses já desgastadas pelo progresso doutrinário acerca da lei.

4.1 Precedentes Vinculantes: art. 927, NCPC, Sua Autoridade

Relativamente aos precedentes obrigatórios, destaca-se de forma preambular que a regra da vinculatividade depende da posição hierárquica do órgão jurisdicional em questão, uma vez que os tribunais de mesmo patamar não estão sujeitos ao *stare decisis* legal de seus pares, de modo que incide para os tribunais em mesma posição institucional a lógica dos precedentes persuasivos, com todos os critérios de eficácia e autoridade já estudados.

Outrossim, merece destaque preliminar a ideia de que, muito embora a lei possa atribuir esta eficácia vinculante a determinadas decisões judiciais (como o rol constante no art. 927 do NCPC, por exemplo), os “precedentes” formados em descompasso com as considerações já lançadas nos itens anteriores, merecem ser superados. Quando menos, a autoridade do precedente vinculante em questão restará prejudicada, em virtude do vício que permeia o seu processo de formação.

Como já se disse, a valorização da forma em detrimento do conteúdo não é a melhor opção legislativa, já que pode dar margem a possível formação de falsos precedentes, os quais relegam todos os cuidados já expostos.

Nos países de tradição jurídica fundada no *common law*, cultiva-se com mais intensidade a regra do *stare decisis* ou *binding effects*, tanto assim que o valor vinculante que assumem os precedentes é encarado como uma condição de higidez do sistema jurídico.

Entre nós, porém, predomina a tradição jurídica do *civil law*, por meio do qual existe uma maior produção de normas positivadas, de sorte que o direito aplicável aos casos concretos quase sempre é buscado na lei.

Todavia, nosso legislador optou por atribuir eficácia obrigatória a determinadas decisões, para que constituam, também, importante fonte do direito.

Apesar de haver argumentos favoráveis à generalização do *stare decisis*, podemos dizer que em nosso ordenamento há uma tipicidade legal quanto aos precedentes de valor vinculante, ou seja, a regra do *stare decisis* advém somente de uma específica imposição legal.

O legislador, como já se expôs, optou por atribuir efeitos vinculantes a algumas decisões, valorizando a forma em detrimento do conteúdo. Considerando esta premissa, podemos dizer que a regra do *stare decisis* ainda não está generalizada em nosso ordenamento.

Considerando esta necessidade de tipificação legal, podemos dizer que os principais precedentes vinculantes foram instituídos por força do art. 927, NCPC.

Todavia, a despeito do que possa parecer, a regra do *stare decisis* não decorre somente do específico rol constante no art. 927 do Novo Código de Processo Civil.

Muito embora abrigue a maioria das hipóteses em que o precedente gera vinculatividade, o art. 927 do NCPC não é exaustivo. Tanto é assim que o art. 332 do NCPC, ao tratar da improcedência liminar, traz hipóteses de precedentes vinculantes, consistentes na tese firmada em IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas) pelo TJ local e Súmula impeditiva de recurso firmada também pelo mesmo órgão jurisdicional.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria:

O art. 927 do CPC inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. [...] Mas esse rol não é exaustivo. Embora não conste na listagem de lei, os precedentes cujo entendimento é consolidado na súmula de cada um dos tribunais (ainda que não seja tribunal superior) tem força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados⁴⁵.

⁴⁵ DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 461.

Luiz Guilherme Marinoni, numa visão mais radical quanto a eficácia obrigatória dos precedentes teceu críticas à aparente exaustividade do art. 927 do NCPC, *verbis*:

A letra do art. 927 parece supor que a função das Cortes Supremas é resolver litígios que podem se repetir em massa para, dessa forma, otimizar a administração da justiça. Ora, isso nada tem a ver com a função das Corte Supremas, que é a de definir, mediante as melhores razões, a norma que deflui do texto legal ou constitucional. O exercício dessa função, por mudar o direito incrementadamente, acrescentando sentido à ordem jurídica vinculante, dá origem a decisões cujas *rationes decidendi* têm natural eficácia obrigatória⁴⁶.

De fato, não há uma taxatividade imposta pelo art. 927, uma vez que a própria codificação em testilha prevê a vinculatividade relativamente a outros precedentes.

Fixadas estas premissas convém elencar as hipóteses constantes no art. 927 do NCPC, uma vez que traz os mais importantes casos de precedente vinculantes em nosso ordenamento: “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.”

Em todos os casos que o magistrado se deparar com as decisões judiciais nas quais o legislador atribuiu força vinculante, deverá realizar a extração da *ratio decidendi*, à luz dos métodos já estudados.

Demais disso, deverá perquirir se as decisões em análise constituem precedente mesmo ou não à luz da teoria da colegialidade. Em suma, a despeito da forma o hermeneuta deve considerar o conteúdo do “precedente” apresentado, sob pena de aquele falso precedente ser superado, *ex vi* do art. 489, § 1º, VI.

Caso o conteúdo da decisão revele um precedente, o magistrado deverá segui-lo por imposição legal. De fato, o verbo utilizado pelo Código

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas, precedente e decisão do recurso diante do Novo CPC**. loc. cit. p. 22.

(observar) impõe a vinculatividade, porquanto admitir o contrário seria destituir as decisões judiciais dos Tribunais Superiores de autoridade e abrir margem à instabilidade jurisprudencial em nosso ordenamento.

Como bem ressalta o precioso magistério de Marinoni, a função constitucional das Cortes Supremas é dar sentido à norma positivada e uniformizar a jurisprudência para incrementar o estado de previsibilidade que se tem do direito. Para tanto, a Corte necessita de um hígido sistema de precedentes, cuja imposição vinculativa nos casos legais (efeitos obrigatórios) nada mais faz do que fomentar a consecução daquele estado ideal de coisas (uniformização da jurisprudência).

Todavia, não se olvide que em caso de descompasso com o processo de formação adequado, não há possibilidade de que as decisões elencadas no rol do artigo 927 possam prosperar como precedente.

Não se pode conceber uma aplicação “mecanizada” de precedentes injustos, de modo que a vinculatividade deve ser emprestada somente às decisões que realmente carreguem o conteúdo inerente aos precedentes*.

Para finalizar, deve-se resgatar ainda que os precedentes firmados no âmbito dos julgamentos colegiados somente assumem sua eficácia vinculante se houver um fundamento majoritário, nos moldes daquilo que já se expôs.

Neste sentido, prevê o Enunciado nº 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis “*o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado*”.

* Desta constatação também não discrepa o Enunciado nº 315 do Fórum de Permanente de Processualistas Civis: “Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”

5 DAS TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Passa-se agora a analisar as técnicas pelas quais se superam os precedentes, sempre à luz das considerações já expostas.

O precedente como norma jurídica também segue um ciclo vital, semelhante ao das leis positivadas, que nascem (produção legislativa), têm vigência e morrem (revogação). Dessa forma, também acontece com os precedentes que nascem (formação da *ratio*) têm vigência (autoridade) e morrem (superação).

É salutar compreender que o processo de evolução do direito não pode se estagnar em razão da vigência eterna de um precedente, daí a necessidade de superação das teses consolidadas no Judiciário à medida que novos conceitos se estabelecem no mundo jurídico.

Nesse sentido, há que se encontrar um ponto de equilíbrio entre a fluidez exagerada da jurisprudência (prejudicial ao sistema de precedentes) e a sua estabilidade demasiada*. Ademais, não se pode admitir a chamada “jurisprudência da loteria⁴⁷”, como também não se pode compactuar com o “engessamento” do direito pátrio.

Aliás, há uma efetiva necessidade de que determinadas injustiças não se perpetuem na jurisprudência. Por isso é tão importante o tema estudado.

Conquanto haja essa necessidade de superação, nunca se pode olvidar a proteção da confiança que o jurisdicionado deposita nas teses do Judiciário, que de forma inoxidável pode orientar o comportamento dos cidadãos.

Fixadas essas premissas pode-se dizer, em essência, que a superação consiste na relativização da eficácia/autoridade do precedente, ou seja, a superação consiste na quebra da autoridade do precedente (ou jurisprudência) para se substituir uma tese ou simplesmente revogá-lo, cuja ocorrência impõe um ônus argumentativo mais ou menos intenso, *ex vi* do art. 927, § 4^o⁴⁸.

* Sobre este ponto de equilíbrio, vide WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Crítérios de Autoridade dos Precedentes**, in: **Direito Jurisprudencial**, obra coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 14-15. .

⁴⁷ THEODORO Jr., Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. loc. cit. p. 83.

⁴⁸ Art. 927: [...] § 4^o 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.

Diz-se mais ou menos intenso, porquanto se deve ter em mira o correto processo de formação do precedente, assim como o seu grau de autoridade perante a comunidade jurídica — ainda que seja vinculante —, como já abordado.

Noutras palavras, os vícios que permeiam o processo de formação do precedente e a baixa autoridade que ele porventura ostente perante a comunidade jurídica podem aliviar em muito o ônus argumentativo que se impõe àquele que supera o precedente. A uma porque os vícios podem retirar a falsa qualidade de precedente que a decisão ostentava; a duas porque a baixa autoridade revela mesmo o desgaste do precedente perante a comunidade jurídica, e, portanto, merece mesmo ser superado.

De fato, a superação é inseparável da argumentação específica e suficiente, porquanto constitui relativização do dever de manter estável a própria jurisprudência firmada, — o já citado, *autoprecedente* —, *ex vi* do art. 926, NCPC.

Ademais, como se verá adiante, a ausência de enfrentamento dos argumentos favoráveis e contrários à superação pode conduzir a uma superação implícita, a qual encontra vedação expressa em nosso ordenamento, de acordo com o que predispõe o § 4º do art. 927, NCPC.

Nessa perspectiva, definem-se agora as formas mais conhecidas de superação do precedente, para em seguida analisar-se a necessidade de atribuição de efeitos prospectivos a essas decisões, bem como a segurança jurídica na transição das teses.

Os objetivos da superação podem ser divididos em dois distintos aspectos, quais sejam: simples revogação do precedente ou substituição de uma tese jurídica por outra (*overruled*).

Diferentemente do que pode parecer, as formas de superação não se destinam somente a substituir uma tese jurídica pela outra, mas também a simplesmente extirpar do nosso ordenamento precedentes incompatíveis com a nova legislação ou, ainda, excluir precedentes “falsos”, cujo processo de formação se deu à margem dos embasamentos já expostos no início do trabalho. Aliás, esta específica hipótese de superação vem sendo defendida ao longo de todo o trabalho.

A simples revogação total (*overruling*) ou parcial (*overriding*) do precedente sem a existência de uma nova tese para substituí-lo, pode encontrar fundamento em dois argumentos (ou critérios), quais sejam: incongruência no processo de formação — hipótese em que se aplica um precedente falso até

perceber que de fato não é um precedente alinhado com as premissas do nosso ordenamento —, ou incompatibilidade do precedente com uma nova norma editada no ordenamento jurídico — hipótese em que o precedente não encontra mais fundamento legal, e, portanto é incompatível com a nova legislação.

Veja que em ambos os casos não se reclama mesmo uma tese nova no ato da superação, já que se busca tão somente eliminar o precedente da ordem jurídica vigente.

Como se vem falando ao longo do trabalho, a referida hipótese de superação-revogação impõe um ônus argumentativo menor àquele que supera o precedente, já que se revela nítida a necessidade de realmente colocar fim à vigência da norma julgada incorreta.

Daí que a superação, em suas técnicas mais adiante expostas (*overruling* e *overriding*), pode se destinar a simplesmente eliminar o precedente do ordenamento jurídico, sem a necessária imposição concomitante de outro precedente a ser seguido.

De fato, este específico aspecto da superação — simples revogação — é possível e fica bem claro quando se considera a superveniência de uma lei nova incompatível com a *ratio decidendi*.

Para demonstração dessa faceta da superação, consideremos o singelo fato de que, com o advento do NCPD e a sua respectiva vigência em nosso ordenamento, inúmeros precedentes erigidos à luz da codificação anterior perderão a sua razão de ser, o que reclamará a simples exclusão precedente do ordenamento jurídico.

Exemplo disso é a Súmula nº 306 do STJ⁴⁹ que está em nítida incompatibilidade com o art. 85, § 14 do Novo Código de Processo Civil⁵⁰: na ótica do novo dispositivo é vedada a compensação dos honorários advocatícios em caso de sucumbência parcial das partes.

⁴⁹ Súmula 306: “Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

⁵⁰ Art. 85: Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte. [...] § 14 Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

Além deste específico caso, podemos destacar a tabela formulada pelo Instituto de Direito Contemporâneo acerca dos precedentes que nitidamente perderão sua razão de ser com o advento do Novo Código de Processo Civil (inclusa em anexo)⁵¹.

Não obstante, merece destaque os Enunciados de número 322 e 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado n. 322: A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida. ”

Enunciado n. 324: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juízo ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto⁵².”

Daí que merece destaque esta divisão entre superação mediante mera revogação e superação mediante substituição da tese jurídica.

Quanto a esta segunda forma de superação, que implica a substituição total ou parcial da tese, a doutrina dá o nome de *overruled*.

Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci:

Em primeiro lugar, as cortes superiores podem substituir — *overruled*— um determinado *precedente* por ser considerado ultrapassado ou, ainda, equivocado (*per incuriam* ou *per ignorantia legis*) [...] Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde o seu valor vinculante⁵³.

Nesta perspectiva, fica claro que esta específica forma de superação da tese jurídica contida na *ratio decidendi* (*overruled*, *per ignorantia legis* ou incongruência sistêmica) pressupõe um “tropeço” do tribunal quanto à correta interpretação do direito, ou um descompasso com a realidade social que rodeia o precedente, de sorte que a sua utilização se torna ultrapassada (*per incuriam* ou incongruência social).

No caso da superação por *ignorantia legis*, descobre-se, à luz da nova tese, uma incongruência sistêmica do precedente em relação ao ordenamento

⁵¹

Disponível

em:

<https://hy254.infusionsoft.com/app/hostedEmail/1378756/044b60575061b8d2?inf_contact_key=0acc d13911891e4a6f91d996bc80b60b11e27c68fbac25e38426b764fe3c0256>, acessado no dia 13.10.2015.

⁵² DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 498.

⁵³ TUCCI, José Rogério Cruz. loc. cit. p. 179.

jurídico. Significa dizer, o órgão jurisdicional que formulou o precedente passa a entender que, de fato, a *ratio decidendi* não é a melhor opção hermenêutica, de acordo com as proposições doutrinárias e o direito vigente.

Revela-se de suma importância, neste específico caso, os trabalhos acadêmicos produzidos pela doutrina, de modo que o desprestígio pela tese anteriormente firmada, em virtude de um progresso doutrinário, pode demonstrar uma necessidade patente de revisão jurisprudencial. Noutras palavras, novas teses doutrinárias, inclusive as que criticam especificamente a tese contida na *ratio decidendi*, podem enfraquecer a autoridade do precedente e render, ensejo à superação, tal como já estudado nos critérios de autoridade (critério qualitativo).

Seguindo o magistério de Luiz Guilherme Marinoni haverá um *precedente controverso*, de sorte que se reverbera a importância da doutrina na demonstração da incongruência sistêmica, *verbis*:

Importa salientar que tanto a ausência de congruência social, quanto a falta de consistência sistêmica costumam ser demonstradas pela doutrina, cuja vigorosa e pontual crítica possui importância insuspeita para quem não está familiarizado aos precedentes obrigatórios. A crítica doutrinária permite não apenas a individualização dos precedentes que se revestem de algum ou de ambos esses defeitos, como também apresenta os argumentos que os evidenciam [...]

Um precedente controverso costuma ser retratado nos trabalhos doutrinários e as distinções inconsistentes evidenciam a sua fragilidade. Tanto a crítica doutrinária, quanto a judicial, são critérios de identificação dos precedentes que devem ser revogados [...]⁵⁴.

De fato, a crítica doutrinária e também aquela promovida pelas partes, como também pelos próprios magistrados, à luz do contraditório dinâmico e o uso da *ober dictum* para tais fins, reforça a necessidade de superação do precedente, reclamando-se neste específico ponto a substituição da tese por uma nova.

Todavia, ressalte-se que, embora haja uma carga subjetiva na interpretação da melhor doutrina, os tribunais não poderão somente pelo fato de haver uma mudança na sua composição superar as teses já firmadas naquele órgão jurisdicional, ou seja, as concepções doutrinárias pessoais do novo magistrado não podem implicar uma superação automática do entendimento do colegiado.

Aliás, a superação impõe um ônus argumentativo muito intenso, sem se olvidar que é imprescindível a demonstração doutrinária de forma plausível que

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. loc. cit. p. 392-393 e 401.

existe necessidade de substituição da tese antiga. Tal dever decorre dos artigos 926, *caput* e 927, § 4º, NCPC.

No que tange ao segundo aspecto que reclama a substituição da tese (por *incongruência social* ou *per incuriam*), podemos dizer que se pressupõe uma ausência ou ainda um desgaste de proposições morais, políticas, culturais e econômicas que motivaram a criação do precedente.

A interpretação da lei (como se sabe) pode (e deve) ser teleológica, *ex vi* do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657 de 1.942). Nesta perspectiva, é evidente que o magistrado considera as aspirações sociais ao interpretar a norma e leva em consideração o bem comum ao formular um precedente.

Porém, as razões morais, políticas, econômicas e sociais existentes à época do precedente podem se esvaziar com o transcorrer do tempo e das novas necessidades da sociedade contemporânea.

Nas palavras de Marinoni:

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração, para a aplicação ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam uma conduta certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona [...]⁵⁵.

Um exemplo pode aclarar a análise vertente. Pensemos num precedente que, em sede de direito administrativo, entende proporcional e cabível diante da conduta “x” do servidor uma sanção administrativa na modalidade multa, sem a incidência da demissão a bem do serviço público. Com os recorrentes e escandalosos casos de corrupção em todo o país, o Tribunal, no entanto, resolve superar o entendimento mais brando que possuía (somente pena de multa) para admitir a aplicação da pena de demissão a bem do serviço público diante da mencionada conduta “x”, entendendo que, realmente, pode ser cabível e proporcional no caso concreto.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. loc. cit. p. 392.

Veja que, neste caso hipotético, houve uma forte tendência de atender os anseios sociais de intolerância à corrupção, de sorte que o precedente judicial superado se mostrou incongruente com as aspirações da sociedade, merecendo, portanto, uma superação. Noutras palavras, há mais motivos para ocorrer a superação do que a manutenção do precedente.

De outro lado, pode-se ressaltar que nos casos onde se exige a substituição da tese por outra há uma carga argumentativa maior a ser enfrentada por aquele que pretende superar o precedente. Aliás, a decisão que efetua a substituição da *ratio decidendi* antiga por uma nova deve confrontar as teses em análise, de modo que se exige uma fundamentação específica do motivo pelo qual o antigo precedente merece ser superado, *ex vi* do art. 927, § 4º, NCPC.

Não obstante, quando se trata de superar o entendimento incongruente do ponto de vista social, deve-se ter em mira a necessidade de participação democrática na reconstrução da tese, tal como já afirmado no processo de formação do precedente.

Em realidade, quando se fala de superação, os influxos da participação democrática na decisão judicial revelam-se mais acentuados, haja vista que há dever expresso de realização de audiências públicas prévias antes da consolidação do novo entendimento firmado em sede de precedentes vinculantes, conforme predispõe o já tão citado art. 927, § 4º do NCPC.

Considerando as espécies de fundamentações e a possibilidade de se substituir a tese por outra ou não, passa-se agora a classificar as técnicas pelas quais se superam os precedentes do ponto de vista da extensão da revogação ou substituição da tese antiga, tema que deságua também na segurança jurídica que se deve prestar na transição de entendimentos.

Assim, no que tange à extensão da revogação ou substituição da tese pela superação, pode ocorrer dois fenômenos distintos, são eles: *overruling* ou *overriding*.

A superação mais drástica de um precedente consiste na técnica do *overruling*, através da qual o órgão jurisdicional prolator abandona de forma completa a tese que seguia para utilizar outra em casos análogos ao superado, de acordo com os fundamentos já tratados (incongruência social [*per incuriam*]; ou por incongruência sistêmica [*per ignorantia legis*], além das simples hipóteses de revogação.

O *overruling* consiste mesmo numa guinada total efetuada pelo Tribunal, ou seja, há um giro completo no entendimento que se tinha acerca de determinado caso concreto, justificando-se por razões de alterações nos valores sociais, razões econômicas, culturais, científicas ou até mesmo mudança legislativa que incompatibilize a norma julgada com a norma positivada, assim como já estudado.

Nas palavras de Tiago Asfor Rocha Lima:

A primeira e talvez a mais conhecida técnica de superação ou revogação de precedentes judiciais na tradição anglo-saxônica é o *overruling*, por meio do qual se altera um anterior entendimento jurisprudencial (decisão propriamente dita) ou uma determinada *ratio decidendi* (há decisões que se sustentam por outras razões que não aquela que foi reformada). [...] Via de regra, os juízes do *common law* lançam mão da técnica do *overruling* para justificar a necessidade de vigência de uma nova norma julgada, a despeito da existência de outra anterior e que lhe seja contrária⁵⁶.

Esta prática, por promover uma mudança jurisprudencial brusca, impõe à corte um especial cuidado quanto à tutela da confiança que o jurisdicionado deposita no Poder Judiciário. Daí que a justificação deve ser plausível, à luz das considerações já expostas. Noutras palavras, há necessidade expressa de demonstração de incompatibilidade social da tese ou desacerto doutrinário do entendimento firmado, *ex vi* do art. 927, § 4º, NCP.

De fato, por ser tão agressiva, a técnica do *overruling* impõe ônus argumentativo maior e pressupõe amplo debate do Judiciário acerca da mudança de rumo, como já exposto.

Neste sentido, destaca-se o magistério de Tiago Asfor Rocha Lima:

Essa alteração pode se impor por uma série de razões, que vão desde a injustiça da primeira decisão até a modificação das condições econômicas, políticas, culturais e sociais de uma nação. Em todas as hipóteses, isso é consenso, a corte precisa declinar os motivos pelos quais está empreendendo a nova interpretação jurídica do caso, sob pena de ser tachada de autoritária. É senso de responsabilidade dos magistrados para com a regra do *stare decisis* e de respeito para com a sociedade⁵⁷.

Há ainda uma divisão entre a superação total expressa (*express overruling*) e a superação total implícita (*implied overruling*).

⁵⁶ LIMA, Tiago Asfor Rocha. loc. cit. p. 205-206.

⁵⁷ LIMA, Tiago Asfor Rocha. loc. cit. p. 206.

A primeira é declinada nas próprias razões de decidir da superação, enquanto que a segunda se extrai da incompatibilidade da tese nova apresentada com a tese passada que o órgão adotava.

Acerca dessa classificação, assinala Didier Júnior, Braga e Oliveira:

Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última – trata-se de hipótese rara⁵⁸.

A despeito de ser comum a modificação implícita de entendimentos consolidados nos tribunais brasileiros, tal prática não se coaduna com o princípio da segurança jurídica, cujos delineamentos serão mais adiante abordados.

Ademais, permite ao tribunal abandonar a própria tese (*autoprecedente*) sem observar o dever de fundamentação adequada. Neste caso, é fácil perceber que o sistema perderia coesão nesta forma de superação, de sorte que haveria uma quebra inevitável da isonomia na prestação jurisdicional concedida aos cidadãos. Noutras palavras, tratar-se-iam situações iguais de forma desigual sem uma justificativa plausível.

Como lecionam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria, o *overruling impled* não foi acolhido pelo Novo Código de Processo Civil, vez que há vedação expressa acerca da sua utilização pelos nossos tribunais, *ex vi* do art. 927, § 4º.

Na visão dos referidos autores, há um dever de diálogo (confrontação) entre a tese recente e a tese passada no âmbito da decisão que supera o precedente, *verbis*:

A superação de entendimento sumulado, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos exige, nos termos do art. 927, § 4º, do CPC, "fundamentação adequada e específica". Por conta disso, entendemos que o ordenamento brasileiro não admite, nesses casos, o chamado *implied overruling*, ou técnica de superação do precedente com base em substituição tácita da tese jurídica [...]. Ao falar em fundamentação adequada e específica, o CPC exige que a superação se dê expressamente, impondo um esforço argumentativo sério e direcionado à contraposição dos fundamentos que lastreavam, até então, a tese jurídica consolidada [...]. A inexistência desse esforço argumentativo adequado e

⁵⁸ DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 457.

específico corresponde à ausência de fundamentação, nos termos do art. 927, § 4º, e também do art. 489, § 1º, ambos do CPC⁵⁹.

Como se pode extrair dos dispositivos legais citados, diferentemente da norma legal, a norma julgada não admite uma revogação implícita em nosso ordenamento. Significa dizer, mesmo que um novo precedente venha a tratar por completo da matéria atinente a outro, não se pode dá-lo por superado sem que haja uma confrontação direta das teses substituídas. O que ocorreu, então, foi um desrespeito à tese firmada.

De outra parte, e, avançando no tema, há ainda uma outra forma recorrente de superação do precedente, consistente na técnica do *overriding*. Através desta técnica, supera-se a *ratio* consolidada de forma parcial, ou seja, uma parte da tese consolidada permanece intacta e a outra, mediante justificativa plausível, é superada ou restringida quanto à futuros julgamentos.

Em termos de extensão, então, pode-se dizer que o *overriding* tem um âmbito de corte menor que o *overruling*.

De fato, podemos nos deparar com situações ou fundamentos que tornam apenas uma parte do precedente obsoleto, de modo que se justifica a manutenção de outra parte da *ratio decidendi* contida no precedente superado.

Nas palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira:

É necessário distinguir o *overruling* do *overriding*. Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial⁶⁰.

Embora a técnica do *overriding* seja de menor intensidade, exige-se cautela e justificção suficiente para que seja empregada com responsabilidade, tanto assim que não se dispensam as considerações já feitas em termos de fundamentação adequada e específica para a análise vertente.

Luiz Guilherme Marinoni ensina que no *common law* a técnica do *overriding* é encarada somente como uma forma de restringir o âmbito de aplicação

⁵⁹ DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 455.

⁶⁰ DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 458.

do precedente, de modo a compatibilizá-lo com as novas proposições sociais e doutrinárias que não justificam mais aquele específico ponto do precedente*.

Desta forma, para o direito anglo-saxônico, como ensina o referido autor, não haveria uma superação parcial do precedente com a introdução de uma nova tese, porquanto se pensa somente numa aplicação mais restrita do precedente, para impedir que se torne de um todo incongruente do ponto de vista social o sistêmico, à luz do que já se expôs.

A despeito desta possível celeuma, pensamos que o *overriding*, em nosso ordenamento, pode ser utilizado nestes dois aspectos, ou seja, pode se destinar simplesmente à limitação interpretativa da *ratio decidendi*, como também superar parcial e expressamente o precedente.

Com efeito, poder-se-ia encarar este aspecto do *overriding* como uma interpretação conforme pela qual o tribunal pode realizar restrição interpretativa sem redução do texto, porém no âmbito do precedente, semelhantemente à utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

Noutras palavras, o Tribunal pode limitar o âmbito de interpretação do precedente por meio do *overriding*, mas também poderá superá-lo de forma parcial e expressa.

Ademais, algo semelhante ocorre em nosso ordenamento quando se fala em revogação parcial da norma positivada. Desse modo, assim como se dá com a norma positivada a norma julgada pode ser revogada parcialmente.

Em suma, o *overriding* pode simplesmente se destinar à limitação interpretativa da *ratio decidendi* contida no precedente, como também pode promover a superação de parcial e expressa do precedente.

Por fim é importe destacar que, embora não seja propriamente uma superação, a técnica de distinguimento dos precedentes, denominada *distinguishing* pelo direito americano, pode constituir também uma mudança de entendimento, ou seja, também pode implicar numa guinada na aplicação dos precedentes*.

Esta específica técnica consiste na confrontação do caso paradigma com o caso em julgamento, através da qual se analisam os fatos substanciais que

* Sobre este específico detalhe, consulte MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2º ed. rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 348.

* Sobre isto, vide a lição de LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 209.

motivaram cada um deles (*material facts*) para saber se a *ratio decidendi* do precedente se aplica à categoria fática da causa posta em juízo.

Por meio desta técnica o hermenauta consegue comparar os casos para saber se há um enquadramento da norma julgada ou não, de sorte que a interpretação pode conduzir tanto a uma aproximação de casos análogos como a um afastamento.

Em realidade, o *distinguishing* serve para identificar se os casos são semelhantes ou não, viabilizando, assim, uma prestação jurisdicional isonômica, à luz de que casos iguais devem ser tratados igualmente pelo judiciário.

No magistério de Tiago Asfor Rocha Lima:

O que ocorre no caso do *distinguishing* é a confrontação dos fatos motivadores do primeiro caso, aquele que gerou o precedente, e o atual, a fim de se analisar se a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* daquele aplicam-se a este, a ponto de justificar a incidência da mesma *holding*. A prática do *distinguishing* é importantíssima, na medida em que permite diferenciar circunstâncias materiais entre duas demandas, impedindo a incidência da pretérita regra jurídica o que equivaleria a tratar semelhantemente casos distintos⁶¹.

A constatação de que os fatos motivadores dos precedentes (*material facts*) são ou não coincidentes pode reduzir ou aumentar o espectro de aplicação do precedente.

Nesse sentido, divide-se o *distinguishing* em ampliativo e restritivo (*restrictive distinguishing* e *ampliative distinguishing*)⁶².

Nesta última hipótese poderá ocorrer algo parecido com a superação, uma vez que o magistrado, após entender reiteradamente que o precedente em análise se aplicaria a determinada categoria fática, pode abandonar este entendimento e restringir a interpretação do precedente somente a outros fatos substanciais.

Noutras palavras, o juiz, após uma análise mais precisa dos fatos que motivaram o precedente que reiteradamente aplicava, pode concluir que seu âmbito de incidência não é tão amplo quanto imaginava. Aliás, tal hipótese pode ser

⁶¹ LIMA, Tiago Asfor Rocha. loc. cit. p. 209.

⁶² DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 454.

legitimamente utilizada à luz do art. 489, § 1º, inciso VI⁶³ e alegada como uma espécie de defesa pelas partes.

Todavia, veja que não se trata de uma superação do precedente em si.

Em realidade, ocorre um novo entendimento acerca da forma como se deve aplicar o precedente. Dessa forma, por intermédio de razões devidamente justificadas, o juízo passa a entender que determinado precedente não mais pode ser aplicado ao caso concreto pelo fato de não se tratar de caso análogo ao paradigma.

Em sede de conclusão parcial, poderíamos dizer que a superação dos precedentes, em todos os aspectos abordados, visa impedir que precedentes obsoletos ou aqueles considerados injustos venham se perpetuar na ordem jurídica vigente.

Reverbera-se que em todas as hipóteses de superação que se elencou há necessidade de justificação argumentativa, a fim de que não haja quebra arbitrária da confiança que o jurisdicionado deposita no Judiciário; como se verá mais adiante, é imprescindível que se atribuam efeitos prospectivos às superações que rompem de forma brusca com as legítimas expectativas dos cidadãos.

Não se deve olvidar em nenhum momento que esta quebra do dever de estabilidade jurisprudencial, imposto pelo NCPC, exige, de fato, um contraditório substancial e dinâmico por parte de toda a comunidade jurídica, sem o que se revelaria injusta e ilegal qualquer forma de superação abordada⁶⁴.

5.1 Superação Concentrada e superação Difusa. Procedimento Diferenciado para Superar Súmula Vinculante

As formas de superação estudadas podem se dar de forma concentrada ou difusa.

A regra em nosso ordenamento é que qualquer magistrado possa entender superado determinado precedente, *ex vi* do art. 489, § 1º, VI.

⁶³ Art. 489: [...] § 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.

O dispositivo aludido permite mesmo a superação por qualquer magistrado, uma vez que a sua decisão não estará eivada de nulidade quando ele invocar a superação do precedente.

Todavia, à luz do art. 927, § 3º, exige-se do órgão jurisdicional uma demonstração específica de que existe uma incongruência social ou sistêmica do precedente em análise, conforme já abordado.

Sobre estas formas de superação lecionam Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria:

A superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial (overruling) pode dar-se, no Brasil, de maneira difusa ou concentrada. O overruling realizado difusamente pode ocorrer em qualquer processo que, chegando ao tribunal, permita a superação do precedente anterior. Ele é a regra entre nós, tradicional no *common law*, e traz a grande vantagem de permitir que qualquer pessoa possa contribuir para a revisão de um entendimento jurisprudencial⁶⁵.

A despeito deste entendimento, deve-se ressaltar que, quando se permite a um magistrado inferior o poder de entender que o precedente firmado por um órgão jurisdicional superior a si está superado, mediante demonstração específica disto, a sua decisão pode ser controlada pelas Cortes Supremas, de modo que seu entendimento pode ser ou não acatado, porquanto é inerente aos órgãos jurisdicionais superiores o poder de reforma.

De outro lado, frise-se que, não havendo recurso, a sentença transitará em julgado e para aquele caso específico não se poderá levantar discussões acerca da superação ou não do precedente.

No que tange à superação concentrada, podemos dizer que consiste em duas hipóteses específicas: revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante e revisão ou cancelamento de tese firmada em sede de recurso repetitivo.

No primeiro caso, de acordo com o art. 3º da Lei 11.417/2006, somente podem propor a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: “I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia

⁶⁵ DIDIER Jr. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. loc. cit. p. 496.

Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;”.

Ademais, exige-se a instauração de um procedimento específico, o qual deverá ser submetido à aprovação do plenário, cujo quórum de aprovação é qualificado em 2/3, *ex vi* do art. 2º da Lei 11.417/2006.

Quanto ao segundo caso (tese firmada em IRDR), há uma específica disciplina do NCPC, porquanto se restringe a superação somente ao Tribunal prolator do precedente, *ex vi* do art. 986, NCPC⁶⁶.

Demais disso, caso a revisão não se dê de ofício, deve haver uma provocação dos legitimados constantes no art. 977, inciso III: “pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”.

Por fim, ressalte-se que, caso a superação concentrada se dê à margem das considerações expostas nos itens anteriores, principalmente sem uma fundamentação específica e a participação da comunidade jurídica na rediscussão da tese, o procedimento estará eivado de vício insanável.

5.2 Impossibilidade de *Overruled* em Reclamação Constitucional

Merece destaque a análise da possibilidade ou não de superação do precedente em sede de reclamação constitucional.

Com o advento do NCPC e, conseqüentemente, o fortalecimento do sistema de precedentes, a reclamação constitucional ganha grande relevo, já que se trata de instrumento jurídico destinado, dentre outras funções, a garantir a autoridade de decisão proferida por órgão jurisdicional superior, *ex vi* do art. 988, inciso II, NCPC.

Embora possa ser proposta como matéria de defesa, entendemos que a superação com a substituição da tese (*overruled*) não pode se consolidar nos estreitos limites cognitivos da reclamação constitucional.

Em realidade, a reclamação constitucional pressupõe um objeto litigioso restrito, inclusive quanto à produção de provas e participação de terceiros interessados, o que se assemelha em muito ao mandado de segurança.

⁶⁶ Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

Neste sentido, a preservação da autoridade da decisão reclama tão somente a avaliação de um direito específico, consistente no respeito que se prestou ao precedente no caso concreto ou não.

Nas palavras de Ricardo de Barros Leonel:

A opção do legislador, com relação à reclamação constitucional, é similar àquela formulada na lei quanto ao mandado de segurança, e a analogia, aqui, para fins de raciocínio, mostra-se pertinente. No mandado de segurança se admite apenas a prova documental, pois é esse o sentido da exigência de “direito líquido e certo”. Na reclamação constitucional, solução idêntica foi adotada, prevendo-se que a inicial deve ser “instruída com prova documental”, não havendo, no respectivo procedimento, oportunidade para a produção de qualquer outra espécie de prova. (Art. 13, parágrafo único, da Lei 8.038/1990; art. 156, parágrafo único, do RISTF; art. 187, parágrafo único, do RISTJ.)⁶⁷.

De fato, pode-se entender da lição transcrita que há uma limitação cognitiva quanto à causa de pedir e o pedido formulado em sede de reclamação constitucional, de modo que esses limites impedem a participação de terceiros, realização de audiências públicas e contraditório amplo da comunidade jurídica numa possível rediscussão da nova tese proposta por ocasião da superação.

Fica claro, então, que o expediente processual da reclamação constitucional é incompatível com a ideia de amplo debate, confronto e rediscussão da tese nova, os quais constituem pressupostos indispensáveis ao *overruled*, como já estudado.

O que se pode cogitar em termos de superação na reclamação constitucional, é a hipótese nítida, expressa e declarada de que o precedente defendido já está superado através de uma decisão judicial transitada em julgado, prolatada pelas Cortes Superiores.

Neste caso, não há mesmo autoridade do precedente, razão pela qual a reclamação deve ser julgada improcedente.

De outro lado, caso a superação que se busca em sede de reclamação constitucional se funde no combate à autoridade do precedente em razão dos já estudados vícios no seu processo de formação, pensamos que é possível, já que a demonstração de uma decisão plural, por exemplo, não depende de um

⁶⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 261.

aprofundamento cognitivo incompatível com o expediente processual da reclamação constitucional.

Noutras palavras, em se tratando de superação que implique somente a revogação do precedente falso reiteradamente aplicado pelas instâncias inferiores, a Corte poderá em caso de reclamação revogá-lo para demonstrar que o precedente é eivado de vícios e não merece prosperar como tal na comunidade jurídica.

De fato, seria uma hipótese legítima, já que não se pode fomentar a autoridade de precedentes formados à margem dos pressupostos já estudados no transcorrer do trabalho.

6 SEGURANÇA JURÍDICA E SUPERAÇÃO. DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS PROSPECTIVAS: RETROSPECTIVE OVERRULING; OVERRULING PROSPECTIVE: PURE PROSPECTIVE OVERRULING E PROSPECTIVE PROSPECTIVE OVERRULING. TECHNIQUE OF SIGNALING E O JULGAMENTO ALERTA

Lançando-se mão das premissas já expostas, passa-se a estudar a relação entre segurança jurídica e a transição de teses promovida pela superação dos precedentes, à luz de todas as técnicas já abordadas.

O tema ganha relevo com a expressa positivação da boa-fé objetiva processual no artigo 5º do NCPC⁶⁸, sem se perder de vista a permissão de modulação temporal dos efeitos da decisão que supera o precedente, *ex vi* do art. 927, § 3º, NCPC⁶⁹.

Conforme já se expôs, a ordem jurídica na qual estamos inseridos (ordenamento jurídico) não é composta somente por normas objetivas positivadas por leis, mas também por normas judicadas, através das quais se pode entender a melhor forma de aplicar o direito.

Nesta perspectiva, revela-se imprecidível o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, uma vez que dá sentido e externa a vontade concreta da lei, de sorte que sinaliza os seus entendimentos interpretativos por intermédio de um saudável sistema de precedentes, contribuindo, portanto, com a certeza e a estabilidade que os cidadãos têm acerca do direito vigente.

Diante das guinadas abordadas nos tópicos anteriores, a superação pode quebrar expectativas legítimas dos jurisdicionados, quanto à correta aplicação e interpretação do direito positivado.

Por essa razão, é indispensável que se demonstre a necessidade de aplicação da segurança jurídica às alterações jurisprudenciais — muito recorrentes em nosso ordenamento jurídico.

Embora haja complexidade relevante acerca do tema (segurança jurídica), ter-se-ão em vista, de forma principal, as lições de Humberto Ávila.

⁶⁸ Art. 5º: Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁶⁹ Art. 927 [...] § 3º: Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamentos de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Considerando que a jurisprudência busca incrementar o estado de certeza acerca da aplicação do direito no ordenamento jurídico (*strong cement*), e que este estado de certeza indubitavelmente cria legítimas expectativas na sociedade, passa-se a analisar como a segurança jurídica se aplicaria às superações de precedentes, tudo a fomentar o estado ideal de coisas que preconiza o princípio da proteção da confiança.

Desde logo, ressalte-se que é impossível promover um estado ideal de coisas em que os atos estatais sejam sempre previsíveis. Tenta-se, em verdade, buscar um mínimo de estabilidade nas manifestações exaradas pelo poder público (especificamente o Judiciário).

Nesse sentido, pode-se dizer que a certeza buscada seria relativa e dentro da razoabilidade, conforme ensina André Ramos Tavares:

Como primeira “densificação” do princípio da segurança jurídica, tem-se: i) a necessidade de certeza, de conhecimento do Direito vigente, e de acesso ao conteúdo desse Direito; ii) a calculabilidade, quer dizer, a possibilidade de conhecer, de antemão, as consequências pelas atividades e pelos atos adotados; iii) a estabilidade da ordem jurídica. [...] Estabilidade não deve ser confundida, aqui, com estancamento do Direito. Não há e nunca houve um direito à petrificação da ordem jurídica vigente. Mas não se pode falar em proteção da confiança do cidadão, como integrante da segurança jurídica a ser tutelada pelo Estado, sem a certeza da projeção de uma estabilidade mínima da ordem jurídica [...]⁷⁰.

Conforme se extrai da lição acima, a proteção da confiança é um dos principais alvos da segurança jurídica.

Embora haja praticamente duas correntes distintas de pensamento acerca desta norma princípio, a saber: uma de ordem civilista baseada na boa-fé objetiva e outra de ordem pública que insere a confiança como elemento do Estado de Direito e a encara sob o prisma da segurança jurídica*, adotaremos as conclusões formuladas por Valter Shuenquener de Araújo, *verbis*:

Independentemente do fundamento que se queira dar ao princípio da proteção da confiança, o mais relevante é que ele possa eficazmente desempenhar suas funções na tutela de expectativas legítimas. [...]

⁷⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 766.

* Para maiores detalhes, vide ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 32-49.

Dessa forma, muito embora, como acima demonstramos, o fundamento que nos parece mais adequado seja aquele obtido através da cadeia de derivação Estado de Direito-Segurança jurídica - princípio da proteção da confiança, a preocupação com a identificação do mais apropriado alicerce do princípio da proteção da confiança é bem menos importante que aquela que se deve ter com uma efetiva proteção das expectativas legítimas de particulares⁷¹.

De fato, a confiança é a base de todo e qualquer relacionamento humano, e, portanto, deve ser observada na espécie vertente (precedentes)⁷².

Considerando-se estas premissas, segue-se, então, o precioso magistério de Humberto Ávila, que assinala as várias formas de emprego da expressão “segurança jurídica”, sendo elas: segurança jurídica como elemento definitório do ordenamento jurídico (certeza das normas e aplicação destas), segurança jurídica como fato, como valor e também como norma-princípio⁷³.

A despeito destas conotações, a análise da segurança jurídica, para este trabalho, reside principalmente na sua concepção como norma-princípio e na investigação do seu conteúdo material.

Nesse sentido, Ávila assinala que a segurança jurídica assume um caráter de norma-princípio quando “verifica-se que ela determina a proteção de um estado ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos, muitos dos quais já previstos expressamente”⁷⁴.

Veja que a norma não se confunde com texto de lei, pois aquela é o resultado da sua interpretação, de modo que uma das principais consequências de se admitir essa assertiva é ideia de que uma norma pode ser composta por vários textos de lei, ou, ainda, por várias normas implícitas no ordenamento, como é o caso desta específica norma-princípio: segurança-jurídica*.

Dessa forma, seu conteúdo material, conforme ensina Humberto Ávila, após um brilhante magistério, repousa na: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade⁷⁵.

⁷¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener. loc. cit. p. 56-57.

⁷² Esta consideração foi feita por ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99.

⁷³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. op. cit. p. 106-109.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. op. cit. p. 110.

* Vide artigo 5º, inciso XXXVI, conjugado com o art. 150, III, alínea “a” da Constituição Federal.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. op. cit. p. 250.

A primeira consiste na capacidade de o cidadão ter acesso material e intelectual ao conteúdo da norma, dependendo dela uma margem de certeza quanto ao entendimento do comportamento prescrito, mesmo a despeito de conceitos vagos (cláusulas abertas), e de divergências interpretativas da norma, sanadas esta pela doutrina e jurisprudência.

De outro lado, a confiabilidade repousa na noção de estabilidade do direito e confiança relativa na sua manutenção, sem, todavia, usar-se da idéia de imutabilidade, que é incompatível com a idéia de progresso constante do direito.

Por fim, frise-se a calculabilidade, que não se confunde com previsibilidade absoluta dos atos do poder público, consiste na projeção de comportamentos futuros com base na interpretação da norma posta, como também pela forma como ela é aplicada pelo Judiciário.

À vista destas considerações, é possível inferir que a segurança-jurídica é uma norma-princípio que visa proteger os aspectos materiais acima elencados (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade).

O conteúdo desta norma, imprescindível em qualquer Estado democrático de direito, revela que o cidadão realmente se posiciona conforme o entendimento externado pelo Poder Judiciário, e, portanto, pauta seus comportamentos nas prescrições jurisprudenciais.

Por esta razão, a guinada jurisprudencial efetuada por meio das técnicas de superação que tratamos, apesar de ser necessária ao desenvolvimento do direito, deve ser realizada com cautela a fim de que haja respeito à segurança jurídica e proteção à confiança do jurisdicionado.

Veja que a regra quando se supera um precedente é que o novo entendimento seja aplicado a todos os casos apresentados, sejam passados, presentes ou futuros, de sorte que os efeitos da superação, em tese, devem ser *ex tunc*.

Nas palavras de Marinoni:

A revogação de um precedente (*overruling*) tem, em regra, efeitos retroativos nos Estados Unidos e no *common law*. Como a revogação do precedente significa a admissão de que a tese nele anunciada — vigente até o momento da decisão revogadora — estava equivocada ou se tornou incompatível com os novos valores ou com o próprio direito, aceita-se

naturalmente a ideia de que a decisão deve retroagir para apanhar as situações que lhe são anteriores⁷⁶.

Com a existência desta norma, verifica-se que há um embate entre princípios jurídicos quando ocorre a superação de precedentes, pois de um lado teríamos a isonomia (necessidade de se aplicar o novo entendimento [tido agora como correto] a fatos ocorridos antes ou depois da superação) e de outro lado a segurança-jurídica (consistente em projeções legítimas dos jurisdicionados e a confiabilidade na perenidade relativa do ordenamento).

Tal situação é normal num sistema cuja Constituição Federal é pluralista, ou seja, onde a lei maior prevê a conjugação e a convivência de situações antagônicas entre si (isonomia vs. segurança-jurídica).

Todavia, veja que o princípio da segurança-jurídica deve ser respeitado pelos tribunais quando houver efetivo risco de dano aos jurisdicionados que pautaram seus comportamentos no antigo entendimento (*ratio decidendi*), tendo-o por “correto”.

De fato, um novo entendimento consolidado com a superação poderia, em seus efeitos retroativos, surpreender inúmeras pessoas e causar prejuízos de ordem econômica, por exemplo. Tal hipótese se agravaria ainda mais quando se pensa na regra do *stare decisis* através da qual se atribui efeitos vinculantes aos precedentes, como ocorre com as hipóteses do art. 927, NCPC.

Considerando o respeito à segurança jurídica e a necessidade de evitar este possível prejuízo ao cidadão, lecionam com maestria Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Roque Antonio Carrazza e Nelson Nery Júnior:

Assim, ao aplicar-se um novo entendimento jurisdicional (cuja consistência não é discutida), afastando-se a jurisprudência até então mansa e pacífica, entram em contraste dois valores importantes: um, a regra do efeito *ex tunc* da sentença declaratória, outro, a segurança jurídica em termos de sério comprometimento da confiança na estabilidade legislativa.

[...] nada obsta que, na hipótese de uma nova jurisprudência vir a alcançar determinadas situações de fato, objeto de casos propostos na confiança do precedente antigo, ofender o dogma da isonomia, o tribunal perceba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito *ex tunc*), cria uma situação *não desejada pela vontade do legislador racional*. Com base em critérios de *razoabilidade*, essa consideração é possível e, de certo modo, até impositiva, em nome da justiça e da segurança jurídica⁷⁷.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. loc. cit. p. 421.

⁷⁷ FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. CARRAZZA, ROQUE Antonio. NERY Jr, Nelson. **Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2008, p. 26-27.

Nesse sentido, o embate deve ser resolvido à luz de postulados normativos como da ponderação e da concordância prática*, atribuindo-se peso argumentativo a cada um dos princípios no caso concreto, uma vez que as legítimas expectativas dos cidadãos devem ser tuteladas caso se modifique uma jurisprudência.

Não se olvide que a modulação em testilha, aplicada por meio de efeitos prospectivos mais adiante abordados, deve ser precedida de fundamentação específica e dotada de argumentos plausíveis, conforme leciona Tiago Asfor Rocha Lima, *verbis*:

O tratamento díspar entre os casos presente e futuros e os casos passados [...] somente será possível diante de fundadas razões, de ordem jurídica, econômica, política e social. A ponderação de interesses far-se-á necessária para demonstrar que de fato os casos precisam ser tratados distintamente⁷⁸.

Conforme assinala Humberto Ávila, a modulação somente deve ter lugar quando houver uma efetiva modificação jurisprudencial e, além disso, houver legítimas razões para que os jurisdicionados depositassem confiança no precedente que vigia:

É preciso registrar que só se pode afirmar que há modificação de jurisprudência quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvem o mesmo fundamento e a mesma situação fática. [...] Os limites à modificação jurisprudencial só se aplicam, desse modo, quando houver *causae finitae*, isto é, decisões que produzam efeitos e envolvam algum grau de preclusividade. [...] se a questão da proteção da confiança diz respeito à restrição causada pela mudança jurisprudencial nos direitos fundamentais, é preciso analisar não a capacidade de a decisão produzir efeitos, mas os efeitos concretamente produzidos relativamente ao exercício dos referidos direitos. [...]

O princípio da proteção da confiança só se justifica nos casos em que o cidadão tem a sua confiança, gerada por um ato estatal anterior, frustrada por uma nova manifestação estatal posterior contraditória. Isso, de um lado, porque as mudanças que afetam de maneira insignificante os direitos de liberdade, de propriedade e de igualdade não justificam que os efeitos não possam atingir atos iniciados antes da sua introdução. [...] De outro, porque

* Por meio deste postulado visa-se resolver o embate dos princípios atribuindo-se uma hierarquia móvel a cada um deles no caso concreto, de modo que sempre se evita a ponderação abstrata de princípios, ou seja, sem um prévio detalhamento fático. Neste sentido, vide CAMBI, Eduardo loc. cit. p. 61.

⁷⁸ LIMA, Tiago Asfor Rocha. loc. cit. 214.

o cidadão não tem o direito subjetivo de que a ordem jurídica permaneça sempre como está [...] ⁷⁹.

De fato, somente merecem abrigo as expectativas legítimas dos cidadãos. Se ao tempo da superação já existia sinais suficientes para crer que aquele precedente era controverso perante a comunidade jurídica, não há o que ser tutelado em termos de quebra da confiança, uma vez que, como já exposto, é ínsito ao direito a evolução de conceitos, razão pela qual a perenidade que se exige das manifestações estatais não é absoluta.

Acentua-se, inclusive, a legítima prática de se criticar precedentes através de trabalhos doutrinários e até de *obiter dictum* proferido no âmbito das instâncias inferiores, para que a autoridade do precedente seja paulatinamente enfraquecida antes da superação, o que, por si só, constituiria um aviso sério de que aquele precedente provavelmente será modificado.

De outro lado, a guinada deve produzir uma lesão significativa nos direitos fundamentais dos indivíduos, tendo em vista que os jurisdicionados não têm um direito subjetivo à imutabilidade dos precedentes, razão pela qual sempre haverá uma margem mínima de instabilidade na jurisprudência. Aliás, o que se espera, como já mencionado no começo, é que haja uma margem mínima de previsibilidade e confiabilidade.

Em suma, a aplicação dos efeitos prospectivos tutela somente situações concretas de possível quebra da confiança e lesão a direitos fundamentais, sob pena de tratamento desigual injustificado em nosso ordenamento.

Considerando estas premissas, e especialmente a necessidade de se atribuir efeitos prospectivos somente aos casos que realmente fazem jus, vejamos algumas das técnicas mais conhecidas, são elas: *pure prospective overruling* e *prospective prospective overruling*.

Ambos os efeitos prospectivos são espécie do gênero *overruling prospective* (superação total prospectiva) e não apresentam grandes distinções, sendo que configuram exceção à regra da retroatividade da superação (*retrospective overruling*) e podem ser aplicadas às outras formas de superação (*overriding* e *distinguishing restrictive*).

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. loc. cit. p. 401 e 466-473.

Ancorando-se nas lições de Tiago Asfor Rohca Lima⁸⁰ podemos dizer que o *pure prospective overruling* se dá quando o tribunal, superando o precedente, ressalva os efeitos da decisão que tomou somente para os casos futuros, de modo que o caso julgado também não sofre os efeitos da superação, e o novo entendimento passa a vigor somente para situações consolidadas a partir da sentença, indistintamente. Noutras palavras, a ressalva somente se destina ao caso em análise e aos fatos consolidados no passado, atingindo, portanto, todos os casos futuros.

De outro lado, a técnica do *prospective prospective overruling* se dá quando o tribunal condiciona a eficácia do novo entendimento a uma data ou até mesmo à ocorrência de um evento futuro (por exemplo: data, advento de uma nova lei). Assim, a vigência do entendimento que substituiu a *ratio* anteriormente consolidada, sujeita-se a eventos temporais ou materiais determinados pelo Tribunal, de sorte que o caso em análise e os outros atingidos pelo lapso da ressalva feita pelo órgão jurisdicional permanecem intactos.

Em última análise, verifica-se que a modulação temporal dos efeitos das decisões que superam os precedentes pode fomentar o estado ideal de coisas que o princípio da segurança jurídica preconiza.

Finalmente, conclui-se que os contornos jurisprudenciais e doutrinários expostos são suficientes para demonstrar a necessidade de se atribuir efeitos prospectivos às guinadas jurisprudenciais — tão recorrentes em nosso país —, de modo a tutelar a confiança dos jurisdicionados e também promover o desenvolvimento do nosso Estado Democrático de Direito, tanto assim que foi considerado de forma expressa pelo legislador infraconstitucional, *ex vi* do art. 927, § 3º, NCCP.

Não obstante, podemos ressaltar a grande relevância que o tema assume quando se considera que inúmeros precedentes firmados à luz da codificação anterior (CPC de 1973) merecem ser superados com o advento do Novo Código de Processo Civil.

As técnicas de efeitos prospectivos já estudadas, sem dúvida alguma, fomentam uma transição mais suave entre a superação dos precedentes, de modo que servem de mecanismos de proteção à confiança do jurisdicionado.

⁸⁰ LIMA, Tiago Asfor Rocha. loc. cit. 215-217.

Todavia, vê-se claramente que os efeitos prospectivos da superação constituem mecanismos reparatórios em termos de segurança jurídica, uma vez que a sua utilização pressupõe a consolidação de uma superação (*overruling* ou *overriding*), ou seja, somente após a guinada é que se cuidará de tutelar o cidadão.

Considerando que a obsolência ou a incongruência sistêmica do precedente deve ser precedida de uma discussão prévia e participativa, o Tribunal pode constatar que, apesar da necessidade da rediscussão da tese, aquela não é a melhor hora para se efetuar uma superação. Noutras palavras, a tese jurídica que se pretende inovar pode carecer de maior discussão dentro da comunidade jurídica, razão pela qual o Tribunal pode entender que a superação ainda não está “madura”.

Veja que a Corte, neste caso, sente a possível necessidade de não aplicar aquele precedente, porém aplica-o naquele específico caso por questões de segurança jurídica ou necessidade de mais discussão quanto à necessidade ou não de superação.

Este julgamento situa-se num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*, uma vez que a Corte se vê diante de uma situação em que não poderá afastar a incidência do precedente e também não poderá, por ora, superá-lo.

À vista desse impasse, o Tribunal pode lançar mão de uma técnica preventiva em termos de segurança jurídica, denominada na tradição do *common law* de *technique of signaling*.

Por meio desta técnica de julgamento, o Tribunal pode alertar publicamente os cidadãos a sua provável intenção de mudar o entendimento consolidado, justificando que o precedente invocado por qualquer das partes já se encontra controverso.

Nas palavras de Marinoni:

Nos Estados Unidos, assiste-se à utilização de certas técnicas que se situam num espaço entre o *distinguishing* e o *overruling*.[...] Uma destas técnicas é chamada de *technique of signaling*. Nesta hipótese, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, preferindo apontar para a sua perda de consistência e sinalizar para a sua futura revogação⁸¹.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. loc. cit. p. 336.

De fato, esta técnica contribui para que não haja uma quebra inesperada e abrupta da confiança que os jurisdicionados depositam na estabilidade dos entendimentos do Judiciário.

Antonio do Passo Cabral ressalta que ao efetuar o julgamento alerta o tribunal não estará vinculado a realmente mudar seu entendimento, de sorte que o instituto em análise pode trazer os seguintes benefícios:

- 1) facilitar aos órgãos judiciais a verificação da tutela da confiança legítima;
- 2) atuar a segurança jurídica no viés da continuidade, fomentando alterações normativas com menos impacto;
- 3) impedir a aplicação de institutos processuais cujos pressupostos exijam a existência de jurisprudência estável;
- 4) implementar um diálogo plural para condicionar a reflexão do tribunal a respeito do acerto do entendimento consolidado cuja mudança pode vir a ser implementada⁸².

Ainda na lição do autor citado, a técnica da decisão alerta permite uma transferência do risco ao cidadão, porquanto este, depois de um alerta público de possível alteração jurisprudencial, correrá o risco, por si só, de pautar seus comportamentos no precedente controverso.

Todavia, a despeito da contribuição do referido instituto na tutela do cidadão, não se pode deixar que o uso desta técnica comprometa a estabilidade da jurisprudência, uma vez que a simples sinalização, como advertido acima, não implica a efetiva superação do precedente.

Desse modo, não podem as instâncias inferiores negarem autoridade ao precedente pelo simples alerta da corte, uma vez que a superação em questão (com substituição da tese, *overruled*) ainda deve ser mais bem debatida, conforme advertir a Corte.

Em suma, trata-se de uma técnica essencial para que se fomente uma transição branda de entendimentos já consolidados, de sorte que permite aos órgãos jurisdicionais rever seus posicionamentos com mais cautela e proteção ao cidadão.

⁸² CABRAL, Antonio do Passo. **A técnica do Julgamento-Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada**. In: Revista de Processo ano 38, nº 221. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 34-35.

7 CONCLUSÃO

Para concluir o trabalho podemos dizer que a superação é um tema essencial dentro da lógica dos precedentes e merece especial atenção da nossa doutrina e jurisprudência.

De fato, está na superação o ponto de equilíbrio entre a instabilidade jurisprudencial e a estagnação do direito por meio de precedentes “eternos”.

De outro lado, pode-se ressaltar que o uso adequado das técnicas estudadas pode impedir que os precedentes injustos venham se consolidar e ganhar autoridade em nosso ordenamento.

Veja que, a despeito da vinculação (*stare decisis*) que a lei possa atribuir a algumas decisões, nem sempre o conteúdo contido na forma do pronunciamento que a lei prestigiou pode revelar um precedente. Daí que o exame do conteúdo da decisão, principalmente aquelas contidas no art. 927 do NCPC, pode não ser mesmo um precedente.

Talvez pelo fato de nossa cultura jurídica não se aprofundar tanto no estudo dos precedentes e todos os seus efeitos, é comum notar que vários operadores do direito apliquem precedentes calcados em decisões sem uma *ratio decidendi* adequada.

Diante da nova feição da fundamentação da decisão judicial que o Novo Código de Processo Civil impõe ao magistrado (art. 489, § 1º), revela-se de suma importância conhecer as técnicas de superação dos precedentes, porquanto podem se revelar útil como meio de defesa contra as decisões judiciais que se baseiam em “precedentes” cujo conteúdo não é apropriado dentro da teoria geral aqui trabalhada.

Noutras palavras, é necessário que se conheça a superação para utilizá-la como técnica de demonstração ao magistrado de que o precedente por ele utilizado é inadequado, seja do ponto de vista da incongruência da sua tese jurídica como também em virtude dos vícios que permeiam seu processo de formação.

Não obstante, merece especial destaque a modulação temporal dos efeitos da superação e a técnica da sinalização, como meios de tutelar a confiança do jurisdicionado e fomentar a segurança jurídica.

Como facilmente se percebe, nosso país assiste a uma produção vertiginosa de leis novas a cada momento, o que torna, em certa medida, os

precedentes passíveis de superação à medida em que as inovações legislativas vão ocorrendo.

Ademais, as inovações e necessidades culturais, econômicas e sociais exigem mesmo uma atualização do repertório jurisprudencial vigente. Todavia, como se enfatizou, a transição de precedentes e renovação do digesto pátrio deve respeitar os direitos fundamentais do cidadão. Daí a necessidade de conhecer as técnicas de modulação temporal das decisões que superam os precedentes.

A postura do operador do direito diante deste cenário inova-se radicalmente, uma vez que é esperado dos profissionais do mundo jurídico a ampla defesa da segurança jurídica, reivindicando-se os efeitos prospectivos da superação nas guinadas jurisprudências, tutelando, assim, as legítimas expectativas dos jurisdicionados.

Um exemplo eloquente do que se fala é o próprio advento do NCPC, porquanto certamente implicará a revisão de muitos entendimentos jurisprudenciais consolidados à luz da Codificação de 1973.

O espírito do Código novo realmente muda algumas concepções antigas, como por exemplo, a existência da jurisprudência defensiva em confronto com o princípio da primazia da análise de mérito que permeia o NCPC.

Toda a superação que vier com a vigência do Código e também como com o advento diário de novas Leis e concepções sociais deve albergar atenção especial acerca dos institutos estudados, para que haja uma transição segura e saudável de entendimentos jurisprudenciais, muitos dos quais se mantêm estáveis por longa data.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: Entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos Princípios**. 12ª edição. São Paulo: Editora Malheiros: 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro, um terceiro enigmático**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **A escolha da Causa-Piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Revista de Processo Civil ano 39, nº 231, páginas 202/223, maio de 2014.

_____. **A técnica do Julgamento-Alerta na Mudança de Jurisprudência Consolidada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Revista de Processo Civil ano 38, nº 221, páginas 13/48, julho de 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JÚNIOR, BRAGA E OLIVEIRA. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 9º ed. Salvador, BA: Editora Juspodivum, 2013.

FERRAZ Junior, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio e NERY Junior, Nelson. **Efeito “ex nunc” e as decisões do STJ**. Obra coletiva, São Paulo: Editora Manole, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 3º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos. **Crise da Justiça e Influência dos Precedentes Judiciais no Direito Processual Brasileiro**. Tese apresentada para concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2008. Disponível no acervo da Universidade, Código 20400061182.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas. Precedente e decisão de recurso diante do Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2º ed. rev. e atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Revista de Processo Civil, nº 245.

SHUENQUENER, Valter de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

THEODORO. Humberto Júnior, Nunes. Dierle, Bahia. Alexandre Melo Franco, Pedron. Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

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

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**, obra coletiva. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial**. Obra coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ANEXOS

Quais enunciados de Súmula perderão nitidamente seu fundamento de validade com o NCPC?	
ENUNCIADOS SUPERADOS	DISPOSITIVO (S) DO NOVO CPC EM SENTIDO CONTRÁRIO
ENUNCIADOS DA SÚMULA DO STF	
STF, 288	NCPC, art. 1.042, §4º
STF, 353	NCPC, art. 1.043, §3º
STF, 472	NCPC, arts. 85, <i>caput</i> , 334 e 335
STF, 528	NCPC, art. 1.034, parágrafo único
STF, 634	NCPC, art. 1.029, §5º, I
STF, 635	NCPC, art. 1.029, §5º, I
STF, 639	NCPC, art. 1.042, §4º
ENUNCIADOS DA SÚMULA DO STJ	
STJ, 88	Extinção dos embargos infringentes
STJ, 115	NCPC, arts. 932, parágrafo único, 76, §2º, 104, §2º e 1.029, §3º
STJ, 169	Extinção dos embargos infringentes
STJ, 187	NCPC, art. 1.007, §§2º e 4º
STJ, 207	Extinção dos embargos infringentes
STJ, 216	NCPC, art. 1.003, §4º
STJ, 255	Extinção dos embargos infringentes
STJ, 306	NCPC, art. 85, §14
STJ, 315	NCPC, art. 1.043, II e III

STJ, 320	NCPC, art. 941, §3º
STJ, 372	NCPC, arts. 400, parágrafo único e 403, parágrafo único
STJ, 390	Extinção dos embargos infringentes
STJ, 418	NCPC, arts. 218, §4º e 1.024, §5º
STJ, 453	NCPC, art. 85, §18