

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

DENIS SKORKOWSKI

**SEGURANÇA JURÍDICA E MODELO DE PRECEDENTES: MOTIVAÇÃO
JUDICIAL PARA USO DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”**

São Paulo
2020

DENIS SKORKOWSKI

SEGURANÇA JURÍDICA E MODELO DE PRECEDENTES: MOTIVAÇÃO JUDICIAL
PARA USO DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

Dissertação de Mestrado apresentada à Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie como exigência para a titulação no referido curso.

ORIENTADOR: Prof. Dr. José Carlos Francisco

São Paulo

2020

S628s Skorkowski, Denis.

Segurança jurídica e modelo de precedentes : motivação judicial para uso do “distinguishing” e do “overruling”. / Denis Skorkowski

119f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.

Orientador: José Carlos Francisco.

Bibliografia: f. 111-119.

1. Segurança jurídica. 2. Motivação das decisões judiciais. 3. Precedentes vinculantes. 4. Distinção de precedentes. 5. Superação de precedentes I. Francisco, José Carlos Francisco, *orientador*. II. Título.

CDDir 341.462

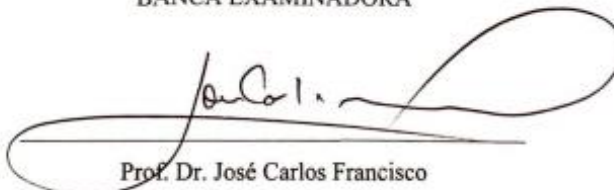
DENIS SKORKOWSKI

SEGURANÇA JURÍDICA E LÓGICA DE PRECEDENTES: MOTIVAÇÃO JUDICIAL
PARA USO DO "DISTINGUISHING" E DO "OVERRULING"

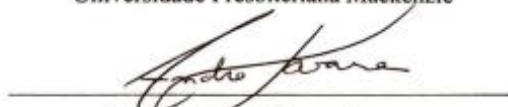
Dissertação de Mestrado apresentada à Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie como exigência para a titulação no referido curso.

Aprovada em:

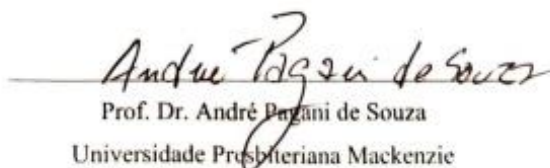
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. José Carlos Francisco
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. André Ramos Tavares
Universidade de São Paulo



Prof. Dr. André Pagani de Souza
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Autor: Denis Skorkowski

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico

Título do Trabalho: SEGURANÇA JURÍDICA E MODELO DE PRECEDENTES: MOTIVAÇÃO JUDICIAL PARA USO DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

O presente trabalho foi realizado com o apoio de:

CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

À minha avó, Rita Segal Silberstein, sem a qual não haveria exemplos de que a vida foi feita para ser vivida com simplicidade e entusiasmo.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de uma dissertação de mestrado nada mais é do que um ponto de largada para a inserção de um estudante curioso no desafiador universo da pesquisa.

Embora revele apenas uma etapa inicial do compromisso com o desenvolvimento científico, não deixa de ser uma conquista, que, por ter demandado tempo e entrega, merece ser compartilhada com aqueles que a tornaram possível.

Agradeço à minha esposa por me impulsionar para a construção de um futuro leve e cheio de esperanças. E porque seu abraço é essencial para que eu persevere na tarefa de tornar-me melhor.

Aos meus pais e irmãos por sustentarem meu mais valioso pilar: família. E por terem a capacidade de me ensinar grande parte do que sei através do amor.

Ao meu orientador, Professor José Carlos Francisco, por ter instigado minha admiração pelo mundo acadêmico, desde a graduação. E porque tem me mostrado como é possível ser intelectualmente honesto e sério, conquanto haja dedicação e trabalho.

Aos demais Professores, André Ramos Tavares e André Pagani de Souza, pelas construtivas ponderações elaboradas na banca de qualificação. E porque o presente projeto não teria sido aperfeiçoado se não fosse a seriedade da avaliação de vocês.

Aos meus amigos, colegas, companheiros de jornada, corpo docente, Secretaria e Coordenação do Programa de Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Muito obrigado pela experiência enriquecedora.

RESUMO

O Brasil tem sido provocado a absorver um novo modelo de prática hermenêutica em face da gradual incorporação de um modelo de vinculação de precedentes. Isso convoca a elaboração de ajustes jurídicos que não necessariamente tem relação com a inovação legislativa, senão com a assunção de readequações teóricas em torno de vetores já existentes. Como passo inicial, sugere-se o estudo do princípio da segurança jurídica, propondo-se que ele seja entendido no bojo da preocupação do Poder Judiciário e, a partir daí, concebido como norma capaz de servir ao estabelecimento de uma relação equilibrada entre “estabilidade” e “mutabilidade”, no sistema jurídico. Na esfera dogmática, esse ideal é concretizável pelo uso adequado e oportuno do “distinguishing” e do “overruling”. Para além disso, é preciso referenciar o papel do princípio da motivação das decisões judiciais nesse sentido. Mais do que orientar a dinâmica precedental em si, ele vincula a conduta do julgador, impondo-lhe o dever de fundamentar qualificadamente o uso da distinção ou superação de precedentes vinculantes. Em último grau, este último princípio soma-se ao primeiro para impulsionar a composição temporal da atividade decisória, cujo exercício deve levar em conta, a um só tempo, a experiência do passado e sua projeção para o futuro.

Palavras-chave

Segurança jurídica. Motivação das decisões judiciais. Precedentes vinculantes. Distinção de precedentes. Superação de precedentes.

ABSTRACT

Brazil has been absorbing a new model of hermeneutic practice in order to adapt itself to the gradual incorporation of the doctrine of binding precedent. This calls for the elaboration of legal adjustments that do not necessarily have to do with legislative innovation, but with the assumption of theoretical readjustment around existing vectors. As an initial step, the study of the principle of legal certainty is suggested as concerning of the judges, and that should be conceived as a norm capable of establishing a balanced relationship between “stability” and “mutability”. In the dogmatic sphere, this ideal is realized by the proper and timely usage of the distinguishing and overruling techniques. In addition, it is necessary to refer to the role of the principle of motivating of court decisions in this regard. Rather than orienting the precedent dynamics itself, it binds the judge's conduct, imposing on him a duty to substantiate the use of the distinction or overruling precedents. Ultimately, this principle and the legal certainty drive the temporal composition of decision-making, exercise that must take into account both the experience of the past and its projection into the future.

Key words

Legal certainty. Motivation of court decisions. Binding Precedents. Distinguishing. Overruling.

LISTA DE QUADROS

QUADRO 1 - PARÂMETROS DE UTILIZAÇÃO DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”	94
QUADRO 2 - ESTRUTURAÇÃO CONCLUSIVA.....	112

LISTA DE ABREVIATURAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ	Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 SINAIS DE ABSORÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES NA ESTRUTURA NORMATIVA BRASILEIRA.....	20
1.1 IMPULSOS CONSTITUCIONAIS.....	22
1.2 IMPULSOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	30
2 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES VINCULANTES	36
2.1 COMO É: ACEPÇÃO ORIGINAL DA SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL E DIFICULDADES DAÍ DECORRENTES.....	39
2.2 COMO DEVE SER: ACEPÇÃO NORMATIVO-PRINCIPIOLÓGICA DA SEGURANÇA JURÍDICA E SUAS DIMENSÕES ESTÁTICA E DINÂMICA.....	43
2.2.1 DIMENSÃO ESTÁTICA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	46
2.2.2 DIMENSÃO DINÂMICA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	46
2.2.3 AS DIMENSÕES DA SEGURANÇA JURÍDICA CONJUGADAS EM UM SÓ SENTIDO	47
2.3 OPERABILIDADE ENTRE AS DIMENSÕES DA SEGURANÇA JURÍDICA E O MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES.....	49
3 PRECEDENTES VINCULANTES E AS TÉCNICAS DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”	56
3.1 O QUE É PRECEDENTE?.....	56

3.1.1 NOÇÕES APROVEITÁVEIS AO CASO BRASILEIRO.....	61
3.2 AS TÉCNICAS DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”.....	67
3.3 DIMENSÕES DA SEGURANÇA JURÍDICA EM SUA CORRELAÇÃO COM AS TÉCNICAS DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”.....	70
4 PARÂMETROS DE UTILIZAÇÃO DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”	76
4.1 PARÂMETROS PARA A DISTINÇÃO (“DISTINGUISHING”).....	77
4.2 PARÂMETROS PARA A SUPERAÇÃO (“OVERRULING”).....	82
4.3 QUADRO ESTRUTURADO ACERCA DOS PARÂMETROS DE UTILIZAÇÃO.....	93
5 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O USO DO “OVERRULING” E DO “DISTINGUISHING”	95
5.1 PRECEDENTES VINCULANTES NO TEMPO E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	95
5.2 AUSÊNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS PARA A UTILIZAÇÃO DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”	97
5.3 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NORTEANDO A UTILIZAÇÃO ADEQUADA E OPORTUNA DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”	100
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

INTRODUÇÃO

Variando entre a dissertação-argumentação para expor conceitos e ideias, adotando-se como metodologia de pesquisa a dedução e assentado o levantamento bibliográfico como método de procedimento, pretende-se desenvolver a presente pesquisa a partir da seguinte estrutura lógica:

- (i) *Estabelecimento da premissa inicial*: demonstrar como o Brasil vem apresentando sinais de absorção do modelo de precedentes em sua estruturação jurídico-normativa;
- (ii) *Exposição do problema*: aludir às dificuldades do Brasil em articular esta sistemática, especialmente tomando-se como base a compreensão original que se formulou em torno da segurança jurídica enquanto valor que, no âmbito da atividade decisória, levava à identificação de respostas pela declaração das leis preexistentes;
- (iii) *Apresentação da hipótese*: referenciar as dimensões da segurança jurídica (estática e dinâmica) como forma de compatibilizar as matrizes históricas do Brasil com as novidades que vem sendo incorporadas à sua estrutura jurídico-normativa, assertiva que levará à proposição de que a segurança jurídica deve ser enxergada como diretriz essencial ao equilíbrio temporal do Direito, notadamente porque ela permite a convivência harmônica das decisões judiciais no tempo (passado, presente e futuro);
- (iv) *Demonstração de reflexos práticos*: confirmar como referida proposição, ao impor nortes de “estabilidade” e “mutabilidade” ao julgador, contribui, na prática, ao manejo adequado e oportuno de técnicas de julgamento que são essenciais à boa operabilidade do modelo de vinculação de precedentes (o “distinguishing” e o “overruling”), o qual visa a justamente viabilizar a composição temporal da atividade decisória do Poder Judiciário;
- (v) *Alusão a apoios dogmáticos*: evidenciar parâmetros de utilização das técnicas mencionadas acima (competência funcional; requisitos de aplicabilidade; efeitos operados no mundo jurídico; e necessidade de modulação dos efeitos decisórios); e
- (vi) *Menção a reforço normativo*: atentar para a importância do princípio da motivação das decisões judiciais enquanto vetor capaz de nortear a utilização adequada e oportuna das técnicas mencionadas acima.

Referida estrutura lógica partirá da demanda nuclear já antecipada acima: a necessidade de compatibilizar o funcionamento interno do sistema jurídico brasileiro com a mecânica de vinculação de precedentes.

A princípio, serão estudadas algumas transformações normativas que têm levado ao remodelamento do Poder Judiciário.

Como se sabe, o Brasil originalmente afiliou-se à tradição do “Civil Law” e isso impulsionou os órgãos julgadores brasileiros a identificarem nas legislações as respostas para os embates judiciais. Contudo, esta dinâmica tem cedido à lógica de funcionamento do “Common Law” na mesma medida em que a decisão judicial do juiz brasileiro ganha destaque enquanto fonte normativa para a pacificação social.

São vários os fatores que levaram a esse movimento, mas um deles certamente tem relação com as inovações promovidas pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), sobretudo com a EC/45/2004.

É a partir desse momento que se estabelecem novos paradigmas quanto à função de “criar o Direito” e, como resultado do natural subjetivismo oriundo da interpretação dos textos abertos, releva-se o grave problema da imprevisibilidade judicial.

Tanto o constituinte como o legislador infraconstitucional apresentaram soluções importantes para atribuir maior unidade à atividade judicante, verticalizando a estrutura judiciária pelo fortalecimento das decisões das Cortes de Vértice.

É possível citar, de um lado, as reformas oriundas da Emenda Constitucional nº 3/1993 (que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade) e da Emenda Constitucional nº 45/2004 (que criou as Súmulas Vinculantes). De outro, são várias as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) no sentido de aprimorar a lógica jurisprudencial, com vinculação às decisões dos Tribunais Superiores.

Assim, seja no ambiente constitucional ou no ambiente processual civil foram incorporados expedientes que, em último grau, têm redimensionado a importância dos “precedentes” no sistema jurídico brasileiro, estabelecendo novos rumos em face do insustentável quadro de instabilidade decisória.

A despeito dos avanços, ainda há muito que ser feito. E o presente trabalho toma como base justamente esse desafio. Aliás, é exatamente aqui que entra a relação desta dissertação com a linha de pesquisa “A cidadania modelando o Estado”, vinculada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico.

Veja. Os problemas da “instabilidade decisória” e da “insegurança jurídica” revelam, em certa medida, falhas estruturais que enfraquecem o acesso à justiça em seu aspecto substancial (e não meramente formal), fragilizando, por via reflexa, o exercício da cidadania. Daí, a importância de promover o estudo e instigar a pesquisa da inserção do sistema de precedentes no Brasil, cuja ordenação visa, dentre outras finalidades, a combater essa problemática da imprevisibilidade judicial.

Buscando contribuir para contornar certas dificuldades que parecem muito mais complexas do que efetivamente são, a intenção é basear-se naquilo que já existe, mas que pode ser melhorado a partir de simples reajustes teóricos capaz de levarem ao aprofundamento do exercício hermenêutico, com reflexo positivo em práticas de julgamento.

Conforme já antecipado, serão trabalhadas algumas “novidades” que têm sido colocadas ao Brasil, problematizando-se em torno da capacidade do sistema jurídico brasileiro de alinhar-se a elas.

Não haverá como deixar de apresentar a dicotomia existente entre o “Civil Law” e o “Common Law”, em especial porque, evidenciadas as raízes que formataram o pensamento jurídico brasileiro, verificar-se-á que tal matriz histórica ainda influencia sobremaneira na forma como o país tem lidado com certas categorias jurídicas.

Optar-se-á pelo estudo do princípio da segurança jurídica, cuja importância é basilar para a boa compreensão desta assertiva.

Não se nega a importância de analisar outros fundamentos que também são importantes para o estudo dos precedentes, como, por exemplo, a isonomia e a economia processual. Em alguns momentos, far-se-á alusão a tais valores para a comprovação de algumas afirmações defendidas. Mas, dada a necessidade de assumir um recorte temático, a abordagem restringir-se-á àquilo que, acredita-se, ter a capacidade de compor proveitosas discussões para os fins estabelecidos nesse trabalho.

Seguindo-se essa linha, serão apresentados estudos relacionados à segurança jurídica enquanto norma-princípio realizável no Direito.

Daí, extrair-se-á a utilidade de evidenciar as duas dimensões da segurança jurídica (**estática e dinâmica**), pelas quais é possível assumir o ideal de equilibrar o sistema jurídico em face de elementos como a “estabilidade” e a “mutabilidade”.

Assimilar tal percepção teórica contribuirá para, a um só tempo, auxiliar no rompimento com perspectivas antiquadas, como também atribuir nortes para a racionalização do modelo precedental brasileiro. Afinal, incorporada a gradual normatividade oriunda da atividade decisória, não há como deixar de repensar a segurança jurídica como vetor que deve ser amoldado para e pelo sistema jurídico que se vem construindo.

E, já seguindo adiante, serão apresentados instrumentais capazes de alinhar-se a esse ideal, abordagem esta que consistirá na análise específica do “distinguishing” e do “overruling”, técnicas de julgamento que, se bem utilizadas, servem à concretização das mencionadas dimensões da segurança jurídica, cuja matriz, vale ressaltar, é o princípio do Estado de Direito, assentado no art. 5º, “caput”, da CF/88.

Assumida a importância de realizar uma análise em separado nesse sentido, serão abertas discussões sintetizadas a respeito de suas definições, utilidades e finalidades. Mas, antes de se aprofundar nas minúcias circundantes ao uso de tais técnicas de julgamento, será preciso estabelecer noções, ainda que abreviadas, do conceito de “precedente judicial” e os reflexos de seu caráter vinculativo nos modelos do “Common Law”.

Isso será feito com apoio em acepções do sistema inglês, sempre tendo como norte noções aproveitáveis ao modelo brasileiro. Haverá menção ao interminável debate quanto ao método de separar a parte vinculante da decisão judicial (*ratio decidendi*) de suas razões periféricas (*obiter dicta*), mas tal abordagem será elaborada simplesmente com o propósito de viabilizar o apontamento daquilo que parece ser o mais elementar em relação à dinâmica precedental: o processo argumentativo que se deve desenvolver nesse processo.

Nos locais em que o precedente apareceu, desde sempre, como principal fonte normativa relega-se ao juiz a tarefa de interpretar e conceber a força vinculante do pronunciamento judicial e essa compreensão pode ser muito útil para a estruturação do tema no Brasil.

Não se nega que o debate conceitual aludido acima pressuporia um estudo próprio e específico, sobretudo para denotar o momento em que surge a vinculatividade do precedente. Haverá menção a esse debate, mas apenas com a finalidade de apresentar a importância dessa

e outras discussões, as quais servirão de base para a continuidade do trabalho, notadamente para contornar o conceito de “precedente” no ambiente jurídico brasileiro, passando-se às questões aplicáveis ao Brasil.

Compreendendo a discussão formulada em torno do art. 927 do CPC/15, será enaltecida a importância de dois elementos: (i) o princípio da motivação das decisões judiciais como vetor essencial à boa operabilidade do modelo precedental, análise esta que será retomada ao final do trabalho; e (ii) o aspecto fático como algo essencial à aplicação de precedentes, tal qual se sugere a partir de previsões do sistema constitucional e da lei processual em si.

Tudo isso servirá de pressuposto para fundamentar a indicação de apoios dogmáticos relativos à utilização do “distinguishing” e do “overruling”.

Como já antecipado, o manejo adequado e oportuno de tais técnicas é importante para tornar o sistema jurídico, ao mesmo tempo, estável e mutável. É por isso que, fugindo-se às abstrações teóricas, serão abordados os seguintes parâmetros de utilização: competência funcional; requisitos de aplicabilidade; efeitos operados no mundo jurídico; e necessidade de modulação dos efeitos decisórios.

O Brasil não possui regramentos minudentes nesse sentido. Em alguns textos normativos, há apenas menções genéricas quanto à possibilidade de distinguir e superar precedentes vinculantes. E é justamente daí que se extrai a serventia dessa elucidação dogmática.

Tão importante quanto detalhá-la é demonstrar quais regramentos normativos são capazes de justificá-la no mundo jurídico. Aqui, especificamente, abordar-se-á a necessidade de, tendo como base os delineamentos constitucionais sobre o tema, buscar no texto legal (mais propriamente no CPC/15) qual fundamento jurídico poderia impulsionar, na prática, a boa utilização do “distinguishing” e do “overruling”.

E é aí que, voltando-se à assertiva já antecipada acima, entrará a análise do princípio da motivação das decisões judiciais.

Não se trata de tão somente aferir sua imperiosidade genérica, mas de correlacionar tal vetor às técnicas de julgamento supra referidas, evidenciando-se como se deve dar a composição das decisões judiciais no tempo (passado, presente e futuro).

Trabalhar com a questão da fundamentação em sua relação com a dinâmica precedencial pressupõe compreender o papel que os precedentes exercem para além das relações intersubjetivas estabelecidas no bojo dos processos judiciais.

No aspecto temporal, trabalhar com precedentes tem relação tanto com a significação do passado como com o estabelecimento de paradigmas para o futuro. Se assim é, somente a compreensão de que o sistema jurídico é construído sob uma perspectiva de compatibilização das decisões judiciais no tempo é que poderá conduzir os órgãos julgadores a agirem de maneira adequada quando da reprodução, sofisticação ou superação de precedentes vinculantes.

Será demonstrada, nesse sentido, a relevância do princípio da motivação das decisões judiciais, o qual, soma-se ao princípio da segurança jurídica – enxergado, é claro, segundo a readequação jurídico-teórica proposta no curso do trabalho – para reger, no plano prático e dogmático, a atividade decisória circunscrita ao modelo de precedentes.

Ao final, atentando-se para referidas conjecturas, chegar-se-á aos rumos conclusivos da presente pesquisa, cuja pretensão não é outra senão apontar reajustes jurídicos capazes de auxiliar na racionalização do tema e seu fortalecimento no Brasil, em especial porque se objetiva explicitar, de um lado, a importância da segurança jurídica enquanto princípio jurídico essencial ao alcance de equilíbrio temporal no Direito e, de outro lado, elucidar como esse ideal repercute na conduta dos órgãos julgadores, os quais, adstritos ao princípio da motivação das decisões judiciais, passam a ter o dever de justificar suas decisões judiciais a partir de uma perspectiva temporal (passado, presente e futuro).

1 SINAIS DE ABSORÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES NA ESTRUTURA NORMATIVA BRASILEIRA

Tomando como base a classificação oriunda do reconhecimento de dois grandes ramos do Direito, o “Common Law”¹ e o “Civil Law”, é possível apontar formatações históricas e características de funcionamento que os tornam distintos.

Gary Slapper e David Kelly (2015, p. 04-05) tratam, resumidamente, dessas diferenças:

The use of the term ‘common law’ in this context refers to all those legal systems that have adopted the historic English legal system. Foremost among these is, of course, the United States, but many other Commonwealth and former Commonwealth countries retain a common law system. The term ‘civil law’ refers to those other jurisdiction that have adopted the European Continental system of law derived essentially from ancient Roman law, but owing much to the Germanic tradition.

The usual distinction to be made between the two system is that the common law system tends to be case-centred and hence judge-centre, allowing scope for a discretionary, *ad hoc*, pragmatic approach to the particular problems that appear before the courts, whereas the civil law system tends to be a codified body of general abstract principles which control the exercise of judicial discretion [...]

Tem-se percebido, contudo, uma tendência de convergência entre tais tradições (CRAMER, 2016, p. 28-33), estabelecendo-se um cenário em que respectivas matrizes sistêmicas perdem o sentido e direcionam forças para a idealização de uma operabilidade similar.

As causas são diversas. Para cogitar algumas, é conveniente mencionar o atual dinamismo da sociedade, impulsionado pela globalização e pela revolução tecnológica, circunstância que levou ao que se convencionou chamar de “sociedade de risco” (BECK, 2001) e “modernidade líquida” (BAUMAN, 2001).

¹ Válido advertir, desde logo, que não é correto tratar os significados “anglo-saxônico” e “Common Law” como sinônimos, uma vez que o primeiro serviria para designar o sistema de direitos que regiam as tribos antes da conquista normanda da Inglaterra; ou seja, tratar-se-ia de um momento histórico anterior à própria criação da “Common Law” naquele país (SOARES, 2000, p. 50-51). Mas, para fins didáticos e relevado o cuidado terminológico, opta-se por utilizar ambas as expressões para o mesmo sentido científico, qual seja, evidenciar a raiz estruturante da “família de direito” inglesa.

A verdade é que, hoje, existe considerável dificuldade em se estabelecer planos robustos de estabilidade para a convivência social. Os Estados vêm tendo que lidar com a árdua tarefa de minimizar a insegurança social, adotando soluções consensuais e cooperativas.²

Nesse sentido, atendo-se aos problemas práticos dos sistemas jurídicos locais, os países são levados a incorporar mecanismos eficientes de tradições diversas, instaurando um diálogo e, conseqüente, interpenetração de estruturas de funcionamento.

Alguns lugares formatados sob a lógica do Direito anglo-saxão, por exemplo, têm aplicado certas categorias jurídicas do “Civil Law” (MACCORNICK; SUMMERS, 1997, p. 07).

Ronaldo Cramer (2016, p. 30) sinaliza que, em países do “Common Law”, há um crescente incremento do número de leis, porquanto, em certos assuntos, não querem “[...] *depende do case law para ver produzida a norma [...]*”.

Nesses locais, embora a normatização tenha sido pensada originalmente a partir da ideia de formulação de precedentes³, tal paradigma vem sendo alargado para referenciar também o debate quanto à viabilidade da positivação de leis escritas enquanto forma efetiva de regulamentação de conduta.

De outro lado, os países de tradição “Civil Law” também vêm sendo levados a transfigurar sua lógica de atuação jurídico-normativa. Restringido o escopo dessa pesquisa às mudanças ocorridas no sistema jurídico brasileiro, interessa apontar que o Brasil tem lidado cada vez mais com a “valorização da teoria dos precedentes” (PEIXOTO, 2018, p. 133-136).

² Sobre o tema, José Carlos Francisco também referencia os desafios normativos existentes nesse contexto (FRANCISCO, 2012, p. 77-78).

³ Aqui, é importante observar que se faz alusão ao termo “precedente” em seu sentido moderno, pelo qual ele revela função de vincular, criando norma. Neste aspecto, cabe aludir à evolução histórica das acepções relacionadas ao termo, que nasceu com função ilustrativa, assumiu função persuasiva e, hoje, ostenta caráter vinculativo (MITIDIERO, 2018, p. 29-43).

Por ter se originado do “Civil Law”, o Brasil teve seu modelo articulado essencialmente⁴ pela racionalidade, dogma, apriorismo, pensamento teórico e método dedutivo (BARREIRO, 2015, p. 186).⁵

Mas, como visto, esses predicados vêm perdendo força, havendo, no ordenamento jurídico brasileiro, claros sinais de absorção de uma construção normativa pensada pela via da atividade decisória, com o conseqüente desenvolvimento de um modelo precedental.

Esse gradual articulação de uma nova organização normativa merece ser estudada a partir de seus impulsos, sejam eles do segmento constitucional e processual.

1.1 IMPULSOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição de 1891, por evidente influência do direito norte-americano, inaugurou elementos da chamada *judicial review*, dando vida, no Brasil, ao controle de constitucionalidade das leis atualmente conhecido.

Abriu-se, então, espaço para o protagonismo do Poder Judiciário (notadamente da Suprema Corte) e essa tendência permaneceu também nos textos constitucionais posteriores.

Na Constituição de 1934, houve um acréscimo substancial quanto à sistemática de controle dos atos abusivos dos poderes e isso se articulou por meio de diversos instrumentos judiciais, dentre eles, o mandado de segurança.

Indo além e desconsiderada a ruptura democrática imposta pela Constituição de 1937 (denominada a “polaca”), vê-se que novos passos foram dados com a Constituição de 1946, quando, restabelecido o funcionamento das instituições de Justiça, foi formalizada a norma

⁴ Utiliza-se a expressão “essencialmente” porque a ideia é aludir às características básicas estruturantes do “Civil Law”, o que não significa que outros elementos estejam inseridos em sua composição. Afinal, não há modelo puro e o objetivo, neste momento, é evidenciar apenas os traços marcantes circundantes à construção do Direito brasileiro.

⁵ Sem tratar especificamente de um ou outro país, Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 49) traz interessante acepção sobre a tradição do “Civil Law”, destacando o seguinte: “[...] No direito romano-germânico, os juízos mostram-se predominantemente demonstrativos e a construção do direito resta apropriada totalmente pelo legislador (*code-based legal systems*); esses últimos seguem a tradição “moderna” europeia (*séc. XIX*), de predominância do Estado-juiz na relação processual (*juízo assimétrico*), intimamente ligados à noção germânica (*bárbara*) do direito a serviço da pacificação social, o direito exclusivamente como elemento de estabilização da sociedade. [...]”

escrita da inafastabilidade da jurisdição, a contribuir ainda mais para com o alargamento das funções judiciárias até então estabelecidas.

Pode parecer algo não muito significativo do ponto de vista de alcance jurídico, inclusive porque, antes disso, tal valor já podia ser intuído da normativa constitucional. Entrementes, contrariando a ilação, Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 39) afirma que é a partir da positivação dessa “cláusula aberta do controle judicial” que se consolida parte importante da hodierna dinâmica jurisprudencial.

Segundo o autor:

[...] Pode-se afirmar que finalmente foi consolidada a recepção cruzada da jurisprudência norte-americana sobre controle de poder. Por um longo trajeto, com todos os percalços demonstrados, chegou-se ao perfil da inafastabilidade do Judiciário como garantia expressa do cidadão e de seus direitos individuais. Consolida-se o controle judicial dos atos dos demais poderes e nem mesmo a lei poderá afastar esse controle. [...] (ZANETI JR., 2014, p. 39)

Alguns reflexos desse quadro histórico exsurtem mesmo no conturbado período da ditadura militar, quando, apesar da fragilização democrática, é editada a Emenda Constitucional nº 16/65, que trouxe previsões acerca do controle abstrato de constitucionalidade, introduzindo, por exemplo, a representação de inconstitucionalidade, atualmente denominada Ação Declaratória de Inconstitucionalidade.

O que interessa observar até aqui é que, antes mesmo da promulgação da CF/88, o sistema brasileiro já apresentava sinais de alargamento quanto à importância do Judiciário, notadamente pelas tarefas que foram sendo gradualmente atribuídas a ele, resultando na expansão de sua significância e relevância perante o cenário político.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal passaram a deter a responsabilidade de verificar a conformidade constitucional das leis; e, no aspecto fracionário, os demais órgãos julgadores passaram a deter a responsabilidade de revisar e aferir a legitimidade dos atos do Poder Executivo.

No jogo dos poderes, a tarefa de julgar passou a ser essencial. Tanto é que o atual texto constitucional repercutiu essas transformações, mas foi muito mais além, impondo verdadeira ruptura em relação ao que havia sido feito até então.

Nos dizeres de Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 228-229):

[...] O novo direito constitucional brasileiro se funda, portanto, na *dupla constatação* de que, após a Constituição de 1988, a *redemocratização do país e a sua conseqüente reinstitucionalização*, progressos a olhos vistos, se deram no âmbito de uma mudança de paradigma. Os pilares bem marcados desse edifício institucional são: (a) *a força normativa da Constituição*, com a busca de efetividade de suas normas; e (b) *o desenvolvimento de uma dogmática constitucional fundada em princípios* (novos métodos hermenêuticos e princípios de interpretação).

Nesse quadro, a antiga contraposição entre a jurisprudência dos *code based legal systems* (vinculada ao princípio da legalidade) e a jurisprudência do *judge-made law* não têm mais lugar. [...]

Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça (2015, p. 337) confirmam:

[...] A Constituição Federal de 1988 deu maior relevo ao papel da jurisprudência, não apenas em razão da redemocratização do país, mas também pela ampliação dos instrumentos de *judicial review*, a constitucionalização de novos direitos e a renovação da hermenêutica constitucional com a valorização dos princípios jurídicos. [...]

Mais do que simplesmente ampliar os instrumentos de revisão judicial ou aprimorar a sistemática de conformação constitucional, a nova ordem alinhou-se à tendência social de “dinamizar” o ambiente jurídico, incorporando fenômenos como a “princípioalização” do Direito, cenário que favoreceu, em último grau, a idealização de componentes do modelo precedental.

Mesmo porque, relegada aos órgãos julgadores a tarefa de “criar” o Direito pela via de extensa discricionariedade interpretativa, exsurge a importância de se estruturar mecanismos voltados à racionalização da atividade decisória.

Cláusulas abertas tomaram o espaço de regras dotadas de incidência específica, o que impulsionou o aperfeiçoamento da atividade hermenêutica. Referida abertura contribuiu para que o mundo jurídico caminhasse ao lado do mundo social.

É o que explica Fabio Victor da Fonte Monnerat (2012, p. 246) já adentrando no papel do intérprete. Segundo ele: “[...] *conceitos vagos ou indeterminados e cláusulas gerais, assim como as normas com estrutura de princípios, são indispensáveis ao Direito atual e, em certa medida, transferem ao intérprete a delimitação do sentido e do alcance do enunciado normativo. [...]*”.

Aliás, é por conta disso – e também outras razões mais – que José Carlos Francisco (2012, p. 77-78) identifica o Judiciário como um relevante agente formador do Direito atual, ponderando justamente que: “[...] a aplicação de princípios como parâmetro de solução do caso concreto gera maior participação do Poder Judiciário na criação do Direito (elemento ou fundamento organizacional do pensamento neoconstitucional) [...]”.

De fato, este é um dos grandes avanços estimulados pela promulgação da chamada “Constituição Cidadã”: colocar o Judiciário na condição de efetivo “criador do Direito”.

Não se nega que o Poder Legislativo continuou – e ainda continua – com a função precípua de criar e renovar os atos normativos; mas o caminho a ser trilhado perpassa necessariamente pela atuação interpretativa e criativa do Poder Judiciário.

Para corroborar com essa conclusão, basta verificar que, no aspecto dos direitos sociais, a CF/88 positivou diversos dispositivos, que, aos poucos, culminaram no ajuizamento de centenas e milhares de demandas prestacionais.

Aqui, é verdade, surgiram diversos contratemplos de ordem organizacional e funcional (quadro de pessoas insuficiente, dificuldade em relação à aquisição de tecnologia adequada, limitação dos recursos financeiros, etc.). Mas, a par dessa problemática, convém abordar especificamente o problema relativo à atividade decisória dos órgãos julgadores.

Novamente: com o aumento do grau de abstração das normas, surgiu a tarefa judicial de atribuir contornos aos princípios jurídicos (MARINONI, 2009, p. 51-52). Mas a subjetividade dos interlocutores do Direito somada à amplitude da abertura semântica alargou sobremaneira aquilo que se denomina de “dissonância decisória”.

Afinal, se são diversas as possibilidades de interpretar as normas jurídicas, diversas também são as possibilidades de decidir uma mesma questão jurídica. Conforme apresenta Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 263-264):

[...] Já observei, em vários textos escritos anteriormente, que hoje a lei está repleta de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais e a importância que se dá aos princípios jurídicos vem se acentuando visivelmente nas últimas décadas.

Portanto, a lei, pura e simplesmente, muitas vezes não garante mais automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, **o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.** [...] (grifos originais)

As consequências dessa distorção são graves a tal ponto de influir no padrão comportamental dos indivíduos. Até porque a atuação judicial não se resume a decidir uma relação jurídica entre duas partes, mas delimitar pautas de conduta para a sociedade como um todo (SANTOS, 2012, p. 134).

No Brasil – por conta do próprio processo de amadurecimento jurídico pelo qual vem passando – essa instabilidade é patente, tanto no sentido vertical (entre órgãos julgadores de mesmo grau hierárquico) quanto horizontal (entre órgãos julgadores de grau hierárquico diferente).

A arena judicial brasileira chega a ser tratada como o ambiente da loteria judicial, onde juízes prolatam decisões diferentes para casos simetricamente iguais. Denunciam Lúcio Grassi de Gouveia e Fábio Gabriel Breitenbach (2015, p. 507):

[...] A prática jurídica revela que existem decisões diferentes para casos que são simetricamente iguais e, muitas vezes, são proferidas decisões que desconsideram completamente o ordenamento constitucional e infraconstitucional posto, bem como a força obrigatória dos precedentes. Nesse caso, múltiplas decisões para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente e injusta. [...]

O problema é que o Direito referencia um modelo de prática hermenêutica que não admite interpretações articuladas a partir das preferências pessoais dos julgadores.

É nessa linha que, retomada a tendência descrita anteriormente, Lorenda Miranda Santos Barreiros (2015, p. 189) dá destaque: “[...] à crescente atribuição de eficácia e importância aos precedentes judiciais [...]”.

Segundo a autora:

[...] O enquadramento do Brasil na família romano-germânica, sobretudo na atualidade, é, todavia, objeto de questionamento por parte da doutrina. A adoção, no país, de institutos típicos da *common law* (o controle difuso de constitucionalidade, presente no ordenamento brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891; a tutela de direitos supra-individuais; a cláusula geral do devido processo legal; **a crescente eficácia atribuída aos precedentes judiciais**) revela, quando menos, profunda mitigação das características típicas da tradição da *civil law*. [...] (BARREIROS, 2015, p. 188 - grifos nossos)

E não poderia ser diferente. Se a norma jurídica tem sido cada vez mais significada pela atuação dos juízes, abre-se espaço para pensar sobre a maneira de aperfeiçoar tal sistemática.

O sistema jurídico não pode estruturar-se a partir de um ambiente de imprevisibilidade e incertezas. Deve, sim, partir de moldes que assegurem previsibilidade, confiança, unicidade e uniformidade.

As decisões precisam ser coerentes e estáveis. E, como sugere Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 52), é indispensável “[...] outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta. [...]”.

Para tanto, nada mais razoável do que sistematizar racionalmente a questão da normatividade oriunda da atividade decisória. E foi exatamente o que se pretendeu fazer ao longo da vigência da atual CF/88, inclusive mediante a realização de alterações estruturais.

Válido apontar duas reformas jurídicas que confirmam esse sentido: (i) a Emenda Constitucional nº 3/1993; e (ii) a Emenda Constitucional nº 45/2004.

A primeira, na condição de uma das primeiras alterações substanciais da Constituição Cidadã, deu vida à figura da *Ação Declaratória de Constitucionalidade*.⁶

Trata-se de instrumento relevante porque sua implementação deu origem a um modelo de vinculação interessante em matéria de obediência jurisprudencial. Explica-se: quando prolatadas sob esta via de controle de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal devem ser seguidas pelos órgãos jurisdicionais de grau inferior.

A dinâmica, por razão óbvia, opera em favor da doutrina dos precedentes, conforme mencionam Andreza Cristina Baggio e Ilana Bertagnolli (2017, p. 173):

[...] Marco da evolução histórica dos precedentes judiciais no Direito brasileiro foi visto na edição da Emenda Constitucional n. 03, de março de 1993, que inseriu no sistema a ação declaratória de constitucionalidade. A partir disso, o efeito vinculante passou a ser previsto, constitucionalmente, para as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. A regulamentação infra-constitucional acabou por vir em 1999, com a edição das Leis 9868 e 9882. [...]

⁶ Está prevista no § 2º do art. 102 da CF/88 e sua regulamentação só veio a acontecer por meio da Lei nº 9.868/1999.

Ainda sobre a importância desse movimento, José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 121) complementa:

[...] Abriu-se assim, a passos largos, o caminho de adoção, no Brasil, do precedente judicial com força vinculante em situações que se encontram em jogo importantes *quaestiones iuris*, de inequívoco peso político [...] (TUCCI, 2012, p. 121).

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45/2004 – talvez com nível de importância ainda maior para o assunto – foi a responsável pela inserção do art. 103-A no texto constitucional, autorizando o Supremo Tribunal Federal a produzir as chamadas *Súmulas Vinculantes*.⁷

Acerca do instituto, explica Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 45):

[...] Esta Emenda Constitucional incluiu no texto constitucional o art. 103-A, que estabelece a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula com caráter obrigatório e vinculante para todo o Poder Judiciário e, ainda, para a Administração Pública direta e indireta, em todas as suas esferas. Nos termos desta nova norma constitucional, “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. [...]

Trata-se de mecanismo dotado de eficácia vinculante, pelo qual os integrantes do Supremo Tribunal Federal podem, por sua iniciativa ou por provocação de alguns legitimados, aprovar (mediante decisão de dois terços de seus membros) a edição de súmulas que se projetem a todos os demais órgãos jurisdicionais, assim como à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Embora haja dificuldade de preencher os pressupostos – já que a tese precisa necessariamente envolver “controvérsia atual”, que acarrete “grave insegurança jurídica” e o risco de “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” – vê-se que a inovação

⁷ Procedimento regulamentado pela Lei nº 11.417/2006.

denotou preocupação com a estabilização e uniformização jurisprudencial, mas sem descuido em relação ao “caminhar” do Direito.

A despeito da edição do verbete sumular ocorrer após longo processo de amadurecimento das discussões jurídicas⁸, o procedimento permite o uso de técnicas de flexibilização e superação do entendimento sumulado.

Isso porque o Supremo tem a possibilidade de proceder à revisão ou o cancelamento da Súmula Vinculante; ou seja, há evidente cuidado com o fato de que o ambiente jurídico deve permanecer em constante movimento.

E, conforme observa Pedro Miranda de Oliveira (2012, p. 710-711):

[...] Costuma-se dizer que a súmula vinculante foi inspirada remotamente no sistema do *common law*, mais especificadamente no direito norte-americano, em que impera o princípio do *stare decisis*, consubstanciado no respeito à regra dos precedentes. Consiste este princípio no prestígio que os julgadores emprestam às decisões anteriores, para destas tornarem um princípio que norteará o julgamento do caso concreto [...]

Sem se aprofundar, neste momento, no funcionamento do “Common Law”, convém assinalar que, de fato, a sistemática das Súmulas Vinculantes apresenta boa similaridade com a dinâmica utilizada naquele sistema, uma vez que ali o Direito é articulado pela doutrina do “Stare Decisis”⁹, havendo preocupação, de um lado, com a preservação dos posicionamentos consolidados pelos Tribunais e, de outro, com a construção incremental do Direito.¹⁰

Sobre o assunto, Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 238) explica:

⁸ Como confirma André Ramos Tavares (2009, p. 18): “[...] *Pela sua ‘gravidade’ o conteúdo da súmula vinculante não pode representar apenas o pensamento imediato e isolado do STF. Deve ter sido objeto de discussões e maturação ao longo do tempo e das demais instâncias judiciais, o que sempre contribuirá para a formação do pensamento do STF. [...]*” (grifos nossos).

⁹ Sobre o ponto, válido assinalar: “[...] *Essa comparação que se faz entre stare decisis e súmula vinculante está baseada em algumas circunstâncias comuns a ambos os institutos: i) preocupação exclusiva com casos concretos; ii) necessidade de fazer surgir, a partir de decisões concretas, uma diretriz a ser adotada em outros casos similares (um certo ‘processo de objetivização’ das decisões concretas. [...]*” (TAVARES, 2009, p. 24).

¹⁰ De destaque, neste aspecto, que, no sistema “Common Law”, foram concebidas técnicas de julgamento que se prestam justamente a esses desígnios, como o “distinguishing” e o “overruling”, mecanismos que já foram incorporados, de certo modo, ao Direito brasileiro e que serão melhores explorados oportunamente.

[...] Trata-se da *recepção constitucional tardia* da jurisprudência dos precedentes, que exige dos juristas uma preocupação renovada com o método (não só no fórum, mas também no ensino jurídico). São temas que deverão fazer parte do cotidiano: a *ratio decidendi*, sem a qual se torna inaplicável, na prática, a jurisprudência dos precedentes; o *distinguish*, que trata da distinção entre os casos julgados e o caso em julgamento; e o *overrule*, alertando para a possibilidade de superação dos precedentes anteriores (o direito é dinâmico). [...]

O autor chega a afirmar que, ao estabelecer a possibilidade das súmulas vinculantes, o Brasil: “[...] abriu espaço para a consolidação de uma antiga regra de direito norte-americano que já vinha, ao longo da história nacional, consolidando-se de maneira lenta e gradual: o *stare decisis*. [...]” (ZANETI JR., 2014, pg. 47).

O que se mostra relevante é que, nas últimas décadas, houve, sim, um substancial remodelamento do sistema jurídico, em especial pelos impulsos dados pela nova ordem constitucional.

Agora, se a estrutura constitucional foi capaz de ressignificar o modelo de funcionamento judicial, isso ecoou de maneira ainda mais abalizada no âmbito das legislações infraconstitucionais. E o Direito Processual Civil brasileiro é o maior exemplo disso.

1.2 IMPULSOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) já havia sofrido diversas alterações legislativas de maneira a expressar uma nova configuração da *atividade decisória* e do *procedimento* em si (MONNERAT, 2012, p. 246).

No primeiro caso, pode-se falar que, ao longo do tempo, foram criados diversos mecanismos de vinculação das decisões judiciais mediante sistemática – ainda que ineficiente – de obediência à jurisprudência uniformizada.

Quanto à questão procedimental, por sua vez, houve diversos sinais de abreviação do processo, seja pela supressão de incidentes impertinentes ou mesmo pelo encurtamento de fases dispensáveis. O objetivo: combater a morosidade processual, especialmente em relação a discussões sobre as quais já existisse entendimento consolidado dos Tribunais Superiores.

Sem se perder nos variados exemplos a esse respeito¹¹, de se destacar o tratamento atribuído à sistemática de acesso às Cortes Superiores, pela qual, em relação aos chamados *recursos excepcionais*, foram incorporados diversos dispositivos legais voltados, novamente, à uniformização da jurisprudência.

Thomas da Rosa de Bustamante (2015, p. 295) resume os aspectos elementares da legislação mencionada:

[...] No âmbito do processo civil ordinário, criou-se a denominada “súmula impeditiva de recurso”, por meio do art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, que consiste na autorização para qualquer juiz de primeiro grau negar seguimento aos recursos de apelação interpostos contra sentenças fundadas em súmula (seja vinculante ou não) do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, e mais importante ainda, foi permitido ao Relator, monocraticamente, “negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em *confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior*” (art. 557 do Código de Processo Civil de 1973).

E, por derradeiro, foi estabelecido um rito próprio para julgamento dos Recursos Extraordinários e dos Recursos Especiais. Uma vez reconhecida a “repercussão geral” de um recurso extraordinário, no Supremo Tribunal Federal, ou reconhecida a existência de um “recurso representativo de controvérsia”, no Superior Tribunal de Justiça, serão selecionados recursos representativos e suspensos todos os processos existentes em todos os tribunais do país sobre o Tema em questão, para que todos possam ser julgados após o Tribunal Superior (o STF ou o STJ) fixar a sua jurisprudência sobre a matéria reconhecida.

O espírito da denominada Reforma do Processo, portanto, foi o de acentuar o poder normativo dos Tribunais Superiores e estabelecer uma vinculação estrita ao precedente judicial. De um lado, para as súmulas vinculantes e os precedentes decorrentes de decisões prolatadas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, estabeleceu-se uma norma constitucional tão forte quanto as “convenções constitucionais” inglesas sobre a força do precedente judicial. De outro lado, para os recursos “extraordinários” ou os recursos “representativos de controvérsias”, cria-se um precedente dotado de “efeito vinculante” ao menos em no “sentido frágil”, que cria uma autêntica obrigação jurídica de seguir o precedente a não ser em casos excepcionalíssimos, que devem ser devidamente justificados. [...]
(grifos nossos)

¹¹ Para citar alguns: o incidente de uniformização de jurisprudência (previsto nos artigos 476 a 479 do CPC/73); o poder do Relator de negar seguimento a recurso que estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante (previsto nos artigos 557 do CPC/73); a improcedência liminar do pedido (prevista nos artigos 285-A do CPC/73); dentre outros.

Indo além, válido citar os artigos 543-B, §3º, e 543-C, §7º, do CPC/73, que impuseram a possibilidade de juízo de retratação pela Corte “ad quem” quando o acórdão recorrido estiver em desconformidade com o teor do julgamento do recurso “representativo da controvérsia”. Ou seja, um mecanismo que se preocupou, ao mesmo tempo: (i) com a uniformidade das decisões do Judiciário; e (ii) com o encurtamento do procedimento na hipótese de efetiva retratação.¹²

De todos esses fragmentos processuais, verifica-se uma tendência muito evidente de entrelaçamento entre “Processo” e “Constituição”, fenômeno, aliás, que vem ocupando um bom espaço nas atuais discussões doutrinárias, mormente sob a referência de “constitucionalização do processo civil”.¹³

A alusão é muito clara e decorre do simples fato de que, na atual era do Direito Constitucional, não há como desconsiderar a inter-relação entre direito material e direito processual.

É o que se extrai da conclusão de Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 244):

[...] Tratou-se de demonstrar o conteúdo híbrido de nosso processo constitucional (fortemente influenciado pela tradição de *common law*) e a sua vinculação ao desenvolvimento do processo civil no nosso país. Com isso, construiu-se a base para a afirmação de que, no atual estágio da nossa ciência processual, não faz nenhum sentido ficarmos presos às limitações infraconstitucionais, que estão em desacordo com os objetivos da Constituição Federal de 1988: um processo efetivo e que observe o máximo possível de segurança jurídica. [...]

¹² São mecanismos tão importantes que acabaram sendo reproduzidos no CPC/15 (arts. 1.030, II, incluído pela Lei nº 13.256 de 2016).

¹³ Sobre o ponto, interessante observar que: “[...] Com a Constituição de 1988, o processo passa a ser uma instituição que, sob a denominação de modelo constitucional do processo, é regida pelo conjunto principiológico que envolve o devido processo legal, ‘princípio-síntese’ este que contém em si o acesso à Justiça, abarcando, pois, os princípios da ação e da defesa, publicidade, legalidade, motivação, isonomia e reserva legal, dentre outros. [...]” (DELLORE et al., 2016, p. 55).

Ademais, é importante ressaltar que o fenômeno da “constitucionalização” atingiu não só o Direito Processual Civil, mas também outros ramos do Direito, como o Direito Civil.

E o CPC/15 surge justamente para colocar-se à disposição do âmbito constitucional e vice-e-versa.

Referida legislação denuncia a existência dessa intersecção logo em seu primeiro artigo, ao prever que a ordenação do Código ocorrerá segundo “*os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil*”.

Tal dispositivo foi inserido em um Capítulo que trata das “normas fundamentais do processo civil”, no qual é possível encontrar diversos outros preceitos que, apesar de terem funcionalidade processual, revelam natureza eminentemente constitucional. Há menção, por exemplo, à inafastabilidade da jurisdição – cuja importância foi evidenciada acima – e outros vetores mais, como a duração razoável do processo, o direito ao contraditório, etc.

No quesito do modelo precedental, o CPC/15 sinaliza grandes oportunidades no combate à já mencionada “instabilidade decisória”.

Dierle Nunes e André Frederico Horta (2015, p. 292) ponderam o seguinte:

[...] O Código de Processo Civil de 2015 promove a estruturação de um **novo modelo dogmático** para o dimensionamento do direito jurisprudencial no Brasil em face do quadro de alta instabilidade decisória que acabou tornando inviável a promoção do uso adequado dos precedentes no Brasil, considerando a superficialidade da fundamentação dos julgados e a ausência de análise panorâmica dos fundamentos, entre outros déficits de aplicação. [...] (grifos nossos)

Há incontáveis exemplos que evidenciam os sinais desse “novo modelo dogmático” e que vão desde o aprimoramento daquilo que já existia na legislação anterior (e foi reproduzido com ajustes) até a criação de ferramentas novas.

Pertinente fazer alusão, desde logo, ao art. 926 do CPC/15, segundo o qual há dever dos Tribunais no sentido de uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Tal dispositivo acaba por direcionar a aplicabilidade do direito brasileiro, impondo nortes essenciais (estabilidade, integridade e coerência) não necessariamente correlacionados exclusivamente ao ambiente jurisprudencial, mas ao exercício da atividade decisória em si, que não pode ser dissonante e incoerente.

O art. 927 junta-se ao dispositivo anterior para também servir de base à formatação de uma dinâmica de vinculação. A regra - que será melhor abordada oportunamente - enuncia os provimentos que conferem obediência obrigatória aos juízes e Tribunais.¹⁴

E, para fechar as elucidações, com a ressalva de que outras inovações da legislação serão tratadas ao longo deste trabalho, válido citar também o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

É mecanismo que serve ao intento de dar cabo a discussões processuais massificadas e relativas à questão de direito. Repercuta consideravelmente na disciplina dos precedentes judiciais, porquanto se volta a reduzir o risco de “ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, incisos I e II, do CPC/15).

Nos dizeres de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva (2015, p. 574):

[...] O incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR - é um mecanismo de solução coletiva de conflitos, delineado na tentativa de trazer racionalização e eficiência diante dos conflitos de massa, para realizar a árdua tarefa de julgar os litígios envolvendo direitos individuais homogêneos. [...]

A perspectiva, vale dizer, é diferente do usual, porquanto o julgamento do incidente opera efeitos sobre os magistrados vinculados a um mesmo Tribunal; ou seja, a estabilização da decisão, neste caso, vai em sentido horizontal e vertical, mas impõe força obrigatória apenas de maneira regionalizada.

Enfim, o que convém evidenciar é que há – já há algum tempo – um processo constante de intensificação da criação judicial do Direito e isso se verifica também na esfera do Direito Processual Civil.

Inquestionável a tendência do sistema jurídico brasileiro em incorporar, ainda que em parte, a lógica jurídica dos países de tradição “Common Law”, em especial no que tange à identificação de força normativa em decisões judiciais.

Como explica Sérgio Porto (2010, p. 06):

¹⁴ Antecipa-se, desde logo, haver intenso debate acerca da constitucionalidade desse dispositivo e de sua capacidade de ter enunciado, desde logo, quais seriam os “precedentes” do sistema jurídico brasileiro. Tal questão que será retomada no item 3.1 deste trabalho.

[...] Da common law para civil law, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “commonlawlização” no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada “commonlawlização” do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestígio da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz. [...]

Resta, em âmbito interno, idealizar categorias jurídicas capazes de racionalizar essa gradual inserção de pensamentos empiristas e antidogmáticos, articulando-se melhor o modelo precedental, no Brasil.

É o que se passa a fazer, partindo-se de readequações jurídicas de normas já existentes no arcabouço normativo do Direito brasileiro.

2 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES VINCULANTES

Ultrapassada a tarefa de compreender os variados sinais da realocação da decisão como fonte primária do Direito brasileiro¹⁵, o desafio é saber como portar-se diante das alterações pelas quais o sistema jurídico vem passando.

Propõe-se a formatação de uma cultura de precedentes pela redefinição de pilares jurídicos já existentes no modelo brasileiro, mas que precisam ter seus significados alterados.

Quanto ao ponto, partilha-se da mesma justificativa apresentada por Evaristo Aragão Santos (2012, p. 140) quando da realização de trabalho relacionado ao tema:

[...] não defendo, aqui, obviamente, uma postura xenófoba do pensamento jurídico. Tampouco que não devamos conhecer e, eventualmente, aproveitar, conquistas intelectuais alcançadas em outros ordenamentos. Sugiro, apenas, que primeiro conheçamos nossa realidade para, em seguida, pensarmos soluções que lhe sejam realmente adequadas; [...]

Pensar soluções adequadas significa identificar apoios jurídicos internos, cujos valores precisam ser compatibilizados àquilo que se pretende trazer de fora, notadamente para viabilizar a racionalização da “novidade”, no Brasil.

E o primeiro passo – como é de se pressupor – é partir de fundamentos constitucionais. Afinal, a Constituição Federal não é um sistema fechado em si, mas um modo de olhar e interpretar todos os institutos do Direito.¹⁶

Toda a ordem jurídica deve ser lida e relida à luz da Constituição Federal, havendo inclusive o que alguns autores costumam chamar de “filtragem constitucional”¹⁷, pela qual interpretações normativas devem ser validadas a partir do texto constitucional.

¹⁵ E, para que não restem dúvidas, transcreve-se a constatação de Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 233) no sentido de que: “*A natureza das mudanças decorrentes do pós-positivismo (constitucionalização e principialização dos direitos) e a conformação atual do direito no nosso ordenamento jurídico (súmulas vinculantes, decisões com efeito vinculante e jurisprudência dominante dos tribunais), reconhecidamente uma tendência internacional, revelam uma insofismável realidade: a jurisprudência é fonte primária no direito contemporâneo brasileiro. [...]*” (grifos nossos)

¹⁶ Nesse sentido, é interessante observar que, em um dado momento, o Direito constitucionalizou-se a tal ponto de concentrar grande parte de seus elementos centrais no texto constitucional (ZANETI JR., 2014, p. 51).

Nesse sentido, ensina Luis Roberto Barroso (2008, p. 43):

[...] a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. [...]

Agora, se o modelo constitucional brasileiro – e de um modo geral o próprio sistema jurídico brasileiro – tem sido atraído cada vez mais pela lógica de significação das normas pela via da prolação de decisões judiciais (o que, em certa medida, tem convocado a articulação de um modelo precedental, conforme será melhor desenvolvido), qual norma constitucional precisaria ser reajustada para absorver e dar razão a esse movimento?

A resposta remonta, dentre diversas possibilidades, aos lineamentos circundantes ao princípio da **segurança jurídica**.

Como explica Daniel Mitidiero (2018, p. 24-25), somente a segurança jurídica é capaz de conduzir o Direito a se preocupar com o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e igualitária. Somente ela propõe-se a resolver o problema central da “vinculação do exercício do poder à ordem jurídica”.

Diz o autor:

[...] A promoção da segurança jurídica consubstancia-se, portanto, em um problema central e perene de qualquer ordem jurídica. Sem um ambiente jurídico capaz de proporcionar segurança entre as pessoas, é impossível conceber um espaço para que se possam fazer escolhas juridicamente orientadas. Sem um ambiente seguro, é do mesmo modo impossível reconhecer qual o Direito vigente e que deve ser aplicado para todos *uniformemente*. Daí a razão pela qual a *segurança jurídica é normalmente compreendida como uma das condições pelas quais o Direito se torna possível – vale dizer, uma condição para que se possa conceber a própria existência do Direito*. [...] (MITIDIERO, 2018, p. 24-25; grifos originais).

¹⁷ Sobre o ponto, Paulo Ricardo Schier (2005, p. 146) explica que o desenvolvimento da ideia de “filtragem constitucional” teve embasamento no seguinte pensamento: “[...] tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo. [...]”.

Por essa razão, atendo-se ao sentido que se pode extrair da segurança jurídica em sua relação com a dinâmica de vinculação de precedentes, ensinam Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça (2015, p. 339):

[...] O fortalecimento dos precedentes judiciais desempenha papel importante na preservação **dos valores constitucionais da segurança jurídica** e da isonomia entre os jurisdicionados. O sistema de precedentes promove estabilidade ao ordenamento jurídico, afasta a ocorrência da jurisprudência lotérica e evita a ocorrência de julgamentos contraditórios, em prejuízo dos jurisdicionados [...] (grifos nossos)

De fato, de acordo com Pedro Miranda de Oliveira (2012, p. 679), a criação de precedentes visa a atribuir **segurança e previsibilidade** aos jurisdicionados:

[...] no *common law*, por nunca ter existido dúvida que os juízes interpretam a lei e, por isso, podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de ganhar a **segurança** e a **previsibilidade** que a sociedade necessita para se desenvolver. [...] (grifos nossos)

Mas previsibilidade não é tudo. Além dessa perspectiva relacionada à estabilização do Direito, o sistema jurídico também se presta a impulsionar a dinamicidade do Direito. E, no bojo de um sistema de vinculação de precedentes, isso se dá mediante a harmonização das decisões judiciais no tempo, com projeção tanto ao passado quanto ao futuro.

Mas, antes de adentrar nessa proposição em particular, é preciso compreender, ainda que de maneira breve, como a segurança jurídica costumou ser pensada no Brasil e como isso ainda influi no pensamento jurídico brasileiro.

Vislumbradas certas dificuldades nesse sentido, inevitavelmente a análise partirá para o ideal quanto ao remodelamento do significado da categoria jurídica aqui tratada, de maneira a ajustá-la aos significados impostos pelo novo modelo normativo-hermenêutico que se tem estruturado.

2.1 COMO É: ACEPÇÃO ORIGINAL DA SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL E DIFICULDADES DAÍ DECORRENTES

Retomando as diferenciações básicas dos dois grandes ramos do Direito, pertinente atentar-se aos ensinamentos de André Ramos Tavares (2009, p. 23):

[...] Há uma radical oposição e (aparente) incompatibilidade entre os modelos mencionados [“Civil Law” e “Common Law”]. Realmente, enquanto o *modelo codificado* (caso brasileiro) atende ao pensamento abstrato e dedutivo, que estabelece premissas (normativas) e obtém conclusões por processos lógicos, tendendo a estabelecer normas gerais organizadoras, o modelo do jurisprudencial (caso norte-americano, em parte utilizado como fonte de inspiração para criação de institutos no Direito brasileiro desde a I República) obedece, ao contrário, a um raciocínio mais concreto, preocupado apenas em resolver o caso particular (pragmatismo exacerbado). Este modelo do *common law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial (*judge made law*). É, pois, um sistema nitidamente *judicialista*. Já o Direito codificado, como se sabe, está baseado, essencialmente, na lei [...]

Agora, para tratar especificamente da “segurança jurídica”, Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 55) confirma que originalmente ela “[...] *adquiriu feições antagônicas no civil law e no common law. No common law fundamentou o stare decisis, enquanto que, no civil law, foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões. [...]*”.

Pedro Miranda de Oliveira (2012, p. 679) aprofunda-se sobre a diferente maneira como a segurança jurídica foi imaginada nos dois grandes ramos do Direito:

[...] Note-se que o *civil law* não só imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria consoante a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais. Mais: imaginou que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos. Os países que adotaram o sistema *common law*, contudo, perceberam que a segurança e a previsibilidade teriam de ser buscadas não na lei, mas sim nos precedentes ou mais precisamente no *stare decisis*, cuja expressão completa é *stare decisis et non quieta movere*, que significa “ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso”. [...]

Não significa dizer que a aplicabilidade da segurança jurídica seja pior ou melhor em um ou outro local. É apenas diferente, com incidência específica, que “caminha” paralelamente, sem qualquer ponto de conflito.

Mas, a depender do ramo jurídico em que a segurança jurídica é enquadrada, ela apresenta perfil diferenciado, razão pela qual deve ser pensada de maneira distinta, segundo as conjecturas e peculiaridades do ambiente jurídico no qual está circunscrita.

O Brasil, como já antecipado, é país tradicionalmente vinculado à tradição do “Civil Law” e, portanto, desenvolveu-se com base em raízes históricas que o levaram a conceber a segurança jurídica enquanto resultado do modelo codificado.

Especialmente no que tange à atividade decisória, a resposta jurídica comumente resultava da declaração de uma lei preexistente; ou seja, os Códigos e sua pretensa completude tinham o condão de garantir previsibilidade aos jurisdicionados, sendo certo que a resolução dos embates partia da aplicação prevista e (pré) determinada da lei.

Daniel Mitidiero (2018, p. 73-74) aprofunda:

[...] o problema da vinculação ao direito no Brasil sempre foi pensado como algo concernente apenas à legislação, cuja aplicação para os casos concretos dar-se-ia com a colaboração de um *juge inanimé* – encarregado apenas de *declarar* uma norma preexistente para a correta solução do caso. E mesmo quando se percebeu que a lei poderia não ser suficiente, ainda assim se imagina que a tarefa do juiz estava ligada a extrair da legislação a resposta para o caso concreto. Daí que a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade foram conceitos normalmente pensados tendo como referencial exclusivamente a legislação – sendo essa inclusive a abordagem da nossa própria Constituição. [...] (grifos originais)

Em outras palavras, a segurança jurídica não parecia estar no escopo de preocupação do Poder Judiciário. Aparecia como valor inerente à atuação do legislador, sendo certo que os Tribunais, ainda que houvesse algum tipo de margem interpretativa nesse sentido, apenas exteriorizavam a normatividade pensada de antemão pelo Poder Legislativo.

A questão que se coloca é se essa noção original continua válida para os dias de hoje ou se não seria o caso de revê-la, ajustando-a às “novidades” que vem sendo apresentadas ao sistema jurídico brasileiro.

Afinal, como confirmado por Michele Taruffo (2014, p. 01), “[...] a distinção tradicional segundo a qual os primeiros [ordenamento de ‘Common Law’] seriam fundados no precedente, enquanto os segundos [ordenamento de ‘Civil Law’] seriam fundados na lei escrita não tem mais valor algum descritivo [...]”.

O Brasil, como já antecipado, tem sofrido diversas transformações jurídico-normativas que vem alterando sua lógica de produção de normas. A abertura semântica das normas jurídicas e a consequente idealização de mecanismos de uniformização de jurisprudência abriram espaço para o alargamento da importância do Judiciário enquanto órgão responsável pela “criação do Direito”.

Para além disso, a *decisão judicial* em si mesma passou a ocupar a condição de fonte normativa primária, no Direito brasileiro. E, se isso é verdade, exsurge o debate acerca da melhor forma de aperfeiçoar a sistemática de significação das normas pelos Tribunais.

De uma maneira ou de outra, a despeito do entendimento que se possa ter acerca do que seria “precedente” no Direito brasileiro (discussão que será aprofundada mais adiante), a discussão perpassa pela necessidade de articular um modelo de precedentes, donde se verifica a necessidade de infirmar a concepção original existente, no Brasil, em torno da segurança jurídica.

Isso, contudo, não é tarefa fácil. Afinal, na prática, ainda há muita dificuldade em assumir todos os estreitamentos jurídicos e, em via reflexa, absorver uma cultura de precedentes.

Marcelo Veiga Franco (2015, p. 525), elaborando assertivas a respeito do sistema jurídico brasileiro, ensina que aqui “[...] *não há uma compreensão adequada dos institutos e conceitos que formam a common law. A histórica e constante influência do sistema do civil law ainda se mostra arraigada em boa parte dos juízes e advogados. [...]*”.

De fato, embora o ranço histórico tenda a perder força com o tempo (em especial com a tendência dos órgãos julgadores em se utilizarem cada vez mais do método indutivo de significação da norma em detrimento do método dedutivo), não se pode negar que ele ainda vem comprometendo a operacionalização de uma nova atividade judicante, ajustada a tais moldes.

Ainda há uma tendência muito forte em compreender o Direito a partir da mecânica de subsunção da lei, no Brasil. E isso, confrontado à normatividade oriunda da vinculação decisória, causa sérias dificuldades.

Sobre tal distorção, Dierle Nunes e André Frederico Horta (2015, p. 305) expõem a crítica:

[...] Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matiz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de *hiperintegração do direito*. [...]

Apontando especificamente alguns “*indícios de desvirtuamento da utilização de precedentes*”, Lorenda Miranda Santos Barreiros (2015, p. 199) denuncia, em linhas gerais, o que chama de “*ementocracia*”¹⁸ e “*excessiva abstrativização da súmula vinculante*”, fenômenos cuja causa remontam à: “[...] *configuração teórico-dedutiva e racional do pensamento do jurista brasileiro (e, de uma forma geral, dos juristas de países associados à tradição da civil law) [...]*”.

Em outras palavras, a contumácia em manter-se atrelado à percepções já ultrapassadas, compromete a operabilidade da criação de um modelo precedental, a atrair, como já antecipado, a assunção de reajustes como forma de contornar referido problema.

Se o Brasil tem absorvido o modelo de significação de normas pela via do Poder Judiciário (o que, por sua vez, tem corroborado para com a implementação de um sistema de vinculação de precedentes), é preciso repensar a segurança jurídica enquanto valor inserido especialmente na preocupação dos Tribunais, concebendo-se um sistema jurídico onde o juiz apareça como um dos grandes responsáveis pela tarefa de regulamentar condutas, seja para estabilizar ou mesmo para viabilizar mudança no mundo jurídico.

Portanto, convoca-se, em um primeiro sentido, a tarefa de pensar a segurança jurídica pelo viés da aplicabilidade do Direito pelo órgão julgador. E, ultrapassado esse sentido, convoca-se a concretização específica de tal valor, concebendo-o como norma-princípio, que apresenta dimensões distintas.

Esses novos lineamentos é que serão desenvolvidos abaixo.

¹⁸ Expressão utilizada pela autora para fazer alusão à prática de aplicar um precedente a partir da mera referência a sua ementa, sem a realização de uma profunda atividade argumentativa, com apontamento das razões de decidir aplicáveis ao caso concreto em sua relação com o precedente usado como paradigma.

2.2 COMO DEVE SER: ACEPÇÃO NORMATIVO-PRINCIPIOLÓGICA DA SEGURANÇA JURÍDICA E SUAS DIMENSÕES ESTÁTICA E DINÂMICA

Na CF/88, é possível intuir a segurança jurídica como princípio jurídico em diversas passagens do texto constitucional. Logo no preâmbulo, há alusão ao estabelecimento de um Estado Democrático destinado a assegurar – dentre outras coisas – “segurança”. E o termo é repetido no *caput* do art. 5º, desta vez evidenciando sua natureza de direito fundamental.

Embora não haja conteúdo delimitado e a indeterminação seja notável pela própria forma como o tema é tratado pelo Constituinte, isso não diminui a importância que ele relegou ao tema.

Ao reverso, sob referências diretas e indiretas ao termo “segurança”, é que se verifica a intenção de evocar a importância de tal expressão por ser elemento que ultrapassa o próprio âmbito de atuação do Direito.

Veja-se que, a par da questão jurídica em si, a busca pela segurança é algo inerente à própria sociedade e revela a aspiração de todo ser humano em obter “[...] *parâmetros sólidos para o desenvolvimento regular de suas atividades, sem instabilidades repentinas [...]*” (CAMPOS JÚNIOR, 2017, p. 13).

Vários são os pontos de vista que se pode ter em relação à expressão “segurança”, acepções que resvalam na seara das ciências sociológicas, filosóficas e até mesmo políticas. Mas, para os fins deste trabalho, interessa, por óbvio, a segurança “jurídica”; ou seja, aquela realizável **no** Direito.¹⁹

E, mesmo adotado esse ponto de partida, isso ainda não é o suficiente para reduzir a abrangência da tratativa. A expressão “segurança jurídica” é semanticamente ampla e sua compreensão dá margem a diversos enfoques e discussões doutrinárias.

Por exemplo, debatendo a natureza do instituto, sobreleva-se o tradicional embate travado por Jerome Frank e Norberto Bobbio (PEIXOTO, 2018, p. 42-46).

¹⁹ Quanto ao ponto, observe-se que Humberto Ávila (2012, p. 142), ao tratar dos diversos sentidos do termo “jurídica” constante na expressão “segurança jurídica”, conclui que a expressão mais abrangente e que melhor representa seu sentido seria “segurança no Direito”, acepção, que, segundo entende, “[...] *melhor ilustra a compreensão de que a segurança jurídica não é uma qualidade intrínseca do Direito ou de suas normas, vinculada à sua prévia determinação, porém um produto cuja existência, maior ou menor, depende da conjugação de uma série de critérios e de estruturas argumentativas a serem verificadas no próprio processo de aplicação do Direito [...]*”.

Para o primeiro, o magistrado revela atividade criativa, sendo impossível ao jurisdicionado prever o resultado de suas demandas, de modo que a segurança jurídica, por ser incompatível com a dinamicidade do ordenamento jurídico, não é outra coisa senão um mito; ou seja, um valor absoluto inalcançável. O segundo, por sua vez, enxerga a segurança jurídica como elemento constitutivo do Direito, que deve produzir, ao menos, um mínimo de grau de certeza; para ele, portanto, ela seria um valor relativo, que deve ser gradualmente atingido (PEIXOTO, 2018, p. 42-46).

Tal debate resta inócuo se assumida a tarefa de avaliar a segurança jurídica de maneira analítica e dogmática, dissecando-se os seus diversos aspectos.

Humberto Ávila, imbuído de executar referida tarefa, aponta a superficialidade com que os autores mencionados acima trataram o tema. Indica que o conflito (Frank *versus* Bobbio) parte de vaguezas conceituais e, por isso, é meramente aparente, já que os autores estão a tratar de objetos diferentes, que não podem ser discutidos sob o mesmo plano de análise.

Segundo afirma:

[...] enquanto o primeiro se refere à segurança jurídica como capacidade de prever com exatidão uma decisão judicial futura, o segundo faz remissão àquela como a capacidade de calculá-la de modo aproximado em toda a complexidade do fenômeno jurídico. O primeiro examina-se no plano do ser, analisando a segurança jurídica como fato, ao passo que o segundo radica no plano do dever-ser, perscrutando-a como norma. [...] (ÁVILA, 2012, p. 86).

Assim, navegando-se na proposição adotada pelo autor, há necessidade de dissecar o conteúdo da segurança jurídica, o que, a seu ver, pode ser feito à luz da teoria tridimensional desenvolvida por Miguel Reale, enxergando-a sob três sentidos diferentes: a) como fato²⁰; b) como valor²¹; e c) como norma (ÁVILA, 2012).²²

²⁰ Como fato, a segurança jurídica refere-se a um estado fático, ou seja, “*uma determinada realidade concreta passível de constatação*”, donde se pode prever as conseqüências jurídicas de determinada situação (ÁVILA, 2012, p. 114).

²¹ Como valor, a segurança jurídica expressa-se como ideal a ser buscado. Não por imposição normativa do ordenamento jurídico, mas por conta de um juízo axiológico, pela qual se conclui que a busca pela segurança jurídica é algo almejável (ÁVILA, 2012, p. 114-115).

Interessa, para os fins desse trabalho, esse último sentido, donde se avalia a segurança jurídica como prescrição normativa a ser alcançada em função do ordenamento jurídico. Apesar de decorrer do Direito posto, não se trata de concepção meramente positivista, porquanto seus sentidos são construídos e reconstruídos com o tempo por meio de estruturas hermenêuticas e argumentativas. Por isso, aliás, esse plano, embora possa ser investigado de maneira separada, correlaciona-se indiscutivelmente com os demais, na medida em que a segurança jurídica, evocada à condição de norma-princípio, é diretriz que não consegue desprender-se de certa valoração legislativa (valor), assim como não consegue desprender-se do fato de que a sua concretização, no ambiente jurídico, implica inevitáveis consequências no ambiente fático (fato) (ÁVILA, 2012, p. 115-128).

Com a delimitação do sentido normativo do princípio da segurança jurídica, exsurtem diversos aspectos que podem ser extraídos da identificação. Humberto Ávila, prosseguindo-se na finalidade de examinar o princípio para lhe atribuir operacionalidade, indica diversos aspectos finalísticos (o estado de coisas a ser promovido) que se unem para compô-la. São eles: o aspecto finalístico-material (conteúdo); o aspecto finalístico-objetivo (objeto); o aspecto finalístico-subjetivo (sujeitos); o aspecto finalístico-temporal (tempo); o aspecto finalístico-quantitativo (medida); e o aspecto finalístico-justificativo (justificativa).

Sem adentrar nos meandros de cada um destes aspectos, o que interessa é tracejar as fronteiras deste trabalho, sobrelevando-se que, em relação ao seu objeto (aspecto finalístico-objetivo) e sujeito (aspecto finalístico-subjetivo), o enfoque, aqui, relaciona-se com a segurança jurídica decorrente “da aplicação das normas”; leia-se: aquela oriunda da prolação de decisões judiciais.

Além disso – e aqui está o ponto fulcral da análise proposta – a ideia é relacionar tais aspectos à **dimensão estática** e **dinâmica** do conteúdo da segurança jurídica (aspecto finalístico-material), cuja desconsideração inviabilizaria a busca pela coerência das decisões judiciais no “tempo” (passado, presente e futuro); daí porque inevitavelmente esse trabalho lidará com a perspectiva temporal oriunda da segurança jurídica (aspecto finalístico-temporal), a qual não se releva somente para fins classificatórios, mas principalmente como critério de comprovação do alcance de efetivo “estado de segurança jurídica”.

²² Tal enfoque, vale dizer, também é perfilhado por outros autores (PEIXOTO, 2018, p. 46-51)

É evidente que a tratativa recairá também sobre outros aspectos, além daqueles mencionados acima. Por exemplo: quanto ao aspecto finalístico-quantitativo, inevitavelmente a abordagem sugerirá a necessidade de alcançar a segurança jurídica em maior grau possível; e quanto ao aspecto finalístico-justificativo, a segurança jurídica será invocada, seja por conta de seu valor intrínseco ou de seu valor instrumental, como algo essencial à boa estruturação de um sistema de precedentes vinculantes.

Mas, em linhas gerais, a proposta básica é estruturada pelo viés de “criação” das normas por meio de decisões judiciais, as quais devem estar articuladas a tal ponto de revelarem a racionalidade do sistema de precedentes vinculantes; ou seja, a segurança jurídica atuando como diretriz capaz de levar os órgãos julgadores a reproduzirem o Direito em sua amplitude máxima, considerando-se principalmente a dimensão estática e dinâmica desse ideal e a necessidade temporal de manter juízos coerentes no tempo.

Para tanto, antes de seguir adiante, é preciso densificar o real significado de tais dimensões: (i) **a dimensão estática**; e (ii) **a dimensão dinâmica**.

2.2.1 DIMENSÃO ESTÁTICA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Quando se fala na dimensão estática da segurança jurídica, quer se falar no problema do *conhecimento do Direito*. É daí que se extrai o conceito de “cognoscibilidade”, compreendida pelo fato de que o sujeito que se submete ao Direito deve ter a capacidade de compreendê-lo, antevendo-se ao resultado que dele se espera.

Trabalha-se com o componente “**estático**”, porque é a partir dessa dimensão da segurança jurídica que os indivíduos têm a possibilidade de prever o modo como se dará a regulação da conduta.

Ou seja, a segurança jurídica, como expressão da noção de Estado de Direito, permite que subsista a fundada expectativa de que a norma vigente – e principalmente a interpretação judicial que se faz dela – seja, de fato, efetivada.

2.2.2 DIMENSÃO DINÂMICA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Quando se fala na dimensão dinâmica da segurança jurídica, quer se falar no problema da *força do Direito*. Daí, exsurgem elementos como “confiabilidade” e

“calculabilidade”, inseridos em um contexto em que, reconhecido o fato de que o Direito é dinâmico, é preciso mantê-lo marchando avante, mas sempre com respeito às situações já consolidadas.

Enquanto a *confiabilidade* atua na perspectiva retroativa de que os atos do passado devem ser mantidos no presente (“segurança do passado”), a *calculabilidade* atua na transição do presente ao futuro, garantindo-se ao cidadão que saiba como e quando serão realizadas as mudanças (“segurança do futuro”).

Trabalha-se com o componente “**dinâmico**” porque é a partir dessa dimensão da segurança jurídica que se garante ao sistema jurídico que ele esteja em constante e ordenada mudança, conforme exige a plasticidade social.

Há outras abordagens em relação a este enfoque. José Carlos Francisco (2011, p. 455-456), por exemplo, traça um panorama geral acerca da chamada “confiança legítima”. O autor elucida que, no Direito Público alemão, ela é composta por três elementos ou graus, sendo o terceiro a “[...] ponderação entre a **necessidade de proteção da confiança** que o destinatário dos atos do Poder Público depositou no Estado e a **necessidade das mudanças por parte do Estado, circunstância que exige análise de razoabilidade e de proporcionalidade.** [...]” (grifos nossos).

A abordagem confirma as derivações da segurança jurídica correspondentes à dimensão dinâmica aqui tratada, cuja complexidade é notória, especialmente pelo seu viés relacionado à imperiosa necessidade de assumir mudança dentro do ambiente jurídico.

2.2.3 AS DIMENSÕES DA SEGURANÇA JURÍDICA CONJUGADAS EM UM SÓ SENTIDO

Tratar das dimensões da segurança jurídica não é algo exclusivo de Humberto Ávila. Ravi Peixoto, seguindo as mesmas bases teóricas, também faz alusão a esse enfoque decorrente do aspecto material oriundo de tal valor jurídico (PEIXOTO, 2018, p. 46-59)

Conjugadas em um só sentido, referidas dimensões convocam a busca pela “cognoscibilidade”, “confiabilidade” e “calculabilidade”. Sobre elas, em notas finais, Humberto Ávila (2012, p. 691-692) explica:

[...] *cognoscibilidade* significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e

intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio de acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade.

[...]

A *confiabilidade* significa o estado ideal em que o cidadão pode saber *quais* são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando, dessa forma, que os seus direitos sejam *frustrados*. Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem, o que depende da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes.

[...]

A *calculabilidade* significa o estado ideal em que o cidadão pode saber *como* e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja *surpreendido*. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã, o que só ocorre se o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis, heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios e alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem, controversos ou incontroversos, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada.

De tudo isso, o que se conclui é que a segurança jurídica opera no “caminhar” do Direito, desde o passado, atravessando o presente e projetando-se para o futuro. Revela-se, daí, o desígnio de manter, no sistema jurídico, um equilíbrio constante entre *estabilidade* e *mutabilidade* (PEIXOTO, 2018, p. 46).

Partindo das mesmas premissas, mas sugerindo um enfoque diferenciado, Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 103), em perspectiva ampla, trata da dimensão objetiva e subjetiva da segurança jurídica, nos seguintes moldes:

[...] A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de **continuidade** do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a **proteção da confiança** do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas. [...] (grifos originais)

Independentemente da abordagem adotada, o que se quer afirmar é que a segurança jurídica apresenta, sim, uma dimensão **estática** e **dinâmica**, as quais, conjugadas, voltam-se ao estabelecimento de uma ordem jurídica estável, mas, ao mesmo tempo, mutável.

De certa maneira, a proposição aqui sugerida coloca o ambiente jurídico em contato com o ambiente social, instaurando-se uma relação contrabalanceada entre segurança e dinamicidade social, tal como deve ser em matéria de precedentes vinculantes.

2.3 OPERABILIDADE ENTRE AS DIMENSÕES DA SEGURANÇA JURÍDICA E O MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES

Densificados os aspectos da segurança jurídica, resta verificar a operabilidade das dimensões apontadas acima em sua relação com o modelo de precedentes vinculantes.

Para tanto, antes de mais nada, é preciso traçar uma visão panorâmica a respeito da lógica de funcionamento do “Common Law” – onde nasceu essa perspectiva de vinculação das decisões judiciais – o que se faz com a necessária advertência de que a dinâmica precedental apresenta diversas minúcias a depender das influências culturais e políticas vivenciadas em cada região; deste modo, não se pretende aprofundar nos detalhes, mas apenas aferir a correlação básica entre tal sistemática e o princípio da segurança jurídica.

Começa-se pelo apontamento de características básicas comuns aos países de tradição anglo-saxônica. Nestes locais, trabalha-se com certas noções como: a experiência histórica, o pensamento prático e o método indutivo (BARREIROS, 2015, p. 186).

Segundo Hermes Zaneti Jr. (2014, p. 49): “[...] os juízos apresentam-se predominantemente argumentativos e a construção do direito se dá principalmente pela jurisprudência (*judge-made law*), seguindo a tradição clássica grega de posição simétrica entre as partes. [...]”.

Dar ênfase ao aspecto decisório significa dar ênfase ao que se denomina “case law”, cuja dinâmica compreende a utilização de decisões do passado para o embasamento de decisões no presente, com projeção ao futuro.

São utilizadas fórmulas direcionadas ao alcance de estabilidade e previsibilidade jurídica, o que faz subsistir um sistema de vinculação de precedentes judiciais (chamado de

“stare decisis”²³, pelo qual os juízes têm a obrigação de seguir os precedentes anteriores (ODAHARA, 2010).

Conforme ensina Luiz Henrique Volpe Camargo (2012, p. 557): “[...] *os precedentes ditam regras de comportamento humano e, em razão de se tratarem de normas jurídicas gerais, geram a legítima confiança de que casos iguais ulteriores serão tratados igualmente aos anteriores (treat like cases alike). [...]*”.

Ou seja, o “stare decisis” pretende justamente evitar a subjetividade do agir humano, sem desconsiderá-la por completo, na medida em que, de forma ou outra, as decisões judiciais são prolatadas por pessoas inevitavelmente imbuídas de preferências sócio-políticas.

A partir da força obrigatória do precedente (“binding precedent”), então, “vincula-se” os julgadores, compelindo-os à prolação de decisões uniformes, estáveis e previsíveis.

Agora, retomando a questão da “segurança jurídica” em sua relação com o modelo de precedentes, verifica-se que, no “Common Law”, a busca por previsibilidade não se baseia na lei, senão na própria articulação de um sistema de precedentes judiciais, pelo qual a atividade decisória, limitada pela doutrina do *stare decisis*, constrói decisões harmônicas e coerentes entre si.

A questão será retomada mais a frente, mas, por ora, é importante notar a ponderação temporal que se pode fazer a partir dessa vinculação proposta pelo *stare decisis*.

Segundo os ensinamentos de Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça (2015, p. 340):

[...] Para o cidadão, encontrar segurança jurídica significa ter o direito à tranquilidade e à estabilidade na relação jurídica, as quais não podem ser modificadas sem critérios minimamente calculáveis, a ponto de a imprevisibilidade o deixar inseguro e instável quanto ao seu presente, futuro e passado. [...] (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 340)

²³ Aqui, pertinente a observação feita por Georges Abboud no sentido de que a “stare decisis” não se confunde com o que se chama de “doutrina de precedentes” em razão do nascimento histórico de cada uma delas, que inclusive sucedeu a própria existência do “Common Law”. O autor explica: “[...] *A doutrina do stare decisis origina-se da doutrina dos precedentes, contudo, ela almejava fazer com maior clareza a distinção entre a holding e a dictum. Todavia, a doutrina dos precedentes estava mais vinculada ao costume dos juízes, e consistia em uma linha de casos em vez de apenas uma única decisão que poderia ter efeito vinculante conforme admite o stare decisis. [...]*” (ABBOUD, 2012, p. 513). Considerado os fins almejados no presente trabalho, tal diferenciação mostra-se inócua, razão pela qual se pede escusa para desconsiderar referido cuidado.

Ainda sobre o ponto, indica Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 05):

[...] O sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: resolvem conflitos, e isto diz respeito ao **passado**; e têm o papel de fazer direito, criando regras para o **futuro**. A primeira função atinge uma audiência limitada: o réu e o autor. A segunda atinge uma audiência mais ampla, que inclui o público, os tribunais, a mídia, os acadêmicos e outros tribunais. [...]

Não por menos, retomando os elementos mencionados acima e que formatam as dimensões da segurança jurídica (“cognoscibilidade”, “confiabilidade” e “calculabilidade”), Humberto Ávila (2012, p. 97) ensina que:

[...] o ideal de cognoscibilidade delimita as condições para o exercício presente dos direitos de liberdade e de propriedade; o ideal de confiabilidade representa, sob a perspectiva retrospectiva, a mudança do passado ao presente, denotando aquilo que, do passado, deve permanecer no presente; o ideal de calculabilidade ilustra, sob perspectiva prospectiva, a passagem do presente ao futuro, para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o futuro [...]

Segundo o autor, embora seja possível desmembrar “o estado de segurança” em unidades autônomas de tempo, sua realização só pode ocorrer quando considerado o seu conjunto; ou seja, no aspecto temporal, a segurança jurídica exige, a um só tempo, “manutenção” e “inovação”; “rigidez” e “flexibilidade” (ÁVILA, 2012, p. 171).

E, na tradição anglo-saxônica, isso se expressa justamente a partir da dinâmica precedental, pela qual são utilizadas diversas técnicas de julgamento que se harmonizam ao balanço perfeito entre previsibilidade e “evolução do Direito”.²⁴

Sobre o sistema jurídico inglês, Neil Duxbury ensina que a formatação de precedentes pressupõe decidir-se com base em alguma mesma questão que foi resolvida no passado (2008, p. 01). O autor revela essa faceta retrospectiva justamente quando menciona que: “[...] *A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. [...]*” (2008, p. 01).

²⁴ Aqui, o uso desta expressão parte da concepção proposta por Tereza Arruda Alvim (2012, p. 14) no seguinte sentido: “[...] *Por evolução do direito, quero significar incremento de sua função de servir à*

Nem por isso desconsidera também a projeção do precedente ao futuro, pois, conforme explica:

[...] Precedent-following is very obviously a backward-looking activity: when we decide on the basis of precedent, we treat as significant the fact that essentially the same decision has been made before. Perhaps less obvious is the fact that creating precedents, and even following precedents, can be a forward-looking activity. Today's decision-makers are tomorrow's precedent-setters [...] Our decision today to do something new, or to affirm something old, may guide or influence decision-makers in the future. [...] (DUXBURY, 2008, p. 04)

Nesse mesmo sentido, mas tratando do sistema jurídico norte-americano, Edward D. Re (1994, p. 285) aduz que a: “[...] *stare decisis* não é apenas uma doutrina de estabilidade e uniformidade. Suas restrições e limitações inerentes, bem como os fatores que determinam a inaplicabilidade de decisões anteriores, tornam possível a necessária flexibilidade [...]”

Em visão ampla, trata-se da formatação de um sistema jurídico que relega ao julgador a preocupação com a tratada ambivalência da segurança jurídica. De um lado, busca-se a *estabilização das relações sociais* (valor estático do Direito) e, de outro, visa-se a dar *dinamicidade às relações sociais* (valor plástico do Direito).

É evidente que, em se tratando de modelo orientado para a vinculação dos precedentes, a questão aguda é saber como e quando devem ocorrer as mudanças de entendimentos (WAMBIER, 2012, p. 13).

Trata-se de tensão natural, cuja razão de existir justifica-se pelo seguinte:

[...] como o direito serve à sociedade e esta se *modifica*, é também necessário que, em alguma medida, o direito exerça a delicada função de *adaptar-se*.

[...]

É interessante observar que, na medida exata em que o direito se aparelha para gerar *previsibilidade*, perde sua capacidade relativa à *adaptabilidade* e vice-versa. [...] (WAMBIER, 2012, p. 14-15)

Apesar da dificuldade e isso será melhor explorado adiante, o resultado é positivo. Entre preservações tardias e mudanças precoces, a atividade decisória acaba por revelar uma relação equilibrada entre estabilidade e dinamicidade.

sociedade, o que supõe que esteja adaptado às suas reais necessidades, segundo grau elevado de

A própria existência da diretriz como enfoque jurídico-cultural é o suficiente para atribuir racionalidade ao sistema. E é exatamente essa adequação que se propõe em relação ao modo de agir dos órgãos julgadores brasileiros.

Ainda que se entenda que o Direito brasileiro, concebido a partir da tradição do “Civil Law”, tenha-se fundado sob o manto da segurança jurídica idealizada pelo Poder Legislativo, isso não impede a proposição que se faz no sentido de superar referido ranço histórico e passar a enxergar a segurança jurídica sob os prismas mencionados acima e concretizável pela atuação direta do Poder Judiciário.

Inclusive pelo apelo que se faz hoje em dia no sentido de que o “[...] *princípio da legalidade seja entendido como a necessidade da vinculação do juiz ao sistema jurídico, englobando não só o texto da lei, mas também a doutrina e a jurisprudência.* [...]” (OLIVEIRA, 2012, p. 682).

Repita-se: no Brasil, onde se vem buscando cada vez mais a implementação de técnicas voltadas à vinculação decisória, a segurança jurídica - enxergada como diretriz essencial ao alcance de equilíbrio entre o passado, presente e futuro - desponta como fundamento elementar à sistematização de uma “teoria de precedentes à brasileira”²⁵.

Partilhando do mesmo entendimento, Waldir Sebastião de Nuevo Campos Júnior (2017, p. 13) propõe:

[...] Com base em uma releitura do princípio constitucional da segurança jurídica, nota-se que a aplicação da teoria dos precedentes à realidade brasileira, tornando vinculantes as decisões das Cortes Superiores, especialmente o STF e o STJ, passa a ser uma necessidade.

Como abordado na seção anterior, o princípio da segurança jurídica é habitualmente tratado no seu aspecto objetivo, como formas delineadas pelo Estado para garantir um padrão de segurança nas relações jurídicas e sociais, a exemplo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, previstos no art. 5º, XXXVI, da CRFB. Contudo, esse viés tradicional não se mostra suficiente para garantir a segurança esperada da prestação jurisdicional em si, por permitir que demandas idênticas tenham desfechos completamente distintos.

Diante do ideal de segurança fincado no tecido constitucional e do quadro crítico de instabilidade e imprevisibilidade dos provimentos judiciais, observa-se a necessidade de focar em outra vertente referente à segurança jurídica – a segurança dos atos jurisdicionais –, de modo a tentar implementar a noção de previsibilidade, estabilidade e continuidade da

consenso. [...]”.

²⁵ Expressão utilizada de forma provocativa por Murilo Strätz (STRÄTZ, 2017).

ordem jurídica para alcançar uma maior unidade e coerência do sistema brasileiro e garantir o próprio Estado Democrático de Direito (MARINONI, 2012).

Essa linha de raciocínio serve, sobretudo, para atender aos anseios inerentes ao próprio ser humano, já que, em regra, ele pauta suas condutas de acordo com o que foi previsto ou com o que é, pelo menos, previsível [...]

Também nesse momento é importante asseverar que a segurança jurídica tem como atributo o princípio da igualdade, vetor que deve ser sobrelevado como reforço argumentativo para a confirmação da argumentação aqui defendida.

Aonde quer que seja, casos semelhantes devem ser tratados de modo semelhante (*treat like cases alike*). Inclusive esse é um embate que, como visto, tem sido tratado com muito cuidado no modelo brasileiro, mormente diante da já mencionada instabilidade decisória que tanto compromete seu funcionamento.

Como sentido por Elpídio Donizetti (2015, p. 06):

[...] Os adeptos do sistema *Civil law* difundiram a ideia de que a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei. A subordinação e a vinculação do juiz à lei constituiriam, portanto, metas necessárias à concretização desse ideal.

Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, não se mostra suficiente a assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito.

O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes, é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas. [...]

É por isso que o princípio da igualdade deve somar-se aos demais elementos normativos da segurança jurídica (“cognoscibilidade”, “confiabilidade” e “calculabilidade”) para dar-lhe a completude conceitual que ela merece em matéria de precedentes vinculantes.

Veja-se que a importância do princípio da igualdade no tema de precedentes é notada por Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p. 05), segundo a qual:

[...] Para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados.

Interessante que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law*. Nos sistemas de *civil law*, a pauta de conduta dos

jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto "compreendida" pela doutrina e pelos tribunais.

Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Tudo depende de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto. [...]

É dizer, em suma, que a segurança jurídica deve ser pensada a partir dos atos jurisdicionais, tendo como prisma o alcance de valores como igualdade, estabilidade e “dinamismo responsável”, notadamente para que haja uma guinada jurídica rumo à boa estruturação da sistemática de precedentes no Brasil.

A proposição é repensar a segurança jurídica para (e pela) sistemática de precedentes que se pretende adotar no Brasil, assertiva que, fugindo-se ao risco da abstração, deve vir acompanhada de um instrumental próprio que possa viabilizar a aplicabilidade prática dos sentidos apresentados acima.

Cabível, nesse sentido, a análise de técnicas de julgamento que, embora tenham nascido nos países de tradição “Common Law”, vêm aparecendo cada vez mais no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, precisam ser estudadas e ter sua utilização operacionalizada, em âmbito interno.

3 PRECEDENTES VINCULANTES E AS TÉCNICAS DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

Viu-se, anteriormente, que, embora a dinâmica precedental esteja se tornando uma realidade no Brasil, essa inovação convoca algumas dificuldades que, para serem solucionadas, perpassam pela absorção de adaptações jurídicas.

Sugeriu-se, nesse sentido, a transfiguração da acepção original que se costuma atribuir, no Brasil, ao princípio da segurança jurídica, passando-se a enxergá-la segundo sua ambivalência estática e dinâmica e a partir de ajustes comportamentais de dentro do próprio Poder Judiciário.

Tal noção não se concretiza tão somente no espectro teórico, havendo institutos que, por denotarem aplicabilidade prática a esse ideal, contribuem para a compreensão e alcance dos sentidos até então abordados.

São técnicas de julgamento que, dentre diversas utilidades, voltam-se ao bom funcionamento do modelo de precedentes, auxiliando na coordenação do equilíbrio temporal que se espera de um sistema jurídico.

Trata-se da **distinção** de precedentes vinculantes (o “distinguishing”) e da **superação** de precedentes vinculantes (o “overruling”).

Antes de entrar propriamente nas minúcias de tais instrumentos e em sua relação com as dimensões do princípio da segurança jurídica, é preciso entender, ainda que brevemente e a partir de noções genéricas, o que seria “precedente vinculante”.

3.1 O QUE É PRECEDENTE?

Conceituar precedentes é uma tarefa absolutamente complexa, principalmente considerando-se que se trata de uma determinação mutável, que pode variar conforme o tempo e de acordo com as particularidades de cada sistema jurídico.

Vários fatores podem influenciar nesse sentido, desde a estruturação organizacional dos Tribunais – aspecto que depende da estrutura federativa do local²⁶ – até a sua ordenação hierárquica – aspecto que depende das funções atribuídas às Supremas Cortes naquele local (TARUFFO, 1997, p. 543-551).

É pertinente observar que “precedente” não se confunde com “jurisprudência”. Via de regra, esta última faz parte da operabilidade jurídica de países de tradição do “Civil Law” e, conceitualmente, revela uma pluralidade de decisões do Poder Judiciário sobre determinado objeto e que estejam em um mesmo sentido, formando-se, assim, um entendimento pacífico sobre certa matéria.

Diferencia-se, em particular, de “precedente” em função desse aspecto *quantitativo*, porquanto este último costuma compreender uma única decisão considerada singularmente (TARUFFO, 2008, p. 03-06).

Além disso, sob o ponto de vista *quantitativo*, há outros aspectos que costumam ser invocados para distinguir tais categorias²⁷.

Pode-se falar, por exemplo, que a jurisprudência ostenta caráter persuasivo, enquanto o precedente ostenta caráter vinculante, não podendo ser contrariado.

Pode-se falar também em “jurisprudência” para referenciar o problema da repetitividade em massa, donde se trabalha com mecanismos de uniformização jurisprudencial para atacar a consequência e não a causa. A resposta, nesse caso, é dada “de trás para frente”, havendo uma vinculação “a posteriori”.

Quando se trabalha com precedentes, por outro lado, busca-se construir essa normatividade pelo início, donde a vinculação é cogitada “a priori” e conduz o órgão julgador a agir diante da potencialidade de sua conduta repercutir no mundo jurídico.

Enfim, são diversas as possibilidades de compreender tais diferenciações e o que importa, no final das contas, é que os propósitos são comuns, quais sejam, combater a

²⁶ Abordando a situação do sistema jurídico norte-americano, Robert S. Summers (1997, p. 440) elucida que os Estados Unidos possuem cinquenta e uma jurisdições, sendo cinquenta estaduais e uma federal. Segundo o autor, cada qual possui um corpo auto-suficiente de “Common Law”.

²⁷ Ravi Peixoto (2018, p. 152) discorda dessa afirmação por entender que “[...] a nomenclatura de jurisprudência e de precedente sempre foi diferenciada a partir de um critério quantitativo e não qualitativo. Precedente seria a referência a uma decisão e jurisprudência um conjunto [...]”.

morosidade, a imprevisibilidade, uniformizar o direito (isonomia), entre outros. Nada impede, portanto, que as duas lógicas sejam conjugadas e pensadas de forma compatibilizada dentro de um mesmo sistema jurídico, como parece ser a tendência no caso brasileiro.

O que não parece razoável, contudo, é estudá-las como se fossem idênticas. Não são. E é aí que se apresenta a sugestão de estudar os componentes originais da tradição precedental, identificando-se, a partir daí, discernimentos conceituais capazes de levar a noções aplicáveis ao caso brasileiro.

Na tradição do “Common Law”, o precedente nada mais é do que um evento passado que serve de baliza para a decisão do presente (DUXBURY, 2008, p. 01), na mesma medida em que serve de baliza para a decisão do futuro (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 04).

Desse potencial, nasce uma autoridade vinculativa capaz de levar aos possíveis cenários: (i) reprodução daquilo que foi feito anteriormente; (ii) sofisticação da acepção original daquilo que foi feito anteriormente; (iii) e revogação daquilo que foi feito anteriormente.

É muito importante observar que nem todos os elementos do precedente são relevantes em face dessas possibilidades. Há partes do precedente que não se convolvem em força vinculante; trata-se das considerações de passagem, ou também chamadas de *obiter dicta*.

A *obiter dicta* compreende aquilo que é dito por pertinência ou, nos dizeres de Neil Duxbury (2008, p. 67) “[...] is literally a ‘**saying by the way**’ [...]” (grifos nossos). São as razões periféricas do *decisum*.

Em sentido oposto, a *ratio decidendi*²⁸ revela a parte mais estimável do julgamento e é o que servirá de base para nortear e dar segurança às regulações sociais (GARCIA, 2013, p. 13).

É sabida a dificuldade doutrinária em delimitar o que verdadeiramente compõe a *ratio decidendi*, sendo absolutamente tormentoso o trabalho de separá-la da *obiter dicta*. Neil

²⁸ Denominada de *holding* pelos operadores americanos, em alguns locais. São conceitos sinônimos, sendo que o que muda, de fato, é o local de aplicação. Na Inglaterra, costuma-se falar em *ratio decidendi* e, por ser a região precursora do uso de precedentes, opta-se por adotar esse termo ao longo do trabalho.

Duxbury (2008, p. 69-75) explica que isso se deve, dentre diversas razões, ao fato de que tais categorias jurídicas muitas vezes confundem-se uma com a outra e, em algumas decisões, é inclusive impossível estabelecer os limites entre uma e outra.

Ronaldo Cramer (2016, p. 104) confirma que a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*: “[...] normalmente se misturam, já que se encontram na mesma parte do julgado e não estão discriminados formalmente um do outro. [...]”.

Vários autores procuraram estabelecer métodos para a identificação da *ratio decidendi*²⁹, mas pouco consenso se estabeleceu em torno disso, como registra Lucas Buril de Macêdo (2015a, p. 219):

[...] Conquanto seja consideravelmente fácil determinar que a *ratio decidendi* é o produto do precedente que vincula, a definição concreta da *ratio decidendi* de um precedente é um dos grandes problemas teóricos dos países de *common law*. Vários autores tentaram contribuir com a exposição de um método eficaz para, a partir do texto da decisão, extrair a *ratio decidendi* ou *holding*. Os métodos conhecidos são numerosos, apontam-se dezenas deles, e não há um único que se possa apontar como o mais utilizado nos tribunais ou como o considerado correto. A questão é, portanto, bastante controvertida. [...]

Zenon Bankowski, Neil MacCormick e Geoffrey Marshall (1997, p. 416) confirmam que: “[...] *Not surprisingly, although there has been much debate both judicial and scholarly on the question of the definition of the ratio decidendi and of the proper method for ascertaining it, no unanimity exists. [...]*”.

O que se pode afirmar dessa indefinição toda – e nesse aspecto há, sim, algum tipo de consenso – é que a *ratio decidendi* equivale à *rule* e, por constituir a essência da tese jurídica, é a parte que efetivamente vinculará os casos futuros.

Nesse sentido, as discussões metodológicas quanto à definição da *ratio* acabam tornando-se inócuas, porque, na prática, “[...] *os juristas conseguem, relativamente com um*

²⁹ Apontando a insuficiência de alguns métodos clássicos, Neil Duxbury (2008, p. 75-88) faz referência, por exemplo, ao *teste da inversão* (de Eugene Wambaugh) – pelo qual a *ratio* é entendida como uma proposição, que, se tiver seu significado invertido, levará à alteração da decisão – e ao *teste da necessidade* (de John Chipman Gray e Rupert Cross) – pelo qual a *ratio* é entendida como a parte que é necessária para se chegar à decisão.

Uma outra definição remonta aos ensinamentos clássicos de Arthur L. Goodhart (1930), para quem, em resumo, a *ratio* seria identificada a partir dos *atos materiais* tratados pelo juiz como tal.

alto nível de compreensão comum, operar de forma eficaz com o sistema de precedentes em sua aplicação caso-a-caso [...]” (MACÊDO, 2015a, p.226).

A preocupação, portanto, mais do que o estabelecimento de critérios rígidos para a identificação da parte vinculante do precedente, está na ênfase que se deve dar ao processo argumentativo construído em prol dessa finalidade.

Conforme ensina Ronaldo Cramer (2016, p. 78), no “Common Law”: “[...] o julgado, ao tempo em que é proferido, ainda não constitui um precedente, somente se tornará um se assim for discernido pelas futuras decisões [...]”.

A autoridade do precedente, segundo Gary Slapper e David Kelly (2015, p. 492), é determinada pelos juízes dos casos subsequentes:

[...] In delivering his decision, the judge does not separate the *ratio* of the case from other obiter comments. [...] the *ratio* is a legal abstraction from the concrete facts of the case in which it appears, and in practice, it is for the judges in subsequent cases to determine the ratio of any authority [...]

O precedente, então, é “[...] um antecedente judiciário do qual se deve extrair a essência da tese jurídica (*ratio decidendi*), para dirigir o julgamento de processos judiciais subsequentes que tratem de questões análogas. [...]” (CAMARGO, 2012, p 558).

A medida da vinculação cabe aos órgãos julgadores subsequentes, a quem competirá definir, em último grau, a *ratio decidendi* oriunda dos pronunciamentos vinculantes.

Por esse ângulo de análise, poder-se-ia afirmar que o precedente só se torna precedente diante de sua aceitação póstuma pelos agentes envolvidos na dinâmica precedental. Ou seja, seria preciso enxergar a força do precedente a partir de sua ulterior definição como tal.

Tal visão, a bem da verdade, convoca discussões tormentosas sobre os fundamentos justificadores da autoridade do precedente, bem como sobre o momento em que ele efetivamente surge com força vinculativa.

Sem se aprofundar sobre tal questão, pretende-se afirmar tão somente que, independentemente da concepção adotada nesse sentido, o elemento argumentativo apresenta-se como noção chave para o desenvolvimento do modelo de precedentes.

Lucas Buriel Macêdo (2015a, p. 227) explica:

[...] extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da *ratio decidendi* (norma do precedente) como superior ou correto a priori, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito. O método de definição da *ratio* torna-se menos importante, crescendo em relevância o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal. [...]

É justamente nesse aspecto que entra a importância de evidenciar outro dado tão importante quanto para a compreensão da noção de precedentes: o elemento fático.

A norma, extraída da avaliação de uma situação do passado, deve resultar da análise do caso concreto em si e, por conseguinte, dos fatos que justificaram a tomada daquela decisão anterior.

Voltando-se à questão conceitual, Michele Taruffo (2014, p. 07) ensina que: “[...] *apenas por meio da referência direta aos fatos da causa se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a ratio [...]*” (grifos nossos).

Portanto, a observância do quadro fático que deu origem ao surgimento de uma tese vinculante é pressuposto para sua aplicação a um novo caso judicial submetido à apreciação do Poder Judiciário. E tal análise revela atividade altamente complexa e que demanda qualificado dever argumentativo.³⁰

3.1.1 NOÇÕES APROVEITÁVEIS AO CASO BRASILEIRO

Sem assumir o objetivo de esgotar os diversos sentidos daquilo que poderia ser considerado precedente, no Brasil, convém elaborar alguns apontamentos nesse sentido.

O aludido art. 927 do CPC/15 expõe os pronunciamentos judiciais que devem ser observados pelos juízes e tribunais. São eles: (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

³⁰ O princípio da motivação das decisões judiciais é vetor chave para o alcance desse ideal e esse assunto será retomado no Capítulo 5.

súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Segundo entende Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 409), tal dispositivo foi assente em estabelecer um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes. Ao comentar essa assertiva, o autor ensina:

[...] podemos identificar a *normatividade dos precedentes* (caracterizada pelo dever ser, seu caráter deontológico, portanto, normativo), a sua *vinculatividade* (demarcada pela sua obrigatoriedade. A lei não contém palavras inúteis e, quando para além dos deveres de estabilidade, coerência e integridade, o dispositivo fala em juízes e tribunais observarão, trata-se de uma vinculação de caráter jurídico) e o seu *caráter de fonte formal* (os precedentes são reconhecidos formalmente como fonte pela legislação processual que determina sua aplicação normativa e vinculante no direito material ou processual). [...]

Propondo uma análise própria e condizente com as tradições brasileiras, Ronaldo Cramer (2016, p. 79) concorda que o precedente é a decisão que cria a norma jurídica e, por essa razão, no caso do Direito Processual Civil brasileiro, o art. 927 teria se encarregado de atribuir tal *status* aos pronunciamentos judiciais ali especificados.

Ravi Peixoto (2018, p. 144-148) parece concordar com esse enfoque, ao afirmar que a vinculação é algo ínsito à própria formulação de precedentes. Do contrário, segundo o autor, haveria um sistema meramente persuasivo, com enfraquecimento da responsabilidade da Corte que o produz (PEIXOTO, 2018, p. 144-148).

Contudo, assumido o fato de que o art. 927 do CPC/15 impôs força vinculante a outras decisões além daquelas previstas na CF/88 (Súmulas Vinculantes e decisões decorrentes de controle direto de constitucionalidade), dá-se margem para questionar se não teria havido usurpação de competência constitucional nesse sentido.

José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 454) manifesta-se:

[...] Salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, uma vez que impõe aos magistrados, de forma cogente – ‘os tribunais observarão’ -, os mencionados precedentes, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical.

Daí, em princípio, a inconstitucionalidade da regra, visto que a Constituição Federal, como acima referido, reserva efeito vinculante apenas e tão somente

às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade.

À míngua de uma dogmática própria, o legislador pátrio perdeu uma excelente oportunidade para regulamentar um regime adequado da jurisprudência de nossos tribunais, entre as várias espécies de precedente judicial, a partir de sua natureza, considerando a sua respectiva origem. [...]

Daniel Mitidiero (2018, p. 81) contorna referida polêmica, sugerindo a leitura do art. 927 do CPC/15 à luz do que chama de “reconstrução do sistema judiciário”. De acordo com o autor, é preciso entender a estrutura organizacional dos Tribunais brasileiros, distinguindo-se as funções das *Cortes de Justiça* (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) e as funções das *Cortes de Precedentes*, as quais ocupam o vértice da organização judiciária (STF e STJ).

Formular precedentes, segundo o autor, é o mesmo que dar a “última palavra” em relação à determinada matéria e, em razão disso, tal função competiria exclusivamente às *Cortes de Precedentes*, enquanto às demais competiria apoiar-se em técnicas de uniformização de jurisprudência. Por esses e outros motivos, o art. 927 do CPC/15 seria “*meramente exemplificativo*” e “*qualitativa e funcionalmente incompleto*” (MITIDIERO, 2018, p. 98-109).³¹

A par desse entendimento, parece mais razoável enxergar o precedente como a decisão judicial da qual se revela uma vinculatividade imanente. Daí, precedente, no Brasil, só poderia compreender aquele julgamento de onde se origina a norma jurídica em si. Por isso, com ou sem excessos (análise que competirá oportunamente ao STF), entende-se que o art. 927 do CPC/15 acabou por enumerar, sim, quais seriam os precedentes brasileiros.

Aliás, se o propósito é compatibilizar as raízes jurídicas brasileiras com aquilo que vem sendo transposto de fora para dentro, então o mais razoável mesmo é assumir uma perspectiva híbrida a respeito do tema, concebendo-se uma dinâmica de precedentes, pela qual a significação da norma jurídica seja, de fato, articulada pelo Poder Judiciário, mas somente nas circunstâncias previstas via escolha legislativa.

³¹ Ainda assim, remanesceria a problemática quanto à questão da usurpação de competência. Isso porque o legislador optou por reforçar a força vinculante do art. 927 mediante a inserção dos arts. 985, § 1º e 988, todos do CPC/2015, pelos quais expandiu as hipóteses de cabimento de reclamação. Com isso, teria havido afronta à reserva constitucional existente no art. 102, inciso I, alínea “I” e art. 103-A, § 3º, todos da CF/88.

Agora, considerados os fins assumidos nesse trabalho, para além de apresentar um posicionamento conceitual a respeito do debate aqui posto, pretende-se, como já antecipado, apresentar noções conceituais aproveitáveis ao sistema jurídico brasileiro, independentemente da posição que se adote em relação ao conceito de precedentes, no Brasil.

E, como dito, duas noções despontam como elementares nesse sentido: (i) a importância de se estabelecer um profundo processo argumentativo em torno da atividade precedental; e (ii) a importância de se considerar o elemento fático que deu origem à decisão judicial no bojo do desenvolvimento de precedentes.

Quanto ao primeiro sentido, tem-se que o precedente revela texto e que, em razão disso, precisa ser interpretado (PEIXOTO, 2018, p. 169). Deste modo, independentemente da aceção adotada quanto ao momento de surgimento de seu caráter vinculante (se a partir de sua existência ou de sua posterior aceitação como tal nos julgamentos subsequentes), sempre haverá espaço para o exercício de uma atividade argumentativa.

Mesmo Ravi Peixoto (2018, p. 146), para quem a “[...] vinculatidade do precedente advém da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, não da força de suas razões. [...]”, defende que não se elucubra fragilizar a importância do desenvolvimento hermenêutico quando se adota tal posição.

O autor justifica:

[...] A defesa de que os precedentes existem e são vinculantes desde que a decisão é prolatada *não implica no engessamento do direito*, impedindo a interpretação e nem implica que nas decisões com pretensão de formar o precedente o precedente a Corte ignore o caso concreto. Mas também, ao ter conhecimento da formação de um precedente vinculante, haverá uma maior preocupação com a delimitação da tese a ser formada, de forma a não criar um precedente muito amplo, que venha sempre a ser distinguido em julgadores posteriores e nem muito restrito, caso em que terá pouca utilidade. **O que se tem é o acréscimo de uma fonte normativa de caráter obrigatório, mas que, por óbvio, não possui qualquer impedimento para que seja interpretada [...]** (PEIXOTO, 2018, p. 147-148; grifos nossos)

E esse cuidado é absolutamente importante. Não por acaso, logo no §1º do art. 927 do CPC/2015, determina-se que as decisões judiciais prolatadas com base nele observarão o disposto no art. 10 e art. 489, § 1º, do CPC/15. Há, portanto, atrelamento direto da regra vinculativa ao princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Georges Abboud (2015, p. 405) ensina:

[...] por força legislativa (art. 927 do NCPC), no Brasil, diversas decisões judiciais [sic] já nascem vinculantes independentemente da sua própria qualidade. Ou seja, ainda que não coerente ou íntegras do ponto de vista da cadeia decisória, elas nascerão vinculantes. Essa constatação é fundamental para compreendermos a importância do *fator hermenêutico* para tratarmos da aplicação do NCPC, com o escopo de impedirmos qualquer tentativa de aplicação mecânica, ou meramente subsuntiva, de qualquer provimento vinculante.

Os provimentos postos no art. 927 do NCPC ao serem aplicados pelas demais instâncias nos casos subsequentes não dispensam atividade interpretativa por parte do julgador, bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para sua aplicação no caso concreto.

Portanto, a leitura correta (constitucionalmente adequada) é no sentido de que, quando o NCPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculantes, não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência. [...]

Assim, seja para assentar um caráter vinculativo *a priori* ou *a posteriori*, o órgão julgador deverá motivar a sua conduta e isso é de absoluta relevância para o exercício decisório construído em torno dessa atividade, conforme será melhor explorado abaixo.

Quanto ao segundo sentido, tem-se que não há como pensar no modelo de precedentes desconsiderando-se o elemento fático a ser confrontado pela articulação do método indutivo; ou seja, não se pode deixar de trabalhar com o quadro fático do caso-paradigma quando se pretende replicar a tese ali aventada.

Os países de tradição “Civil Law” parecem ter bastante dificuldade nesse sentido. Expondo problemas do sistema jurídico italiano, Michele Taruffo apresenta a seguinte preocupação:

[...] em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma *regra geral*. Este *modus operandi* encontra-se tão profundamente enraizado em nossos hábitos, que não se dá atenção aos fatos nem mesmo quando o inteiro texto da sentença se encontra disponível e não só a ementa. [...] (TARUFFO, 2014, p. 05)

A mesma preocupação pode ser replicada ao caso brasileiro. Na condição de país que, assim como a Itália, nasceu vinculado às tradições jurídicas do “Civil Law”, o Brasil tem

apresentado pouco cuidado com o aspecto fático apontado acima, fragilizando, em seu âmbito interno, o uso adequado dos precedentes judiciais.

Para evidenciar essa característica, basta observar que, para estruturar a força normativa da atividade decisória, o sistema jurídico brasileiro deu luz, por exemplo, aos enunciados sumulares vinculantes, os quais costumam apresentar o mesmo formato das leis.

Tais Súmulas expõem um “resumo” genérico acerca de determinada orientação jurisprudencial e que será aplicada às situações ulteriores pelo método dedutivo (ou seja, parte-se de uma regra abstrata para solucionar o caso concreto). Muito diferente, como visto, do modelo precedental, em que a significação normativa parte de um confronto fático aferível pelo método indutivo (ou seja, parte-se do caso concreto para solucionar um novo caso concreto).

Aqui, retoma-se aos aludidos riscos de haver deturpação da noção precedental no sistema jurídico brasileiro, conforme críticas elaboradas no item 2.1.

Se a ideia é trabalhar a partir de uma nova perspectiva, então é inevitável que haja cuidado com a questão do elemento fático, além do jurídico, fugindo-se ao perigo de concretizar uma aplicação automatizada e mecanizada de precedentes.

Ao que parece, neste ponto o legislador brasileiro trouxe importante inovação, qual seja, a determinação de que os Tribunais atenham-se “[...] às *circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação*.” (art. 926, §2º do CPC/2015). Embora a alusão restrinja-se à elaboração de enunciados sumulares³², isso não deixa de representar um bom indicativo de que a lei processual também parte da necessidade de vencer o replique mecânico de provimentos judiciais.

Enfim, para o momento, é preciso asseverar que o modelo precedental pressupõe robusto juízo interpretativo, o que conduz inevitavelmente à análise concreta não somente do elemento jurídico, mas principalmente do elemento fático.

A partir daí, é possível estabelecer a comparação entre o caso paradigma e o caso *sub judice* e, então, abrem-se diversas possibilidades ao órgão julgador.

³² Quanto ao ponto, Ronaldo Cramer (2016, p. 84-85) destaca que o legislador pretendeu demonstrar que a súmula não é provimento judicial autônomo e, portanto, deve compor o sistema de precedentes para ser mero instrumento de emprego do precedente originário.

Nem sempre o precedente deve ser replicado e, em algumas circunstâncias, ele pode até mesmo ser revogado. Sobre esse assunto, é preciso estudar algumas técnicas de julgamento que são colocadas à disposição dos magistrados para viabilizar o alcance da composição temporal aludida acima e que será retomada mais a frente.

É o que se pretende demonstrar a seguir.

3.2 AS TÉCNICAS DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

Dentro de um sistema de precedentes, a atividade judicante parte de um método de comparação, em que se coteja o caso a ser solucionado com o mote jurídico já consolidado em outros casos.

A atividade de decidir se uma tese vinculante do passado deve incidir, ou não, em um caso do presente conduz o magistrado a percorrer algumas fases sucessivas, quais sejam: primeiramente, analisa-se o caso presente; depois, verifica-se se há “relevante similaridade” entre o caso presente e aquele caso do passado que servirá de paradigma; determina-se, então, a *ratio decidendi*; e, por fim, decide-se se a nova situação deve – ou não – ser julgada de acordo com o precedente vinculante (WAMBIER, 2010).

Em linhas genéricas, o “distinguishing” enquanto técnica de julgamento remonta à conjugação dessas duas últimas fases, resultando na opção de não se aplicar a tese vinculante do caso passado diante da insuficiência quanto ao elemento “relevante similaridade”.

A distinção tem espaço, portanto, quando se responde negativamente à seguinte pergunta: há similaridade substancial entre o caso presente e o caso passado (utilizado como paradigma pela sua semelhança fática com o caso atual)?

Neil Duxbury (2008, p. 113) explica:

[...] Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand [...]

Em último grau, a questão é determinar a inaplicabilidade da *ratio* do caso anterior ao caso atual, realizando-se um exercício de diferenciação que leva ao reconhecimento de que inexistente semelhança suficiente a amparar a reprodução da tese vinculante anterior.

Essa atividade, conforme será melhor desenvolvido abaixo, serve à “maturação” do sistema precedental, porquanto, sem revogar fórmulas vinculantes anteriores, o uso da distinção acaba por promover um incremento decisório, pelo qual o passado é emendado, viabilizando-se a sofisticação do Direito.

Conforme sentido por Robert S. Summers: “[...] *This practice of distinguishing prior cases often leads to further refinement of the scope of the original precedente.* [...]” (1997, p. 485).

E esse expediente em muito se difere daquele obtido quando da utilização do “overruling”.

No caso do “overruling”, reconhece-se que os argumentos jurídicos utilizados anteriormente encontram-se incompatíveis com aqueles aplicáveis ao momento atual e, por isso, há revogação do precedente anterior.

Conforme ensinam Mateus Vargas Fogaça e Marcos Vargas Fogaça (2015, p. 526-527):

[...] A prática judicial, a partir de um sistema de precedentes obrigatórios, exige constantemente que as partes e o juiz do caso sucessivo busquem a *ratio decidendi* do precedente, para depois realizar a comparação com o novo caso, e, assim, decidir por aplicar ou não o precedente.

Todavia, nada impede que o tribunal criador do precedente ou outro a ele superior faça mais do que simplesmente distinguir os casos, pois ele pode concluir pela necessidade de sua revogação. Isso acontece quando se constata que a *ratio decidendi* teve formação equivocada, ou não mais se coaduna com as exigências do direito, em face da ocorrência de mudanças sociais, alteração do quadro fático-normativo, criação de novas tecnologias, dentre outros motivos.

Esta situação de ulterior inadequação do precedente para atender o novo quadro, mesmo após a reavaliação dos fundamentos que levaram a sua formação, sem que se tenha encontrado um modo adequado de sua correção ou emenda, dá-se o nome de *overruling*. [...]

Trata-se de mecanismo voltado à imposição de conformação social, porquanto é por meio dele que se revoga, no ambiente jurídico, precedentes inapropriados e que precisam alinhar-se aos dados sociais e sistêmicos.

São diversas as derivações do “overruling”. Há o “overriding”, que nada mais é do que a superação parcial do precedente.³³ Há o “transformation”, conhecido por revelar a situação em que a superação é implícita, ou seja, não é revelada de maneira expressa.³⁴ Há o “anticipatory overruling”, correspondente às hipóteses em que tribunais inferiores deixam de seguir o precedente vinculante, antecipando-se ao fato de que é muito provável que este será superado pelo Tribunal Superior. E, entre outros, há também o “signaling”, que nada mais é do que uma advertência feita pela Corte inferior no sentido de que, no futuro, o precedente então aplicável possivelmente já não será mais aplicado.

A despeito de todo esse lineamento que envolve o tema, o que convém assinalar é que o “overruling” e o “distinguishing” são técnicas de julgamento que, juntas, representam a espinha dorsal do sistema de precedentes.

E, é bom que se diga, sua utilização não compromete a força vinculativa dos precedentes, senão a fortifica. Por mais paradoxal que pareça, sofisticar ou revogar teses vinculantes significa ratificar a sua autoridade. Afinal, não é possível repelir ou superar algo sem reconhecer que esse “algo” existiu e operou efeitos no ambiente jurídico.

Neil Duxbury (2008, p. 111-112) explica:

[...] It would be a mistake, nevertheless, to think that the judicial capacity to act appropriately by not following a precedent necessitates the conclusion that precedents are a weak form of authority. Just as judges might be acting appropriately, so too they might be acting inappropriately, in not following a precedent: the precedent, that is, might be soundly decided and on all fours with the case at hand, so that there is good reason for a court to avoid following it. A precedent might inhibit, furthermore, even where it is not followed. Anyone familiar with English case law knows that judges will sometimes not follow an earlier decision but nevertheless see fit to refer to or apply it, or accord it significance in some other, similarly subtle way in the course of a judgment. Although a judge might explicitly claim not to follow, a precedent, its existence may nevertheless lead him to decide differently

³³ Aprofundando, Mayara de Carvalho e Juliana Coelho Tavares da Silva (2015, p. 735) indicam que o: “[...] *overriding* é baseado na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento formado posteriormente [...]”.

³⁴ Sobre o ponto, há autores que classificam a superação em expressa (“express overruling”) e implícita (“implied overruling”). Explica-se: “[...] *A decisão que acolhe nova orientação incumbe-se de revogar expressamente a ratio decidendi anterior (express overruling). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante. É possível também que, sem qualquer alusão ao posicionamento jurisprudencial assentado, a nova decisão siga diferente vetor. Tem-se, aí, embora mais raramente, uma revogação implícita do precedente (implied overruling), similar à abrogação indireta de uma lei.*” (TUCCI, 2012, p. 108).

from how he would have done had it not existed. The precedent might remind him of the weight of the past, that he is deciding within a tradition, and the decision which he makes, though it might not accord with the precedent, might pay respect to or in some other way bear the marks of that tradition. [...]

Agora, retomando o ponto principal desse Capítulo, é interessante observar que há inquestionável correlação do uso apropriado e oportuno do “distinguishing” e “overruling” com as já analisadas dimensões da segurança jurídica (estática e dinâmica).

Isso porque, vislumbrada a segurança jurídica como norma-princípio estruturante do sistema de precedentes vinculantes, referidas técnicas acabam por viabilizar o alcance desse ideal, impulsionando a coerência do ambiente decisional no tempo.

Elas servem, portanto, como uma espécie de modulação do sistema jurídico para que ele não tenha que lidar com grandes instabilidades, permitindo que o sistema jurídico possa ser cuidadosamente transformado e conformado aos anseios sociais.

É a análise que se faz abaixo.

3.3 DIMENSÕES DA SEGURANÇA JURÍDICA EM SUA CORRELAÇÃO COM AS TÉCNICAS DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

É possível pensar, em um primeiro momento, que o “distinguishing” ostenta relação especial com a dimensão estática da segurança jurídica. Afinal, na essência, a tarefa de “distinguir” associa-se à reafirmação do passado, porquanto aquilo que foi feito anteriormente precisará ser utilizado como apoio para a atividade decisória e, mais do que isso, continuará ostentando validade no mundo jurídico.

Veja-se que, dentro da lógica do “stare decisis”, o jurisdicionado tem a segurança de que julgamentos pretéritos serão utilizados como base comparativa para a resolução de seu embate. Com isso, ainda que o resultado seja pelo afastamento de uma determinada tese vinculante, é possível antever tal conduta antes mesmo da apreciação judicial.

Assim, mesmo que para efetivar a distinção, o juiz olhará necessariamente para a tese do passado, reconhecendo a sua autoridade, mas sem retirá-la do ambiente do Direito. A garantia que recai sobre a aplicação igualitária de teses vinculantes para casos “iguais” é também o que garante que casos “desiguais” sejam julgados diferentemente. E é justamente

daí que se verifica a concretude do elemento “cognoscibilidade”, atrelado à dimensão estática da segurança jurídica.

Mas isso não é só. Se olhar para o passado significa reafirmar sua existência, evidentemente, quando o “distinguishing” materializa-se, o novo ato decisório projeta-se também para o “amanhã”.

Por isso, dizer-se que: *“New precedent is often created through the process of examining the rationales for prior decisions (without necessarily questioning the validity of the prior rule) and adapting the original rule to fit the issue posed by new facts. [...]”* (SUMMERS, 1997, p. 485).

Afastar-se de uma tese vinculante significa dar vida a um novo precedente, que, a partir de então, passará a vincular casos posteriores; daí, a relação da técnica também com a dimensão dinâmica da segurança jurídica.

O “distinguishing”, sob esse ângulo de análise, compreende a criação de “novos” precedentes a partir de construções pretéritas, havendo difusão para o futuro.

Explica Neil Duxbury (2008, p. 115):

When we conceive of distinguishing in this last sense, we see that it provides judges with the power to make new law out of existing law. It is difficult to imagine, none the less, that judges will normally be seeking to develop the common law when they distinguish precedents. Judges tend to distinguish cases not because they have a law-making agenda but because following the precedent will not produce what they consider to be the right outcome. Distinguishing is, in any event, necessarily a limited law-making power (notwithstanding that many instances of distinguishing alter the law considerably). When a court distinguishes between cases it is not repealing the ratio of a precedent but amending it so that the later case falls outside its scope. [...]

Assim, embora pareça, em uma primeira análise, que o “distinguishing” apresente maior intersecção com a dimensão estática da segurança jurídica – já que representa um método de confronto pelo qual se afirma situações pretéritas – isso não é de todo verdade quando se verifica a sua operabilidade em favor do desenvolvimento de novas *ratio decidendis*, aspecto em que aparece sua intersecção com a dimensão dinâmica da segurança jurídica.

Por essa razão, pode-se afirmar que a técnica presta-se ao desenvolvimento incremental do direito precedental, havendo quem afirme inclusive que é por meio da distinção que os precedentes são “[...] *dinamicamente refinados pelo Judiciário* [...]” (NUNES; HORTA, 2015, p. 309).

De fato, se o caso é diferente, ele é inédito; e, se o caso é inédito, seu julgamento poderá significar o surgimento de um novo precedente.

Daí o entendimento de que o “distinguishing” visa a “[...] *impedir aquele engessamento e, mais do que isso, a obstar injustiças, como as decorrentes da aplicação de um precedente em situação cujas peculiaridades demandem solução diferente.* [...]” (WOLKART, 2012, p. 289).

O que se quer apontar, de tudo isso, é que a técnica da distinção não serve apenas para reafirmar a rigidez do sistema de precedentes, senão também para viabilizar a sua flexibilidade. Além de satisfazer a questão do “conhecimento do Direito”, ela atua também na questão da “força do Direito”, equilibrando a aceção temporal que se espera de um sistema de precedentes.

Agora, já adentrando nos meandros do “overruling”, é preciso apontar que, assim como acontece na distinção, o instituto também apresenta ambivalência quanto a sua relação com as dimensões da segurança jurídica. Mas, nessa hipótese, há algumas particularidades.

Na distinção, viu-se que, de fato, há incremento jurídico paulatino, mas isso não quer dizer que há revogação dos precedentes do passado. A transfiguração das *ratio decidendis* é acrescente e muitas vezes até imperceptível aos olhos de quem confronta o precedente atual com o precedente antigo. Somente em visão panorâmica (ou seja, traçando-se um recorte abrangente das diversas “distinções” realizadas sobre uma mesma matéria e em determinado ciclo temporal) é que é possível visualizar o desenvolvimento incremental do Direito com maior perspicuidade.

No “overruling”, por sua vez, a “novidade” surge de forma radical, com rompimento em relação àquilo que existia até então. Não se trata de emendar o passado, mas de substituí-lo. O “novo” toma o lugar do “velho”.

Conforme explica Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2011, p. 196):

[...] Enquanto a distinção (*distinguishing*) entre um caso e outro pode ser compreendida como um modo de emenda em alguns casos específicos, a

superação de precedente (*overruling*) é um modo de revogar a decisão anterior e substituí-la por uma nova, e, portanto, é considerada frequentemente como uma iniciativa judicial mais radical. [...]

É por conta disso que, em um primeiro momento, a tendência é relacionar o “*overruling*” com a dimensão dinâmica da segurança jurídica. Naturalmente, a superação de precedentes vinculantes tem a ver com o valor plástico do Direito e sua capacidade de inovar no ambiente jurídico.

Mas revogar algo não significa elidir sua autoridade para o tempo em que ainda havia validade no mundo jurídico.

Se, por um lado, o uso da técnica implica alteração radical quanto aos rumos do modelo precedental, isso atrai a responsabilidade dos órgãos julgadores quanto à questão da “calculabilidade” e da “confiabilidade” do Direito. Em outras palavras, a “segurança do futuro” leva os juízes a adotarem precauções em relação à “segurança do passado”. E é daí que se vê o ponto de contato do “*overruling*” com a dimensão estática da segurança jurídica.

Como se afirmou, o mundo jurídico não pode reproduzir a fluidez social sem levar em conta os atos do passado.

O órgão julgador, ao superar determinado entendimento, é muitas vezes levado a decidir acerca de situações pretéritas, emitindo ponderações decisórias para conciliar o “novo” com o “velho”. Às vezes, no Direito, é preciso compatibilizar as unidades do tempo por meio das chamadas “*formas intermediárias de decisão*”.

A avaliação é pontual e tem como ideal a estabilização do sistema; mesmo porque, como advertem Mateus Vargas Fogaça e Marcos Vargas Fogaça (2015, p. 528): “[...] a revogação do precedente com efeitos retroativos poderá constituir medida tão ou mais injusta que sua própria manutenção [...]”.

É dessa cautela que surge a necessidade de atribuir eficácia a todos os valores em tensão (segurança jurídica, isonomia, adequação do Direito), impondo-se sacrifício mínimo a cada um deles (MELLO, 2005, p. 189).

Conforme lembrado por José Carlos Francisco (2011, p. 458-459):

[...] sobretudo se a orientação judicial se afirma claramente num sentido, com a caracterização de jurisprudência consolidada (ainda mais quando sumulada), torna-se imperativo proteger todos os destinatários que confiaram

naquilo que o próprio Poder Judiciário afirmava como correto em casos de eventual necessidade de modificação de entendimentos igualmente legítimos. E para situações como essa que emerge a modulação dos efeitos no tempo [...]

Parece-nos evidente que a modulação de efeitos é instrumento de proteção à confiança legítima, aplicável a situações nas quais é aconselhável a aplicação de efeitos *ex nunc* ou prospectivos à nova orientação jurisprudencial, pois, com relação aos cidadãos e demais destinatários que se orientavam pelo que o Estado anteriormente sinalizava, havia fundamento jurídico no posicionamento anterior (derivado de processos interpretativos diversos), as atitudes estatais geraram uma confiança digna de proteção da parte de quem se orientava pelos atos normativos que ensejavam a verdadeira divergência ou na jurisprudência consolidada e, afinal, a modulação de efeitos (*ex nunc* ou prospectivo) se justifica por juízo de ponderação que procura compor os interesses em colisão. [...]

Tal tema será retomado mais a frente quando da análise da modulação dos efeitos decisórios decorrente da superação de precedentes vinculantes.

Por ora, é importante ter em mente que, assim como o “distinguishing”, a superação de precedentes vinculantes também não ostenta relação exclusiva com uma ou outra dimensão da segurança jurídica, senão com ambas.

Desde a faceta genérica do “overruling” até as suas diversas variantes, com destaque aos já abordados “prospective overruling” e ao “signaling”, vê-se que a superação nada mais é do que uma forma de promover a estabilização jurídica das decisões judiciais no tempo, mantendo a sua validade (dimensão estática) como forma de viabilizar a elaboração de rupturas jurisdicionais em prol da continuidade do Direito (dimensão dinâmica).

Agora, esgotados referidos apontamentos, o que se vê do exposto é que a utilização ponderada e racional de ambas as técnicas de julgamento – cada qual no seu devido lugar e no seu devido momento – contribui para a operabilidade do sistema de vinculação de precedentes, configurando-se um modelo jurídico que seja, ao mesmo tempo, estável e dinâmico.

A distinção e a superação possibilitam o exercício da atividade decisória de maneira harmônica no aspecto da transição temporal.

Mediante preservação, complementação e rompimento de teses vinculantes, as técnicas de julgamento aqui tratadas permitem a manutenção temperada de posicionamentos

antigos e novos, abrindo-se espaço para a inovação no Direito, mas sem atropelo daquilo que foi feito anteriormente.

Essa utilidade temporal será revista mais adiante quando da análise do princípio da motivação das decisões judiciais. Antes disso, cabe aprofundar-se na utilidade dogmática oriunda das acepções teóricas aqui apresentadas.

4 PARÂMETROS DE UTILIZAÇÃO DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

Dada a importância da temática, é preciso promover a adequada e oportuna aplicabilidade do “distinguishing” e do “overruling”. Ou seja, delinear parâmetros de utilização para nortear esse tipo de atividade judicante na prática.

É o que sugerem Dierle Nunes e André Frederico Horta (2015, p. 308), quando, tomando por base algumas diretrizes que precisam ser adotadas para racionalizar o direito jurisprudencial no Brasil, destacam a seguinte necessidade:

[...] Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (distinguishing) e superação (overruling) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não se presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente seja semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social - como ordinariamente ocorre em países de common law. [...]

É bem verdade que a tarefa não é tão simples, porquanto não há uma “cartilha” legal pronta nesse sentido. Assim, longe de sugerir padrões decisórios e, com isso, minar a atividade criativa que circunda a atividade precedental, o propósito é tão somente evidenciar, no plano dogmático, parâmetros de aplicabilidade.

Para tanto, adota-se como base metodológica as seguintes questões: competência funcional; requisitos de aplicabilidade; efeitos operados no mundo jurídico; e necessidade de modulação dos efeitos decisórios.

Evidentemente, outras matérias subjacentes também serão expostas por revelarem importância em relação ao tema, mas a metodologia básica partirá da avaliação nuclear desses elementos.

4.1 PARÂMETROS PARA A DISTINÇÃO (“DISTINGUISHING”)

Há quem aponte que o “distinguishing” revela direito subjetivo da parte, porquanto se volta ao estabelecimento de relação harmônica entre a *natureza vinculativa* dos precedentes (ideal de concretização do princípio da igualdade) e o fato de que cada litigante ostenta *relação processual única e singular* (ideal de que se deve respeitar à diferença) (BARREIROS, 2015).³⁵

Por essa razão, mais do que uma técnica de julgamento, o “distinguishing” seria um direito da parte em ver sua lide julgada em desconformidade com determinada tese vinculante do passado.

Para além desse ângulo de análise, o que se pode concluir a partir disso é que a *distinção* é instrumento essencial à concretização do devido processo constitucional, porquanto se alinha ao anseio do próprio litigante quanto ao estabelecimento do contraditório em relação à desigualdade de casos confrontados.

Daí, a importância de impor parâmetros para que a utilização do “distinguishing” aconteça da maneira mais razoável possível, evitando-se que a deturpação da técnica comprometa a própria funcionalidade do sistema de precedentes.

Como primeiro ponto de partida e como já antecipado anteriormente, é importante asseverar que a atividade de distinguir não significa questionar a validade, eficácia, legitimidade do precedente nem tampouco a hierarquia do tribunal que o formou. Trata-se apenas de afirmar que certa tese não é aplicável à espécie, de modo que, no aspecto da competência funcional, o exercício independente de grau hierárquico (NUNES; HORTA, 2015, p. 313); ou seja, a distinção pode ser feita por um juiz de primeiro grau em relação a uma tese vinculante do Supremo Tribunal Federal, por exemplo.

³⁵ Por pertinente, Dierle Nunes e André Frederico Horta (2015, p. 310) ensinam que: “[...] *trabalhar com precedentes (ou súmulas e teses) constitui um processo de individualização do Direito (o que é diuturnamente ameaçado pelo formalismo dos enunciados sumulares e das teses estabelecidas pelos tribunais superiores, sem seguimento dos pressupostos democráticos contra-faticamente impostos no CPC/2015, na medida em que incentivam a desconsideração das peculiaridades dos casos concretos) e de universalização da regra estabelecida no precedente (ou nos casos sumulados) a exigir do intérprete constante atenção à dimensão subjetiva (construída processualmente, em especial na fase probatória) do caso concreto, sem a qual restará prejudicada sua conciliação com a dimensão objetiva do Direito. [...]*”.

Conforme Enunciado 174 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independente da origem do precedente invocado.”³⁶

Como segundo ponto de partida, para fins de apontamento de requisitos de aplicabilidade, interessa, em especial, indicar qual condicionante material é capaz de levar ao afastamento da tese vinculante do passado.

Para tanto, retoma-se a importância de buscar o significado da já mencionada “relevante similaridade”.

Ronaldo Cramer (2016, p. 143) traz dois requisitos cumulativos para seu reconhecimento: “[...] (a) *semelhança dos fatos referentes ao pedido ou à questão a ser julgada*; e (b) *identidade dos fundamentos jurídicos desses fatos*. [...]”.

O sentido inverso dessas proposições é o que daria azo ao exercício do “distinguishing”.

E, aqui, é importante ressaltar que a questão da identidade jurídica é absolutamente relevante, mas, seu reconhecimento não é possível se não se avaliar a questão da similaridade fática. Ou a similaridade fática é suficiente a tal ponto de atrair a reprodução da tese jurídica, ou ela não é e, portanto, acaba por repeli-la.

Esse sentido é muito bem exposto por Robert S. Summers (1997, p. 485):

[...] Thus courts will often examine closely the facts or rationale of a prior decision to ensure that a rule, which seems superficially relevant to resolving a dispute, is not applied to the facts of a case that would not be well resolved under the prior decision. [...]

Portanto, pode-se dizer que o verdadeiro requisito de aplicabilidade do “distinguishing” deriva da seguinte assertiva: insuficiente similaridade fático-jurídica entre os casos confrontados.

Tal parâmetro foi deduzido no FPPC, onde se assentou que: “*O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento,*

³⁶ Embora tais enunciados não ostentem força de lei, tratam-se de assertivas obtidas a partir de profundos debates instaurados por processualistas de todo o Brasil. Diante da insuficiência normativa

demonstrando, fundamentalmente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.” (Enunciado 306; grifos nossos).

Seguindo-se adiante, é importante observar que a insuficiência aludida acima não precisa ser absoluta a tal ponto de já repelir, a uma primeira vista, a tese vinculante do passado. De maneira ou outra, haverá similaridade entre os casos; do contrário, sequer haveria possibilidade de confrontação inicial. Estabelecido tal confronto, coloca-se uma lupa para aferir os aspectos fático-jurídicos condizentes a um ou outro caso, determinando-se, aí sim, a medida da insuficiência fático-jurídica.

Sobre o ponto, ensina Luiz Henrique Volpe Camargo (2012, p. 565):

[...] Para que dois casos sejam iguais não é necessário que a igualdade seja absoluta, isto é, em todos os aspectos, em todos os detalhes. Diante de um novo caso, é preciso identificar o *ponto efetivamente nuclear* do precedente invocado de modo a possibilitar ou não o seu enquadramento ao caso em exame, pois, como sempre há uma ou outra minúcia a distinguir dois processos, a imposição da condição de ocorrência de exata, total e irrestrita similitude entre novo caso e caso paradigma, inviabilizaria totalmente o sistema de respeito aos precedentes. Como há diferenças que são irrelevantes para a comparação da questão jurídica, estas devem ser desprezadas [...]

No mesmo sentido, Daniel Mitidiero (2018, p. 113) complementa:

[...] é preciso ter em mente que nenhum caso é absolutamente idêntico a outro: no mínimo as partes – ou uma delas – e as datas dos eventos narrados são diferentes. É por essa razão que não se exige propriamente identidade a fim de que o precedente seja aplicado, mas tão somente relevantes semelhanças ou identidade essencial entre os casos. [...]

Ou seja, podem existir fatos diferenciais entre os casos em comparação e, ainda assim, haver reprodução da tese vinculante anterior. Ela só será repelida se a dessemelhança fática for substancial a tal ponto de levar à desigualdade jurídica.

Partindo-se para os efeitos operados no mundo jurídico, já se viu que a utilização da técnica da distinção não leva à revogação da fórmula vinculante anterior, havendo apenas um incremento em relação ao modelo precedental existente.

relacionada ao tema (conforme será evidenciado no último Capítulo), opta-se por apontá-los ao longo desse trabalho como importante referencial teórico capaz de nortear a boa compreensão do tema.

José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 126) aponta que, a depender da postura do órgão julgador, a distinção poderá ser feita de maneira restritiva ou ampliativa:

[...] Em primeiro lugar, o juiz da common law deve aproximar os elementos objetivos que possam identificar a demanda em julgamento com eventual ou eventuais decisões anteriores, proferidas em casos análogos. Procede-se, em seguida, ao exame da *ratio decidendi* do precedente. Dependendo da postura do juiz, pode este ser interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*). [...]

No mesmo sentir, Robert S. Summers (1997, p. 485) ensina que: “[...] *the original rule stands alongside the new rule as legitimate precedent, but it may have been limited or extended to some extent by the creation of the new rule. [...]*”.

Segundo esse ângulo de análise, ao chegar-se no juízo distintivo em si, a tese vinculante análoga poderá: (i) ser completamente repelida, reconhecendo-se que ela não se aplica ao novo quadro fático apresentado e, portanto, só se aplica àquela situação que lhe deu origem - interpretação restritiva da *ratio* ou também chamada de “*restrictive distinguishing*”; ou (ii) ser integralmente aplicada, com as ampliações subjacentes ao novo quadro fático apresentado, aumentando-se o leque de incidência para além da situação original - interpretação ampliativa da *ratio* ou também chamada de “*ampliative distinguishing*”.

Essa segunda modalidade (“*ampliative distinguishing*”), para ser mais assertivo, não parece revelar efetiva hipótese de distinção, porquanto, como se sustentou acima, a distinção só aparece diante do completo afastamento da tese vinculante (“*restrictive distinguishing*”).

A bem da verdade, a classificação em *distinção restrita e ampliada* poderia até fazer sentido se se entendesse que o “*distinguishing*” revela amplitude conceitual, apresentando-se como técnica de julgamento que convoca dualidade quando da sua aplicação: poderá aproximar a situação concreta do caso paradigmático e, assim, fazer incidir a tese vinculante; ou poderá afastar a situação concreta do caso paradigmático e, assim, rejeitar a incidência da tese vinculante. É o que se classifica, respectivamente, como “*distinguishing-método*” e “*distinguishing-resultado*”.

Como resume Marcelo Veiga Franco (2015, p. 528):

[...] É necessário que se assegure, em toda e qualquer causa sujeita a uma técnica de uniformização decisória que enseje vinculação direta a precedentes judiciais, o direito da parte de utilizar-se do *distinguishing*- o

qual é o método de comparação ou de confronto (*distinguish*-método) que resulta na aferição de que o caso concreto em julgamento guarda particularidades que o tornam distinto daquele precedente judicial tomado com paradigma (*distinguish*-resultado). [...]

Aqui, partilha-se de uma visão mais restritiva. Ou seja, defende-se que a reprodução da tese vinculante, ainda que de maneira ampliada e com modificações conceituais, não representa autêntica hipótese de juízo distintivo, cujo resultado deve necessariamente implicar total alheamento do precedente-paradigma. No caso da extensão, esta seria mero efeito da lógica de sofisticação precedental em si, pela qual se dá vida a um novo precedente, mas sem distingui-lo do anterior; há mera extensão de seu significado.

Para melhor compreensão dessa afirmação, parte-se de um exemplo de fora do Direito, o qual, assimilado às preocupações jurídicas aqui delineadas, pode ser útil para confirmar a argumentação defendida.

Suponha-se um cenário em que pais sejam provocados a decidir sobre a viabilidade de seus filhos saírem à noite em período de provas. Disso, cogita-se os seguintes cenários:

1º cenário: pais decidem que seus filhos, *estudantes de escola*, não podem sair à noite em semana de prova, porque isso comprometeria seu desempenho escolar (precedente originário).

2º cenário: posteriormente, confrontados em relação ao cenário originário, pais decidem que seus filhos, *estudantes de escola*, não podem sair à noite em semana de prova, mesmo que tenham atingido nota suficiente para compor a média exigida pela escola, porque o “desempenho escolar” antes utilizado como razão de decidir não se mede pelo resultado no boletim, mas pela efetiva capacidade de absorverem conhecimento (novo precedente, com sofisticação do precedente originário)

3º cenário: pais decidem que não há impedimento para que seus filhos, *estudantes de faculdade*, saiam à noite, mesmo em semana de prova, porque a justificativa aplicável aos estudantes de escola não se aplica, na medida em que, na fase de estudos universitários, não deve haver ingerência na autonomia do aluno, a quem compete decidir sobre suas responsabilidades, arcando com as conseqüências daí decorrentes (novo precedente, com restrição do precedente originário)

Interessante reparar que, nos dois primeiros casos, há replique da tese vinculante, com efeitos extensivos; não houve efetiva distinção do precedente originário, senão interpretação ampliativa, estendendo-se a aplicação da razão de decidir (“desempenho escolar”) para outras hipóteses.

No último caso, por sua vez, houve legítima hipótese de distinção, afastando-se a aplicabilidade da tese vinculante originária, porquanto a similaridade fático-jurídica, embora aparente, não se mostrou suficiente. Assim, a partir de um juízo distintivo, surgiu um novo precedente, operando-se uma interpretação restritiva da *ratio* do precedente originário.

Também é interessante reparar que o efeito prático é o mesmo nos três cenários; ou seja, todos os “precedentes” são válidos e aplicáveis no mundo jurídico tão logo passam a existir, inexistindo influência revogatória de um em relação ao outro.

Desta maneira – e é isso que realmente importa – o exercício da distinção, pouco importando a visão adotada (se restrita ou ampliativa), dá origem a novos precedentes, mas com preservação da tese original utilizada como paradigma.

E é por isso que o julgador não precisa preocupar-se com a questão da modulação dos efeitos decisórios. Como se viu, não há revogação daquilo que foi feito no passado, de modo que, inexistindo rompimento algum em termos de expectativa jurídica, não é preciso adotar medidas para compatibilizar o “velho” com o “diferente”. Ambos ostentam e ostentarão validade no mundo jurídico desde o momento em que surgirem, como dito.

Passa-se aos parâmetros relativos ao exercício do “*overruling*”.

4.2 PARÂMETROS PARA A SUPERAÇÃO (“*OVERRULING*”)

Antes de se aprofundar sobre os parâmetros de aplicabilidade do “*overruling*”, conveniente compreender que tal técnica só deve ser utilizada em via de exceção. Isso porque o precedente goza de presunção de conformidade social, sendo certo que a superação só poderá ocorrer a partir de uma análise cautelosa do conjunto social e sistêmico que levará à novidade.

Talvez por isso, mesmo em países que se fundaram sob o modelo precedental, o uso do “*overruling*” sempre foi tido com muito cuidado.

Na Inglaterra, por exemplo, a “*House of Lords*” (como era chamada à época a atual “*Supreme Court*”³⁷), por um bom tempo, prendeu-se a uma sistemática de vinculação horizontal absolutamente rígida, pela qual os precedentes só poderiam ser modificados em função da edição de regras específicas por parte do Parlamento (MENDES, 2013, p. 103).

O cenário alterou-se com a edição do “*Practice Statement*” de 1966, quando se reconheceu que tamanha rigidez poderia “*levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado da lei*”.³⁸ Sob essas justificativas, permitiu-se, à época, afastar-se de uma decisão anterior vinculante, em especial quando a prática evidenciar o caminho correto.

A despeito da referida flexibilização, nos dizeres de Ravi Peixoto (2018, p. 223):

[...] pouco se utiliza da superação de precedentes, em nome da estabilidade do ordenamento jurídico, havendo quem faça menção ao fato de que a superação de precedentes ou o afastamento de um determinado posicionamento, entre 1966 e 2009, foi realizado apenas 21 vezes. [...]

³⁷ Segundo Gary Slapper e David Kelly (2015, p. 140) “[...] *The Supreme Court began its work on 1 October 2009 and was officially opened by the Queen on 16 October 2009 [...]*”.

³⁸ Tradução livre do original: “*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.*

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”

No direito norte-americano, este nível de rigidez é um pouco menor. Não se hesita em afastar precedentes considerados superados; muitas vezes, juízes de instância inferior procedem à alteração da regra, antecipando-se à grande probabilidade desta vir a ser modificada na instância Superior. É o que, como visto, chama-se de “*anticipatory overruling*” (WAMBIER, 2012, p. 43).³⁹

Mesmo assim, a moderação também é perceptível na Suprema Corte Americana, que, “[...] de 1789, até o fim de 2009, realizou apenas 210 superações expressas de precedentes [...]” (PEIXOTO, 2018, p. 222-223).

Ademais, sugere-se que a: “[...] *média de vida de um precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos [...] é de 29,2 anos, superando, inclusive, a média de tempo que os juízes permanecem naquele Tribunal. [...]*” (GALIO, 2016, p. 264).

São dados que evidenciam a excepcionalidade da medida e que denunciam o fato de que sua utilização deve vir sempre acompanhada de uma qualificada e aprofundada motivação, como será melhor abordado no último Capítulo.

Além disso, trata-se de noção que influencia no apontamento de parâmetros de aplicabilidade.

No que diz respeito à competência funcional, o “*overruling*” deve ser promovido pelo Tribunal competente para fixar aquele entendimento ou por Corte superior. Nesse ponto, no caso do Reino Unido, diz-se haver, quanto ao “The House of Lords” uma doutrina de vinculação horizontal (“*doctrine of horizontal bindingness*”), pela qual as decisões desta própria Corte são formalmente vinculantes, mas sujeitas à superação (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 1997, p. 407).

A excepcionalidade da superação atrai a obediência quanto à hierarquia funcional. Seguindo-se a lógica da articulação vertical das instâncias jurisdicionais, há rigor no sentido de que somente quem tem a competência para estabelecer ou alterar o precedente vinculante é que poderá revogar sua autoridade.

³⁹ Tal flexibilidade é confirmada por Neil Duxbury (2008, p. 110): “[...] *traditionally, for example, lower courts judges in the United States have, for a variety of reasons, been far more willing than have their English counterparts not to follow a precedent, even when it is not within their Power to overrule it. [...]*”

Não se desconsidera, é claro, a possibilidade de órgãos julgadores de grau hierárquico inferior elaborarem ressalvas de entendimento em relação à determinadas teses vinculantes de Tribunais hierarquicamente superiores (“*disapprove precedent*”). Deve-se zelar pela liberdade interpretativa dos juízes de grau hierárquico inferior, porque há sempre a possibilidade do julgador incluir como nota argumentativa o fato de que discorda do conteúdo da tese vinculante, embora deva curvar-se à ela.⁴⁰

Assim, é possível e até mesmo pertinente que juízes de grau hierárquico inferior argumentem contrariamente determinada tese vinculante, apesar de ter que aplicá-la. Isso contribui para com o aprofundamento do debate em torno da questão e, em último grau, pode até impulsionar o órgão superior a proceder à superação do entendimento.

A “ressalva de entendimento” é diferente da “*anticipatory overruling*”, pelo qual “[...] *juízes de instâncias inferiores procedem à alteração da regra (rule) por entenderem que há grande possibilidade de ser alterada por uma corte superior [...]*” (GALIO, 2016, p. 299).

Sobre referido instituto, válido observar o seguinte:

[...] não se pode negar aos juízes e aos tribunais vinculados ao precedente de forma vertical a possibilidade de utilizarem técnica de superação do precedente, em situações excepcionais, antecipando sua provável superação (*anticipatory overruling*).

Tal se faz mediante juízo que prenuncia a potencial queda do precedente, haja vista que se apresentam fundamentos idôneos que levarão, em perspectiva, à sua superação pelo tribunal que o estabeleceu.

Obviamente, a utilização da técnica da superação antecipada deve ser utilizada em casos extremos, quando se verifique que o próprio tribunal competente, ou seus órgãos componentes, vem decidindo de forma diferente daquela propugnada pelo precedente. Também quando o tribunal que editou o precedente dá sinais de que irá superá-lo no futuro, haja vista sua inadequação atual (*technique of signaling*).

Esse é sentido e alcance do artigo 489, § 1º, inciso VI, do CPC, no que permite aos juízes deixarem de seguir precedente qualificado mediante o apontamento do estado de superação do entendimento. Raciocínio diverso importaria em expressar uma visão de que os precedentes são aplicados

⁴⁰ É importante observar, desde logo, que a tal “ressalva de entendimento” não se confunde com o “*signaling*”, aludida acima. Enquanto a primeira revela a situação em que o juiz argumenta contrariamente à tese vinculante por discordar dela, a segunda revela a situação em que o juiz sinaliza a probabilidade de haver superação oportuna desta tese vinculante em um momento breve. Em ambas as hipóteses, vale dizer, a tese vinculante é aplicada, sendo que: de um lado, pede-se espaço para expor entendimento contrário à tese vinculante; e, de outro, alerta-se sobre a probabilidade desta tese vir a ser superada em breve. A sinalização será melhor explicitada abaixo.

exclusivamente pela autoridade de quem os pronuncia e não, como sói de ser, pela autoridade do argumento enunciado. [...] (DUARTE, 2018)

O “anticipatory overruling”, por sua vez, não se confunde com a superação implícita.

Nesse sentido:

[...] É importante não confundir superação antecipada realizada pelo tribunal inferior com afastamento de um precedente por este tribunal que já tenha sido implicitamente revogado pela Corte Superior. A revogação implícita ocorre quando o tribunal superior decide de forma contrária a um precedente anterior, sem mencionar expressamente sua superação. Este precedente anterior, implicitamente revogado, não mais existe como regra jurídica, de modo que juízes e tribunais inferiores não devem aplicá-lo em casos futuros. Já a superação antecipada ocorre quando os julgadores afastam um precedente que a Corte Superior ainda não revogou explícita ou implicitamente [...] (GALIO, 2016, p. 301)

Voltando-se à classificação mencionada anteriormente quanto à demonstração expressa ou implícita do “overruling” (“express overruling” e “implied overruling”), concorda-se com o entendimento de que esta última forma é vedada, porque, conforme será melhor explorado abaixo, o ordenamento jurídico brasileiro impôs rigor quanto à fundamentação qualificada das decisões judiciais – principalmente nos casos em que se sugere a mudança de rumo jurisprudencial – donde se pressupõe a imperiosidade de que haja o anúncio expresso acerca da revogação de determinado precedente.

Nesse sentido:

[...] Há que se ressaltar que a revogação tácita não é permitida em nosso ordenamento jurídico, haja vista que um dos requisitos para que haja a superação de precedentes no Brasil é a adequada e específica fundamentação, sendo necessário o diálogo entre os dois entendimentos para que o *overruling* se proceda de maneira adequada, estando ainda tal premissa prevista no artigo 927, §4º do Código de Processo Civil. [...] (MARTINS, 2017, p. 11)

Veja-se que, mesmo nos caso de superação paulatina de determinado entendimento (ou seja, mudança gradativa que ocorre aos poucos), entende-se que, em determinado momento, caberá ao Tribunal competente, assentar o novo entendimento de maneira expressa e em caráter vinculante para evitar qualquer tipo de dúvida quanto a sua aplicabilidade.

Partindo-se aos critérios de aplicabilidade, trata-se de tarefa particularmente dificultosa. Como explica Teresa Arruda Alvim Wambier (2012, p. 52):

[...] Parece que a doutrina e os pensadores do direito, de modo geral, não atribuem grande relevância à necessidade de se estabelecerem *critérios* para se saber em que circunstâncias a evolução ou a adaptação do direito – alteração do entendimento de conceito e teorias jurídicas, que ocorrem com o passar do tempo – deve ocorrer pela via legal ou no plano da jurisprudência. [...]

Nos dizeres da autora, o *ambiente decisional* – área do direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser resolvido – é que vai ditar o nível de liberdade com que se dará a flexibilização ou manutenção do Direito (WAMBIER, 2012, p. 52-57).

A par dessa discussão, interessa, nesta sede, a identificação de fatores comuns que justifiquem a utilização da técnica do “*overruling*”, missão que, apesar de delicada, parece imprescindível, notadamente para melhor articular a atividade de verificar a adequação social, que é, por essência, extremamente sensível e subjetiva e, portanto, pode levar ao cometimento de arbitrariedades.

Ravi Peixoto (2018, p. 224-225) alude à teoria de Eisenberg, ensinando o seguinte:

Uma regra geral estabelecida por Eisenberg é a de que a superação deve ocorrer quando: a) o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e b) as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica mais fundamentam a sua superação do que a sua preservação. Ocorre que a construção de Eisenberg apenas tem funcionalidade nos casos em que a superação é paulatina, não sendo útil nas hipóteses em que há uma quebra repentina do entendimento.

De acordo com essa teoria, são dois os elementos que devem estar presentes para justificar a superação: (i) perda da congruência social e/ou inconsistência sistêmica; e (ii) os valores, nos quais se apoia a estabilidade – isonomia e segurança jurídica – mais fundamentam a superação do precedente do que sua manutenção.

Entende-se que a *perda da congruência social* ocorre quando se verifica a inadequação de determinado entendimento com o contexto fático atual da sociedade (relação

com a expectativa dos cidadãos)⁴¹, enquanto a *inconsistência sistêmica* seria a falta de adequação desse entendimento não com o aspecto social, mas com o próprio ordenamento jurídico visto em sua integralidade.

Sobre esses conceitos, Wagner Arnold Fensterseifer (2016, p. 05) traz um exemplo de fora do Direito que pode ser útil para a compreensão do tema:

[...] Imagine-se a seguinte situação: um pai de dois filhos, que possuem dois anos de diferença de idade entre si, determina que os seus filhos, ao atingirem a maioridade, poderão utilizar o veículo da família para passear com seus amigos. O filho mais velho, ao atingir os 18 anos e obter sua carteira de habilitação, solicita ao pai a utilização do veículo para sair com sua namorada. O jovem dirige após ter ingerido considerável quantia de álcool, ocasionando um acidente de trânsito que por muito pouco não tirou a sua vida. Cerca de dois anos depois, quando o filho mais novo atingiu a maioridade, tendo em vista o precedente aberto pelo pai para o seu irmão, solicita o veículo da família para realizar uma viagem com seus amigos. Entretanto, seu pai, em face da experiência negativa no passado, nega o empréstimo do veículo, contrariando sua determinação anterior. Pode-se afirmar, nesse caso, que o pai realizou um *overruling* em face da experiência recalcitrante gerada pela decisão anterior. Ele realizou o teste de dupla coerência e verificou que não havia mais congruência social capaz de sustentar a aplicação do precedente, haja vista que a experiência anterior demonstrou que seus filhos não possuíam maturidade suficiente para dirigir o veículo da família sem supervisão. Em suma, o pai percebeu que sua decisão anterior foi equivocada, e com base nas experiências negativas geradas por ela resolveu superar aquele entendimento [...]

E, para facilitar ainda mais, é possível replicar o exemplo idealizado acima quando da menção à visão restritiva e ampliada de “distinguishing”.

Suponha-se o mesmo cenário em que pais sejam provocados a decidir sobre a viabilidade de seus filhos saírem à noite em período de provas. Disso, cogita-se o seguinte:

1º cenário: pais decidem que seus filhos, *estudantes de escola*, não podem sair à noite em semana de prova, porque isso comprometeria seu desempenho escolar (precedente originário).

2º cenário: anos depois, confrontados em relação ao cenário originário, pais decidem que seus filhos, *estudantes de escola*, podem sair à noite em semana de prova, porque,

⁴¹ Há relação com proposições morais, políticas e de experiência (GALIO, 2016, p. 271); além disso, aspectos econômicos também podem ser relevantes para evidenciar a perda de congruência social.

atualmente, não importa o “desempenho escolar” em si, mas a capacidade do aluno em desenvolver-se em conformidade com um sistema de ensino democrático, preocupado em formar cidadãos livres e autonomamente conscientes de suas responsabilidades sociais, aspecto que não tem qualquer relação com a obtenção de notas boas ou ruins (novo precedente, com revogação do precedente originário).

Vê-se, daí, que o segundo precedente tomou o lugar do anterior em função da assunção de novas perspectivas acerca do modelo educacional ideal. O cenário originário tornou-se socialmente incongruente em comparação às acepções educacionais modernas. No que diz respeito à consistência sistêmica, passou-se a entender que a educação deve estar alinhada aos valores democráticos impostos pela CF/88. E, assim, a mudança tornou-se uma necessidade que deverá prevalecer em face do posicionamento anterior.

Perceba-se que, seja qual for o fundamento (perda da congruência social e/ou inconsistência sistêmica), será imprescindível a realização de um juízo de ponderação entre dois elementos: a “necessidade de mudança” e a “necessidade de manter o ordenamento estável e de impor tratamento igualitário para casos semelhantes”. Quando a primeira sobrepuser-se à segunda, então a superação será cabível.

Por pertinente, Wagner Arnold Fensterseifer (2016, p. 05) refere-se a essa avaliação como sendo a “norma básica para superação de precedente”, explicando o seguinte:

[...] A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente. Essa dupla coerência consiste em: (i) congruência social e (ii) consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer de dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* - a segurança jurídica e a igualdade - deixando de autorizar a sua replicabilidade. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado. Ao teste de dupla coerência dá-se o nome de norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*). [...]

É interessante observar que, assim como acontece com o “distinguishing”, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, tratamento legal minucioso a respeito dos critérios de aplicabilidade aqui trabalhados.

Apesar disso e com a ressalva de que a questão da insuficiência normativa será retomada com maior profundidade no último Capítulo, conveniente apontar, nesse momento,

dois parâmetros que se convolam às tratativas doutrinárias expostas acima e que também podem ser úteis para a boa utilização do “overruling”.

O primeiro deles remonta ao tema das Súmulas Vinculantes. A possibilidade de revisão sob este enfoque já foi avençada logo no primeiro Capítulo, quando se trabalhou com algumas peculiaridades da Lei nº 11.417/2006 para evidenciar a tendência do Direito brasileiro em incorporar determinados aspectos do “Common Law”.

Para este momento, interessa apontar que o Supremo Tribunal Federal já foi instado a proceder ao cancelamento de dois Enunciados de Súmula Vinculante (o número 11⁴² e 25⁴³, respectivamente, por meio do PSV 13/DF, 24.9.2015 e PSV 54/DF, 24.9.2015), momento em que foi impulsionado a expressar critérios de aplicabilidade de superação de entendimentos vinculantes.

Em ambas as ocasiões, a Corte rejeitou os pleitos, asseverando que não foram demonstrados nenhum dos seguintes pressupostos: a) a evidente superação da jurisprudência do STF no trato da matéria; b) a alteração legislativa quanto ao tema; ou, ainda, c) a modificação substantiva de contexto político, econômico ou social.

De se ver que os itens “a” e “c” revelam, respectivamente, as hipóteses de *inconsistência sistêmica* e *perda da congruência social* tratadas acima. O item “b”, por sua vez, revela a hipótese de superação decorrente de alteração legislativa, que não tem relação com a superação enquanto técnica de julgamento, mas enquanto resultado da atuação do Poder Legislativo.

Ou seja, o Supremo já demonstrou partilhar desses mesmos requisitos como condição para superar entendimentos vinculantes, a denotar certo consenso em relação a eles e sua aplicabilidade no mundo jurídico.

De se ver, aliás, que vem tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 10745/18, que visa justamente a incorporar tais critérios na legislação. Pretende-se fazer isso

⁴² “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado” (Súmula Vinculante nº 11; aprovação em Sessão Plenária de 13/08/2008).

⁴³ “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (Súmula Vinculante nº 25; aprovação em Sessão Plenária de 16/12/2009).

por meio da inserção do §5º no art. 2º da Lei nº 11.417/2006, incluindo-se a seguinte redação: “[...] *Respeitado o disposto no §3º, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante dependerá da admissão de pelo menos um dos seguintes pressupostos demonstrados pelo requerente: I - superação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no trato da matéria; II - alteração legislativa quanto ao tema; III - modificação substantiva de contexto político, econômico ou social.*”

Embora a tratativa restrinja-se à hipótese de revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante, a inovação, se aprovada, será um bom elemento para nortear o exercício da superação não somente em relação a este tipo de procedimento, mas em relação ao sistema de precedentes como um todo.

O segundo parâmetro compreende Enunciado nº 322 do FPPC, que prevê o seguinte: “*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.*”.

É bem verdade que o enunciado acabou por ignorar a hipótese de *inconsistência sistêmica* e propõe uma perspectiva muito superficial em relação à questão; ainda assim, revela certa conformidade com os critérios analisados acima e soma-se às sugestões doutrinárias e jurisprudenciais para direcionar a utilização adequada e oportuna da referida técnica de julgamento.

Por fim, quanto à necessidade de haver modulação dos efeitos decisórios, retoma-se a importância de haver esse tipo de ponderação na espécie. Se for o caso, caberá ao Tribunal modular os efeitos deste *decisum* para “[...] *evitar a quebra da confiança que o jurisdicionado deposita em determinado entendimento jurisprudencial de onde extrai suas legítimas expectativas [...]*” (MARTINS, 2017, p. 15).

Na seara pragmática, uma espécie de superação ganha destaque quanto ao ponto: o “prospective overruling”.

É técnica que permite que a revogação do precedente dê-se com efeitos *ex nunc*; a *ratio decidendi*, então substituída, continua a ser aplicada aos casos anteriores (TUCCI, 2012, p. 126).

Explica Luiz Henrique Volpe Camargo (2012, p. 569-570):

[...] Quando, de outro lado, se realiza o *overruling* com efeitos prospectivos (*prospective effects*) a nova orientação do tribunal valerá da data da decisão de virada para frente (*ex nunc*) ou de outro marco temporal futuro (*pro futuro*) escolhida pela Corte, que deve ser expressamente consignado no corpo do novo precedente [...]

O julgador pode, então, determinar o momento em que os efeitos da nova regra serão aplicados: a partir do julgamento ou de outra data escolhida. Até que o novo entendimento opere efeitos, mantém-se a validade do precedente anterior para os casos solucionados com base nele.

No sistema jurídico brasileiro, há algo similar denominado “modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais”. Trata-se de instituto que foi, inicialmente, previsto para os casos em que o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 27 da Lei 9.868/98), mas, atualmente, a medida teve sua aplicação ampliada. No CPC/15, por exemplo, o mecanismo pode ser utilizado em qualquer hipótese de alteração de jurisprudência dominante (§3º do art. 927).

Sobre a importância do “prospective overruling”, válido transcrever as ponderações de José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 110):

[...] deve ter-se presente que a abrupta alteração dos rumos da jurisprudência acarreta, em regra, gravíssimas consequências no plano da dinâmica do direito, visto que: (a) vulnera a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais; e, por via de consequência, (b) produz insegurança jurídica.

Desse modo, para evitar estes sérios inconvenientes, é que foi instituída a denominada *prospective overruling*. Nesse sentido, o mecanismo da modulação dos efeitos constitui importantíssimo instrumento técnico, a ser prestigiado pelo legislador e pelos tribunais. [...]

Quanto ao ponto, é pertinente apontar a utilidade de uma outra derivação do “overruling”, que, embora não tenha relação precisamente com a questão da modulação temporal das decisões, pode ser útil para a melhor articulação do tema.

Trata-se do “signaling” que, assim como a “superação prospectiva” (ou “modulação dos efeitos da decisão judicial”, tal como é chamada no Brasil), também se alinha ao ideal de estabilização do sistema.

Isso porque, como já antecipado, é por meio dela que se “sinaliza” o fato de que, em futuro breve, ocorrerá a superação de determinado precedente. Trata-se, em linhas gerais, de

“aviso” aos jurisdicionados para que possam conhecer o novo entendimento antes mesmo dele ser aplicado.

Sobre o instrumento, mencionam Mayara de Carvalho e Juliana Coelho Tavares da Silva (2015, p. 734-735):

[...] A sinalização deve ser utilizada quando a corte não ignora que o conteúdo do precedente é equivocado ou ultrapassado, mas, devido aos ditames da segurança jurídica, que implicam na previsibilidade das ações dos jurisdicionados, ela não revoga o precedente, apenas indicando que isto pode acontecer no futuro. [...]

Utilizada a sinalização, os destinatários da mensagem jurisdicional têm a possibilidade de “conhecer o Direito” em antecipação, o que é de extrema utilidade no aspecto da “cognoscibilidade”, elemento que, como se viu, insere-se na dimensão estática da segurança jurídica.

A par dessa possibilidade, o que interessa, para fechar os parâmetros de aplicabilidade do “overruling”, é que a técnica geralmente convocará a necessidade do órgão julgador em fazer uso de expedientes relacionados à modulação dos efeitos decisórios.

4.3 QUADRO ESTRUTURADO ACERCA DOS PARÂMETROS DE UTILIZAÇÃO

Para facilitar a compreensão daquilo que foi exposto nesse Capítulo, segue abaixo quadro com a estruturação resumida dos parâmetros mencionados acima.

Quadro 1 - Parâmetros de utilização do “distinguishing” e do “overruling”

TÉCNICAS	DISTINGUISHING	OVERRULING
Competência Funcional	Qualquer órgão jurisdicional, independentemente de grau hierárquico	Somente o Tribunal competente para fixar aquele entendimento ou Corte superior
Requisitos de Aplicabilidade	Insuficiente similaridade fático-jurídica entre os casos confrontados	Perda da congruência social e/ou inconsistência sistêmica
Efeitos Operados no Mundo Jurídico	Manutenção do precedente anterior, com criação de novo precedente	Revogação do precedente anterior, substituindo-o por um novo precedente
Modulação dos efeitos decisórios	Dispensável	Indispensável

Fonte – O autor (2019)

5 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O USO DO “OVERRULING” E DO “DISTINGUISHING”

A proposição central aqui apresentada convoca, em linhas gerais, a necessidade de readequar alguns aspectos do sistema jurídico brasileiro, compatibilizando-o à dinâmica precedental.

O princípio da segurança jurídica foi apresentado como vetor capaz de servir a esse ideal, porquanto - se compreendido de maneira adequada - pode exercer papel importante no quesito da harmonização temporal do sistema jurídico.

Na prática, estabilizar e dinamizar o Direito pressupõe, dentre outras possibilidades, a utilização adequada e oportuna do “distinguishing” e do “overruling”, conforme parâmetros explorados acima.

Mas, como também visto anteriormente, nada disso é válido se não se instaurar uma cultura de argumentação em torno dessa atividade. Os magistrados, motivados a distinguir e/ou superar precedentes vinculantes, devem fazê-lo de forma qualitativamente fundamentada.

A questão da fundamentação vem sendo desenvolvida com certa distinção no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que diz respeito a sua relação com o tema aqui tratado. Isso diz muito, afinal não existe regramento robusto e detalhado a respeito da utilização de tais técnicas de julgamento.

Para adentrar nessa análise, será preciso retomar aspectos do modelo de vinculação de precedentes, os quais se apresentam como pressupostos para a boa articulação do princípio da motivação das decisões no bojo da atividade precedental.

5.1 PRECEDENTES VINCULANTES NO TEMPO E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como já sinalizado, o modelo de precedentes opera, dentre outras funções, para promover a compatibilização das decisões judiciais no tempo. Essa operabilidade é moldada em prol da transição temporal do sistema jurídico.

No presente, precedentes do passado dão luz a novos precedentes. Isso se projeta ao futuro, viabilizando-se a formação de outros novos precedentes. E, assim, sistematiza-se uma

linha evolutiva, em que há ganho qualitativo conforme o tempo vai passando. Reproduz-se o melhor do “velho” para a construção do “novo”.

Sobre o ponto, Frederick Schauer (2015, p. 50-51) pondera:

[...] O argumento vindo de um precedente parece, a princípio, orientado para a retrospectiva. A perspectiva tradicional sobre os precedentes, dentro e fora do Direito, tem, desta maneira, focado no uso dos precedentes do passado nas decisões atuais. Entretanto, de uma maneira igualmente se não mais importante, uma argumentação por precedente se projeta também para o futuro, pedindo-nos para olhar as decisões de hoje como um precedente para os julgadores do amanhã. Hoje não é apenas o futuro do passado; é, do mesmo modo, o ontem do amanhã. Um sistema de precedentes, assim, envolve a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá. [...]

Não há como deixar de lado o enfoque da consolidação das unidades do tempo quando se estuda o tema, porquanto, como já visto, trabalhar com precedentes nada mais é do que articular experiências do passado em prol da construção do futuro.

Marcelo Veiga Franco (2015, p. 522), referenciando os estudos de Dworkin, ensina que o processo de criação das decisões judiciais nada mais é do que uma “[...] *relação histórica e uma tradição institucional entre decisões passadas, presentes e futuras.* [...]”.

Isso atrai um modelo de prática hermenêutica diferente do usual. Não se trata de tão somente fundamentar a decisão judicial; trata-se de fundamentá-la tendo como base o passado, o presente e o futuro.

Para distinguir e superar precedentes vinculantes, os magistrados devem estabelecer uma tangência associativa entre as decisões do passado e aquelas que ainda estão por vir. Só então, haverá a boa utilização do “distinguishing” e do “overruling”.

Conforme explica Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2011, p. 212):

[...] A segurança e a estabilidade que se propõem não estarão na certeza ou na previsibilidade da decisão em si, em se saber o que vai ser julgado, mas na certeza de que os Ministros julgarão de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos a uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres que as pessoas têm, o que é possível na adoção da doutrina do stare decisis que envolve que a vinculação dos tribunais ao passado significa que podem aplicar um precedente, revogá-lo ou distingui-lo, mas nunca ignorá-lo.

Nessa dimensão, seguir, distinguir ou revogar um precedente são partes integrantes da busca da integridade na decisão, porque está ligado à ideia de que o que foi decidido no passado é importante para o que se deve decidir agora.

É mediante a utilização da doutrina do stare decisis a partir de uma ideia de direito como integridade que se garantirá a segurança jurídica não só nos casos fáceis ou repetitivos, mas também nos casos difíceis, que envolvem questões de moralidade política da comunidade [...]

Se, de um lado, compor a atividade decisória nas variadas unidades de tempo é um propósito que se impulsiona a partir da devida compreensão do princípio da segurança jurídica; de outro, é o princípio da motivação das decisões judiciais que vai atrelar a atividade judicante a esse propósito.

Não por menos, embora não seja possível identificar previsões legais específicas a respeito dos parâmetros de utilização do “distinguishing” e o “overruling” no ordenamento jurídico brasileiro, o reforço normativo que vincula a atividade elaborada nesse sentido compreende o dever legal de fundamentação, conforme será visto abaixo.

5.2 AUSÊNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS PARA A UTILIZAÇÃO DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

Logo no início do trabalho, afirmou-se que o Brasil incorporou diversos institutos relacionados ao modelo precedental.

Quanto à CF/88, foram abalizados os seguintes movimentos: ampliação dos instrumentos de revisão judicial; aperfeiçoamento da sistemática de conformação constitucional; e alinhamento da técnica normativa à fluidez social (“principialização” das normas jurídicas especificadas na Constituição).

Ainda nesse sentido, exaltou-se a importância das reformas constitucionais no combate à instabilidade decisória, apontando-se como isso também foi buscado pelo legislador infraconstitucional.

Em relação aos paradigmas impostos pelo CPC/15, verificou-se que ele instaurou toda uma intersecção com a seara constitucional, bem como positivou nortes elementares à materialização da dinâmica de precedentes.

Contudo, não se pode deixar de destacar que, a despeito de ter avançado bastante nesse sentido, o legislador perdeu uma grande oportunidade de fazê-lo de maneira mais

acurada, principalmente no que se refere à previsão específica de dispositivos legais relacionados aos parâmetros de aplicabilidade do “distinguishing” e do “overruling”.

Válido ponderar que, ao longo do trâmite legislativo trilhado até à aprovação da atual legislação, foram instaurados intensos debates em relação ao tema.

O Projeto de Lei nº 8.046/2010 (versão que tramitou à época na Câmara dos Deputados) trazia um capítulo exclusivo sobre “precedente judicial” (Capítulo XV do Título I do Livro I).

Quanto à técnica da distinção, o projeto de lei trazia a possibilidade de não seguir o precedente ou a jurisprudência, “*quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.*” (§5º).

Fez-se menção, portanto, à “hipótese fática distinta” e à “questão jurídica não examinada”, pressupostos que, como visto, têm ampla relação com o manejo do “distinguishing”.

No caso do “overruling”, a iniciativa também trazia previsão específica acerca do instituto. No §7º do art. 521 do Projeto expunha-se as hipóteses que justificariam a “modificação de entendimento sedimentado”, sendo apontadas as seguintes situações: (i) revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou (ii) alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. Assim, em relação à superação, também se pretendia positivar condicionantes materiais para sua operabilidade.

Tais inovações foram descartadas e a versão final do texto legal acabou por não reproduzir tais avanços. O CPC/15, no inciso VI do §1º do art. 489⁴⁴, alude expressamente à *distinção no caso em julgamento e à superação do entendimento.*

A partir disso, são expostas várias situações quanto ao uso dessas técnicas.

Por exemplo, no que tange à “superação”, faz-se menção a ela na parte que trata do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e do Incidente de Assunção de

⁴⁴ Diz o dispositivo: “Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula,

Competência, o que se vê, respectivamente, no arts. 986 e no § 3º do 947. Quanto à “distinção”, ela aparece como fundamento para o ajuizamento de ação rescisória (art. 966, §5º) e também como fundamento para exclusão de recursos do sobrestamento decorrente da sistemática de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.037, § 9º).

Entretantes, todas elas são menções genéricas e, como afirmado, o legislador acabou por não delinear de maneira expressa parâmetros de aplicabilidade circundantes à utilização do “distinguishing” e do “overruling”.

Como confirma Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2015, p. 684): “[...] *o CPC/2015 não trata explicitamente dos institutos e técnicas fundamentais à aplicação e superação dos precedentes, como: a ratio decidendi, o obiter dictum, o distinguishing e o overruling. [...]*” (grifos nossos).

Por essas e outras razões, percebe-se o retrocesso do caminhar legislativo. Lucas Buril de Macêdo (2015b, p. 471-472) aponta a crítica:

[...] No caminhar legislativo, vicissitudes são inevitáveis, pois são imanentes ao processo político. A derrocada dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil bem demonstra isso, pois, aqui, foi particularmente grave. O regime dos precedentes judiciais no CPC/2015, em comparação às disposições da versão Câmara dos Deputados, é bastante pobre. Na verdade, uma parcela significativa das conquistas foi descartada, com um retorno à regulação dos precedentes nos moldes de como havia na versão aprovada pelo Senado Federal.

[...]

As modificações enfraqueceram sobremaneira a implantação do stare decisis brasileiro, que agora volta a depender de um forte esforço interpretativo e construtivo, tanto doutrinário como jurisprudencial. [...]

Para um país em que os órgãos julgadores recorrentemente buscam amparo e justificação no texto legal, não se pode negar que a falta de previsão acaba trazendo algumas dificuldades.

Tampouco se encontra o almejado detalhamento legislativo em outros atos normativos.

jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]”

Como já visto, no texto constitucional, prevê-se a hipótese de *revisão* de Súmulas Vinculantes (art. 103-A da CF/88), havendo inclusive procedimento para sua realização, conforme especificações da Lei 11.417/2006.

Nos Regimentos Internos das Cortes Superiores também há menção à revisão de tese vinculante. A título elucidativo, confira-se os seguintes dispositivos: art. 256-S e ss. do RISTJ (revisão de entendimento firmado em tema repetitivo); e art. 103 do RISTF (revisão de jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada em Súmula).

Em nenhuma das situações, contudo, revelam-se aspectos materiais relacionados ao exercício do “distinguishing” e do “overruling”; tratam-se apenas de referências genéricas e sem grandes pormenorizações.

Mas, como já adiantado, apesar do legislador ter negligenciado nesse sentido, nada fragiliza a necessidade dos juízes absorverem nortes específicos para a utilização do “distinguishing” e do “overruling”.

A par dos apoios doutrinários e teóricos aludidos ao longo desse trabalho, cabe, enfim, apresentar um reforço normativo capaz de vincular essa atividade decisória no tempo, tal como deve ser em matéria de precedentes.

5.3 MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NORTEANDO A UTILIZAÇÃO ADEQUADA E OPORTUNA DO “DISTINGUISHING” E DO “OVERRULING”

O princípio da motivação das decisões judiciais encontra-se positivado no art. 93, inciso IX, da CF/88 e decorre da ampla defesa e do contraditório.

Sua importância é tamanha que, no aspecto extraprocessual⁴⁵, extrai-se sua função de assegurar o caráter democrático da atividade jurisdicional, tal como explicam Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman (2015, p. 648), nos seguintes termos:

[...] O Judiciário deve ser considerado um poder democrático, porque as suas atividades são públicas e suas decisões podem ser controladas pelas partes, desde que devidamente fundamentadas. É pela exposição e publicação da motivação das decisões que o Judiciário se legitima socialmente.

⁴⁵ Luiz Dellore et al. (2016, p.96) denuncia esta função extraprocessual “[...] que revela a obrigatoriedade da motivação como um consectário natural de um Estado democrático de direito, uma garantia constitucional contra o arbítrio e o abuso de autoridade. [...]”.

[...]

É por isso que o artigo 93, inc. IX, da Constituição Federal impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais (que, por outro lado, é um direito fundamental dos cidadãos) e o não cumprimento deste dispositivo constitucional gera a nulidade dos julgamentos.

Com efeito, a motivação se destina tanto ao processo quanto à sociedade. Sendo a decisão proferida em um processo, vincula as partes envolvidas, razão pela qual é necessário que o juiz apresente, fundamentadamente, o raciocínio a partir do qual chegou a solução da causa. Isso possibilita a compreensão do convencimento do órgão julgador e permite a parte vencida recorrer ou cumprir imediatamente a decisão. Além disso, por ser o judiciário um poder estatal que deve justificar suas posições, a fundamentação servirá para que apresente à sociedade as razões que ensejam à interpretação e à aplicação das normas jurídicas. [...]

Usualmente, a fundamentação da decisão judicial é referenciada para direcionar o julgamento do caso concreto (discurso interno). Sobre esse sentido, referenciando o uso de precedentes em face das partes, ensina Wagner Arnold Fensterseifer (2016, p. 07):

[...] A fundamentação da sentença deve operar como meio para que se possam justificar as escolhas feitas pelo julgador, que deverá expressar de forma clara e transparente suas valorações e decisões sobre a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, permitindo, com isso, o controle intersubjetivo de sua racionalidade.

Isso posto, não se pode deixar de considerar que a *ratio decidendi* de um precedente não deixa de ser uma regra que também é veiculada por meio de um texto, e assim sendo, é passível de interpretação. Como se viu, o processo de interpretação que permite ao aplicador do direito chegar à norma, partindo do texto, deve ser realizado de forma racional e fundamentada, permitindo o controle intersubjetivo das decisões realizadas sobre a interpretação. De igual modo, a aplicação do precedente precisa levar em conta as peculiaridades do caso que o gerou, não podendo ser considerado tão somente como uma regra que, em vez de estar positivada na legislação, está estampada em decisão anteriormente proferida. [...]

Mas essa perspectiva pode ser alargada quando se assume a assertiva de que, ao trabalhar com precedentes, o julgador deverá apresentar também a fundamentação relativa à formulação da norma (discurso externo), “regulamentando” a conduta de outras pessoas que não somente aquelas envolvidas na relação processual intersubjetiva.

Ronaldo Cramer (2016, p. 134) confirma que:

[...] no sistema de precedentes, como a norma produzida pelo precedente será seguida pelos demais casos idênticos, o julgado que a criar deverá

conter duas fundamentações: uma para a solução do caso concreto (discurso interno); e outra para a formulação da norma (discurso externo). [...]

E, quanto ao discurso externo, o autor enuncia três motivos pelos quais tal motivação é necessária:

[...] Primeiro, para viabilizar a integridade e a coerência da jurisprudência. Efetivamente, sem a explicitação das razões para a constituição da tese jurídica, torna-se muito difícil ou impossível que a jurisprudência se desenvolva conforme se decidiu no passado (integridade) e dialogue com os precedentes, sobretudo para mudar o entendimento antes consagrado (coerência).

A segunda razão é para permitir que a sociedade exerça o controle sobre as razões que levaram o Judiciário a forjar a norma.

Se, por um lado, o Legislativo tem que motivar, de forma bastante sucinta, as razões para a elaboração das leis, uma vez que os parlamentares são eleitos e representam a vontade popular, por outro, o Judiciário deve expor o itinerário argumentativo para a produção da norma, porque, como os juízes não são eleitos, somente assim a sociedade pode verificar se a norma está sendo extraída da lei criada por seus representantes.

E o terceiro motivo diz respeito à identificação e à aplicação do precedente.

Com efeito, se o precedente não explicita os motivos para a formulação da norma, a sua identificação torna-se difícil, o que, indiscutivelmente, acaba por prejudicar a sua aplicação aos casos futuros. [...] (CRAMER, 2016, p. 135-136)

Para além da importância de democratizar a atividade criativa oriunda da formulação de precedentes - análise que escapa aos limites dessa análise - interessante notar que o primeiro e o terceiro motivo têm absoluta relação com a questão da utilidade temporal apresentada acima.

O magistrado, inserido no modelo precedental, precisa fundamentar sua decisão no passado, criando um padrão decisório para o futuro. É exatamente essa complexidade que aprofunda a exigência normativa circundante à motivação das decisões judiciais, qualificando-a.

E essa percepção foi sentida pelo legislador infraconstitucional, conforme tratativas elaboradas no CPC/15.

Além de previsões genéricas, como aquela do art. 11 do CPC/15⁴⁶, tal legislação trouxe também dispositivos específicos, que, de maneira ou outra, conduzem os juízes ao dever de instaurar uma profunda atividade argumentativa em torno da utilização do “distinguishing” e do “overruling”.

Conveniente citar, quanto ao ponto, o inciso V do §1º do art. 489 do CPC/15⁴⁷, que revelou a preocupação do legislador em relação à potencialidade de cada decisão tornar-se efetivamente um “precedente judicial”. Inexistindo justificativa suficiente para repelir ou aplicar determinada tese vinculante ao caso *sub judice*, a decisão considera-se não fundamentada e, portanto, é nula.

No inciso VI⁴⁸ desse mesmo dispositivo legal, foi criada a obrigação de demonstração expressa quanto à existência de distinção no caso em julgamento (“distinguishing”) ou de superação do entendimento (“overruling”).

Sobre tal norma, Jaldemiro Rodrigues Ataíde Jr. (2015, p. 696) afirma que o legislador concretizou o chamado “princípio da inércia argumentativa”, pelo qual não é preciso haver justificação aprofundada para a aplicação de um precedente a um caso análogo. Ao reverso, se se pretender afastar-se determinada tese vinculante ou mesmo superá-la, será preciso apresentar qualificado ônus argumentativo nesse sentido.

Explica o autor:

[...] os incisos V e VI, do § 1º, do art. 489, do CPC/2015 concretizam o que se denomina de princípio da *inércia argumentativa*, cujo conteúdo consiste em dispensar uma ampla argumentação ao magistrado que, no julgamento do caso posterior, segue precedente firmado em caso análogo e, ao mesmo tempo, *exigir* uma carga argumentativa qualificada ao magistrado que pretenda se afastar da *ratio decidendi* de precedente gerado a partir de caso em tudo semelhante ao que se encontra em julgamento. Aqui, não se exige

⁴⁶ Diz referido dispositivo legal: “[...] Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”

⁴⁷ Diz referido dispositivo legal: “[...] Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; [...]”

⁴⁸ Diz referido dispositivo legal: “[...] 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. [...]”

apenas a fundamentação ordinária - onde o juiz tem que expor os fundamentos com base nos quais aprecia as questões de fato e de direito-, mas uma fundamentação qualificada, pois a desconsideração do precedente, quer na dimensão vertical, quer na horizontal, impõe um pesado ônus argumentativo, do qual se desincumbirá o julgador apenas se: (I) demonstrar que o precedente se formou equivocadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica (*overruling*); (II) demonstrar que no caso em julgamento há fatos relevantes que o distancia do caso em que se firmou o precedente (*distinguishing*). [...] (ATAÍDE JR., 2015, p. 696)

Em outras palavras, o CPC/15 conformou a motivação das decisões judiciais à dinâmica de vinculação de precedentes, impulsionando a boa utilização de referidas técnicas em função da existência de um dever qualificado de fundamentação nesse sentido.

Conforme explica Wagner Arnold Fensterseifer (2016, p. 07):

[...] o emprego de técnicas de distinção e superação de precedentes também precisa estar inserido nesse contexto de justificação e fundamentação das decisões. Em verdade, mais ainda do que a decisão que aplica um precedente, a decisão que realiza a *distinguishing* ou o *overruling* precisa apresentar todas as razões consideradas para se chegar à conclusão de distinguir ou superar o precedente. [...]

Entrando em meandros específicos em relação a cada uma dessas técnicas, tem-se o seguinte.

Quanto à distinção, “[...] o NCPC impõe ao julgador o dever de fazer a análise aprofundada dos casos, a comparação das suas características, de modo a justificar a razão de divergir [...]” (CAMBI; HELLMAN, 2015, p. 655).

É preciso determinar os fatos qualificados juridicamente, as normas aplicáveis e, enfim, justificar o confronto entre o caso analisado e o caso tido como precedente (EDINGER, 2017, p. 07).

Até porque, formulada a distinção, é como se surgisse um elemento novo (não considerado na situação paradigmática) e que, por essa razão, precisa ser explicitado, notadamente para justificar o afastamento da tese vinculante.

Conforme acentua Carlos Edinger (2017, p. 12):

[...] se o precedente invocado deve ser desconsiderado, por não ser aplicável ao caso, deve-se, necessariamente, explicitar-se o porquê disso. Assim, a

distinção exsurge de nova alegação acerca de fatos não considerados pela decisão precedente. Há um novo fato, cuja relevância importa para a decisão do caso, o qual não foi considerado pela decisão precedente. [...]

Nesse caso, o qualificado dever de motivação decorre da coerência sistêmica que se espera a partir da maturação do Direito.

No caso da superação, o qualificado dever de motivação decorre da excepcionalidade da medida. Diz o §4º do art. 927 do CPC/2015: “*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.*” (grifos nossos).

De fato, o “*overruling*”, se usado equivocadamente, pode gerar a instabilidade do sistema jurídico, extraíndo-se, daí, a exigência quanto esforço argumentativo, tanto da parte quanto do magistrado. Percebeu o legislador que a técnica deve ser adotada com parcimônia, já que significa ruptura em termos de vinculação “*precedental*”.

No aspecto em especial, observa José Rogério Cruz e Tucci (2012, p. 110):

[...] o abandono do precedente, sobretudo no ambiente de uma experiência jurídica dominada pelo *case law*, exige do órgão judicial uma carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão, mas, ainda, justificção complementar. Essa imposição natural é geralmente esclarecida pelo *princípio da inércia*, segundo o qual a orientação já adotada em várias oportunidades deve ser mantida no futuro (por ser presumivelmente correta, pelo desejo de coerência e pela força de hábito). Não pode, pois, ser desprezada sem uma motivação satisfatória [...]

Enfim, o que se quer afirmar de tudo o que foi exposto nesse Capítulo é que, a despeito de inexistir previsão minudente, no ordenamento jurídico brasileiro, quanto aos parâmetros de utilização do “*distinguishing*” e do “*overruling*”, isso não fragiliza o expediente.

Ao impor um dever qualificado de fundamentação, o legislador acabou por suprimir eventual insuficiência normativa, impulsionando o imaginário jurídico brasileiro a compreender o sistema jurídico como resultado da compatibilização das decisões judiciais no tempo.

No plano dogmático, há rigor legal no sentido de atrelar a utilização do “distinguishing” e do “overruling” a uma avaliação minuciosa acerca dessa prática, partindo-se de critérios como a adequação e a oportunidade e tendo como norte a utilidade temporal mencionada acima.

No mundo dos precedentes, esse é o potencial do princípio da motivação das decisões judiciais, reforço normativo cuja compreensão também é essencial para a articulação de readequações jurídicas capazes de racionalizar a absorção do modelo precedental, no Brasil.

CONCLUSÃO

Chegando-se, enfim, as notas conclusivas deste trabalho é importante asseverar que, de início, foram delineadas algumas premissas basilares em torno do tema, a principal delas no sentido de que o sistema jurídico brasileiro tem incorporado cada vez mais a lógica jurídica dos países do “Common Law”, principalmente no que diz respeito à abertura normativa para a estruturação de um modelo de precedentes.

Essa constatação foi obtida a partir da análise de dois movimentos paralelos: o primeiro, de ordem social, compreendido pela velocidade com que os padrões de convivência vão sendo alterados no tempo (por exemplo, globalização, liquidez social, entre outros); e o segundo, de ordem jurídica, relacionado à maneira com que o Direito sentiu tal plasticidade social e, por conta disso, foi levado a absorvê-la no corpo de seu ordenamento normativo.

Quanto a esse último aspecto, partiu-se para a análise das inovações normativas perpetradas por cada uma das Constituições Federais brasileiras desde aquela de 1891. Alguns fenômenos ganharam destaque: (i) a incorporação da “judicial review”, que, por evidente influência norte-americana, acabou por impulsionar o que se entende, hoje, por controle de constitucionalidade das leis; e (ii) a positivação do controle dos Poderes, cujos efeitos consolidaram-se efetivamente com a formalização da norma escrita da inafastabilidade da jurisdição, fato que induziu a dinâmica jurisprudencial hodiernamente conhecida.

Tudo isso para confirmar o fato de que, nas últimas décadas, o Poder Judiciário teve sua importância alargada, o que foi sentido de maneira muito mais substancial a partir da promulgação da CF/88.

É nesse momento que há efetiva abstrativização das normas jurídicas, levando os órgãos julgadores brasileiros ao centro do debate quanto às suas funções de “criar o Direito”. Uma nova sistemática hermenêutica tem sido formatada desde então, em especial para que os Tribunais aprendam a lidar com o problema da dissonância decisória (imprevisibilidade judicial).

Como resposta, sugeriu-se o próprio remodelamento do funcionamento jurisdicional, procurando-se racionalizar o ambiente das decisões judiciais. Tanto é que, no âmbito constitucional, foram promovidas relevantes reformas jurídicas – como a Emenda Constitucional nº 3/1993 (que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade) e a Emenda

Constitucional nº 45/2004 (que criou as Súmulas Vinculantes e também constitucionalizou os efeitos vinculantes, que até então estavam na EC 3/1993 para a ADC e nas Leis nº 9868/1999 e 9882/1999 para as demais modalidades de ações diretas) – a demonstrar a inequívoca aproximação do Constituinte com a lógica de vinculação decisória.

No âmbito das legislações processuais civis, isso também foi abalizado, tanto pelas alterações que já haviam sido concretizadas no bojo do CPC/73 (pelas quais se buscou a uniformização da jurisprudência), como também pela aprovação do CPC/15 (o qual intensificou significativamente a dinâmica da vinculação de precedentes).

É claro que todas essas novidades repercutiram de maneira muito sensível no sistema jurídico brasileiro, trazendo dúvidas quanto ao seu funcionamento e sua compatibilização com a lógica anteriormente assentada.

Exatamente por conta dessa dificuldade é que se propôs a readequação jurídica de certas categorias, notadamente para auxiliar na coordenação desse movimento de “precedentalização” do Direito brasileiro.

Optou-se pelo estudo do **princípio da segurança jurídica**. Não simplesmente para apontá-lo como mecanismo interno capaz de atribuir racionalidade ao movimento descrito acima, mas para sugeri-lo como vetor capaz, aí sim, de auxiliar nesse desenvolvimento, conquanto seja repensado segundo percepções jurídicas ajustadas.

Apontando a segurança jurídica como instrumento realizável no Direito e que pode ser evocado à condição de norma-princípio, foram dissecados seus diversos aspectos, com enfoque na questão finalística e material. Ou seja, procurou-se dar ênfase às dimensões **estática** e **dinâmica** da segurança jurídica.

O enfoque, em resumo, deu-se com relação à coerência das decisões judiciais no “tempo”, pelo que se vislumbrou a necessidade de trabalhar tanto com a questão do *conhecimento do Direito* (“cognoscibilidade”) quanto da *força do Direito* (“confiabilidade” e “calculabilidade”).

Assumida a influência anglo-saxônica de enxergar a dinâmica precedental segundo a ambivalência contrabalanceada entre “rigidez” e “flexibilidade” – fato que se presta a compatibilizar o ambiente jurídico com o social – defendeu-se a absorção desse viés como forma de atribuir operabilidade ao modelo de precedentes vinculantes brasileiro.

Em outras palavras e aí inserindo o princípio da igualdade como reforço argumentativo, defendeu-se que a segurança jurídica deve ser considerada em suas duas dimensões (estática e dinâmica); tudo isso para romper com a concepção original que se tem em relação ao tema – ou seja, da segurança jurídica enquanto resultado da análise prevista e (pré) determinada da lei pelos órgãos julgadores – e, então, impulsionar a sistematização racional de uma teoria brasileira de precedentes – pela qual a segurança jurídica é pensada enquanto resultado de aceção temporal da formulação de precedentes.

O comprometimento deu-se, em verdade, com a questão do equilíbrio entre as unidades de tempo (passado, presente e futuro), tal como deve ser em matéria de precedentes; tanto é que, escapando-se à abstração de todos os sentidos teóricos apresentados, foi preciso sustentar algum tipo de aplicabilidade dogmática ao que foi sugerido.

A partir daí, foi assumido o encargo de correlacionar as dimensões da segurança jurídica à duas técnicas de julgamento que servem ao bom andamento do modelo de precedentes: o “distinguishing” e o “overruling”.

Em relação a estas últimas, a conclusão não foi outra senão pela sua ambivalência no que concerne ao alcance de estabilidade e mutabilidade, elementos tão importantes à racionalização almejada.

Quanto ao “distinguishing”, embora se tenha afirmado sua relação com a dimensão estática pela natural associação que se faz do instituto com a reafirmação do caráter vinculante do sistema de precedentes, foi apontado que isso não esgota sua funcionalidade, já que a técnica serve também ao intento de maturar o direito jurisprudencial (ou seja, flexibilizar o Direito), ponto em que exsurge sua correlação com a dimensão dinâmica.

Da mesma forma, no que tange ao “overruling”, apesar de nesse caso a assimilação ter se dado com a dimensão dinâmica da segurança jurídica, notadamente pela inequívoca funcionalidade do instituto em promover a ruptura de entendimentos jurisprudenciais ultrapassados, também não se pôde desconsiderar sua correlação com a dimensão estática, já que, dentre outros fatores, o uso desta técnica pode convocar a adoção de espécies, como a “prospective overruling” e a “signaling”, pelas quais se busca estabilizar os atos do passado.

Ou seja, tanto a distinção quanto a superação de precedentes vinculantes promovem de forma ambivalente a concretização de ambas as dimensões da segurança jurídica. E, se

assim é, mostra-se necessário instituir parâmetros de utilização de cada uma dessas técnicas de julgamento.

Quanto ao “distinguishing”, este foi descrito como atividade comparativa, pela qual se realiza um juízo de comparação voltado a identificar, basicamente, a questão da suficiente semelhança. Ou há suficiência e, portanto, haverá aplicabilidade da tese vinculante, com reprodução da *ratio decidendi*; ou não há e, então, havendo caso diverso, será formulada a distinção do precedente vinculante.

Dada essa definição, foram apontados e analisados os seguintes parâmetros para o “distinguishing”: *competência funcional* – qualquer órgão julgador, independentemente de grau hierárquico; *requisitos de aplicabilidade* – suficiente semelhança fática e jurídica entre os casos confrontados; *efeitos operados no mundo jurídico* – manutenção do precedente vinculante anterior; e *desnecessidade de modulação dos efeitos decisórios*.

Já no que tange ao “overruling”, esse foi descrito, basicamente, como o instrumento pelo qual é possível efetuar revogar entendimentos vinculantes do passado.

Nesse caso, a definição permitiu o apontamento dos seguintes parâmetros: *competência funcional* – órgão julgador de mesma ou superior hierarquia; *requisitos de aplicabilidade* – existência de perda da congruência social e/ou inconsistência sistêmica; *efeitos operados no mundo jurídico* – revogação do precedente vinculante anterior; e *necessidade de modulação dos efeitos decisórios*.

Vencidas as peculiaridades de cada uma dessas técnicas, pretendeu-se propor a utilização adequada e oportuna a partir desses parâmetros, a despeito de inexistir previsão legal nesse sentido.

Antes de adentrar propriamente na análise, foi retomada a questão da ponderação temporal como suporte necessário ao estabelecimento de um modelo de prática hermenêutica, pelo qual os órgãos julgadores, cientes de que devem julgar com base no passado e dialogando com o futuro, devem agir em busca do equilíbrio da atividade decisória no tempo.

Essa complexidade é o que qualifica o dever de fundamentação das decisões judiciais na prática, em especial quando da utilização do “overruling” e do “distinguishing”. O CPC/15 impôs rigor nesse sentido e supriu, reflexamente, eventual insuficiência normativa.

Ao prever um aprofundado ônus argumentativo para a elaboração de distinções e superações de precedentes vinculantes, o legislador contornou o suposto problema da ausência de normas e acabou por impulsionar os órgãos julgadores a partirem de parâmetros para a aplicação adequada e oportuna de tais técnicas de julgamento.

Essa noção, somada às demais apresentadas ao longo desse trabalho, reforça o ideal aqui pretendido de contribuir para a racionalização do tema, no Brasil.

A aproximação do “Civil Law” com o “Common Law” tem invocado essa missão. E, para compatibilizar a dicotomia original existente entre esses dois grandes ramos do Direito, foi preciso ater-se aos diversos sinais de transfiguração sistêmica pelos quais o Brasil vem passando.

Do movimento de “criação” de normas pelo próprio Poder Judiciário surgiu a tarefa de convocar a aplicação de princípios em sua função dirigente de modularem referida atividade decisória.

No quesito da significação das normas e sem ignorar a função precípua do legislador em criar parâmetros genéricos nesse sentido, a tendência é que o método dedutivo seja gradualmente substituído pelo método indutivo e, com isso, caminha-se no sentido de aperfeiçoar o modelo de precedentes, no Brasil.

Embora já identificada, em certas passagens, do arcabouço normativo, o modelo precedental ainda está em fase de construção. É o que reafirma a importância de ressignificar preceitos, passando a pensá-los segundo as novas conjecturas agora apresentadas. Para ser mais assertivo, defende-se a inserção da segurança jurídica na esfera de preocupação do órgão julgador, que, ao ser provocado, deve escorar-se em decisões do passado e, ao mesmo tempo, assumir responsabilidades quanto à estruturação do futuro.

Longe de simplificar a complexidade desse desafio, a proposição respinga na maneira como a atividade decisória deve ser articulada e é aí que, navegando-se pelos direcionamentos estabelecidos pelo princípio da motivação das decisões judiciais, defendeu-se, enfim, o dever dos Tribunais de justificarem suas decisões judiciais a partir da perspectiva temporal denotada acima (passado, presente e futuro).

São, em linhas gerais, readequações capazes de, a um só tempo, orientar e racionalizar a aplicação do tema, no sistema jurídico brasileiro.

Quadro 2 - Estruturação conclusiva

Premissa Inicial	Remodelamento normativo-hermenêutico do sistema jurídico brasileiro: absorção do modelo precedental para lidar com a imprevisibilidade judicial	
Problema	Compreensão original formulada em torno do princípio da segurança jurídica (significação da norma a partir da aplicação mecânica da lei). Incompatibilidade com a dinâmica de precedentes	
Proposta de solução	Reajuste da acepção original que se formulou em torno da segurança jurídica, adequando-a aos novos pilares do sistema jurídico brasileiro (significação da norma a partir da observância de decisões do passado)	Segurança jurídica enquanto norma-princípio: destaque às dimensões <u>estática</u> (“cognoscibilidade”) e <u>dinâmica</u> (“confiabilidade” e “calculabilidade”)
Reflexos práticos e apoios dogmáticos	Importância do “distinguishing” e do “overruling” como técnicas de julgamento que, se bem utilizadas, servem à concretização dessas dimensões da segurança jurídica	Parâmetros de utilização para o manejo adequado e oportuno de tais técnicas
Indispensável reforço normativo	A questão da utilidade temporal atrai a necessidade de haver profundo processo argumentativo em torno da formulação de precedentes	Importância do princípio da motivação das decisões judiciais enquanto vetor capaz de nortear a utilização adequada e oportuna das técnicas mencionadas acima

Fonte - o Autor (2019)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 491-552.

ABBOUD, Georges. **Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam.** In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 399-403.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC.** In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 671-697.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário / Humberto Ávila.** 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BAGGIO, Andreza Cristina; BERTAGNOLLI, Ilana. **Os precedentes Vinculantes do Novo Código de Processo Civil e a aproximação entre Common Law e Civil Law no Direito Brasileiro.** *Ius Gentium*. Curitiba, v. 8, n. 1, p. 162-181, jan./jun.2017.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. **Precedent in the United Kingdom.** In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited; Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 389-439.

BAQUEIRO, Paula de Andrade; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal.** *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p.667-688, 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. ***Stare decisis*, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea.** 2011. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Pontífca Universidade Católica do Paraná. Paraná, 2011.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural.**

In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 183-214.

BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Trabalhando com uma nova lógica**: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. Revista da AGU. Brasília, ano 15, n. 3, jul./set.2016.

BARROSO, Luis Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santes de (Coord.); MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 31-63.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998 e **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **La société du risque: sur la voie d'une outré modernité**. Paris: Aubier, 2001.

BORGES, Gustavo Silva. **A teoria dos Precedentes Judiciais no Novel Sistema Processual Civil – Lei 13.105/2015**. Revista Factus Jurídica, n 2, p. 135-149, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 abril 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 03 março 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.046/2010 Versão do CPC da Câmara dos Deputados). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4575E3D9C5E798A16FBC8C494CD451BA.proposicoesWebExterno1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 12 dezembro 2018.

BRITO, Jaime Domingues; OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A convergência do sistema da civil law ao da common law e a concretização dos direitos**. Revista Jurídica da Toledo de Presidente Prudente/SP, versão eletrônica da Revista Intertemas impressa, v. 13, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC.** In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 275-300.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-674.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistemas dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil.** In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 335-360.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. **Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil.** In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 633-658.

CAMPOS JÚNIOR, Waldir Sebastião de Nuevo. **Jurisdição e segurança jurídica.** In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi (Coord.); FILIPPO, Thiago Baldani. *Brasil e EUA: temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 93-108.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. **Ressalva de Entendimento e Valorização da Primeira Instância no Sistema de Precedentes Brasileiro.** In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 729-751.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: teoria e dinâmica** / Ronaldo Cramer. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DELLORE, Luiz et al. **Teoria geral do processo contemporâneo.** Luiz Dellore et. al. – São Paulo : Atlas, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil.** Revista Eletrônica Mensal do Curso de Direito UNIFACS, n. 175 (2015). Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>. Acesso em: 08 abril 2019.

DUARTE, Zulmar. **O Juiz e a Superação do Precedente: anticipatory overruling.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/01/05/juiz-superacao-precedente-anticipatory-overruling/>>. Acesso em: 16 setembro 2019.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. **Distinguishing e Overruling na aplicação do art. 489, §1.º, VI, do CPC/2015**. Revista de Processo, vol. 252/2016, p. 371 – 385, Fev / 2016.

FILIPO, Thiago Baldani Gomes de. **Precedentes Judiciais e Separação de Poderes**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 97.114, abr./jun.2015.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas Fogaça. **Sistema de Precedentes Judiciais Obrigatórios e a Flexibilidade do Direito no Novo Código de Processo Civil**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 66, p. 509 - 533, jul./dez.2015.

FRANCISCO, José Carlos. **(Neo) Constitucionalismo na Pós-Modernidade: princípios fundamentais e Justiça no Caso Concreto**. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 49-88.

FRANCISCO, José Carlos. **Confiança legítima, modulação de efeitos e Súmula Vinculante 8 do E. STF**. In: MESSA, Ana Flávia; MAC CRACKEN, Roberto Nussinkis. *Tendências jurídicas contemporâneas : estudos em homenagem a Nuncio Theophilo Neto / coordenação Ana Flávia Messa, Roberto Nussinkis Mac Cracken*. – São Paulo : Saraiva, 2011.

FRANCO, Marcelo Veiga. **A Teoria dos Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 521-534.

GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: A superação do precedente**. 2016. Dissertação (Mestrado no Programa de Pós Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências jurídicas. Florianópolis, 2016.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. **Precedentes no direito brasileiro: uma análise crítica sobre a utilização do distinguishing no Supremo tribunal Federal**. 2013. Dissertação (Mestrado

no Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas. Belém, 2013.

GAROUPA, Nuno; OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. ***Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil***: uma abordagem pela análise econômica do direito. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 42, p. 121-175, jan/jun 2013.

GOODHART, Arthur L. **Determining the Ratio Decidendi of a Case**. *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), pp. 161-183.

GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. **Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro**: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 491-520.

INGLATERRA. House of Lord's Practice Statement (1966). Disponível em: <<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>>. Acesso em: 06 maio 2019.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). **Interpreting precedents**: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited; Ashgate Publishing Limited, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril de. **A disciplina dos Precedentes Judiciais no Direito Brasileiro**: do Anteprojeto ao Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 459-490.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Contributo para a definição de *rotio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 214-238.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação Crítica entre as Jursidições de *Civil Law* e de *Common Law* e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil**. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.49, p. 11-58, 2009.

MARTINS, Diego Marinho. **Overruling**: revogação e modulação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito FIBRA Lex*, ano 2, nº 2, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes vinculantes nos estados unidos da américa e no direito brasileiro**: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 263-285, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **PRECEDENTES E VINCULAÇÃO**: Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul./set.2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Precedente e IRDR**: algumas considerações. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 567-590.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin Mendes. **Precedentes judiciais vinculantes**: a eficácia obrigatória dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica brasileira. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação** / Daniel Mitidiero. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. *Revista de Processo*, v. 245, p. 333-349, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente**: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. *Revista de Processo*, v. 206, p. 61-78, 2012.

MONAGHAN, Henry Paul. **Stare Decisis and Constitutional Adjudication**. *Colum. L. Rev.* 723 (1988). Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/158>. Acesso em: 15 agosto 2019.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. **A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 341-490.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015**: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 301-334.

ODAHARA, Bruno Pericio. **Um rápido olhar sobre o stare decisis**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 53-57.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **O binômio repercussão geral e súmula vinculante**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 675-750.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PORTO, Sergio Gilberto. **Sobre a common law, civil law e o precedente judicial**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em 20 fevereiro 2019.

PUSSI, Luciane; PUSSI, William Artur. **Engessamento Hermenêutico e a Vinculação Subjetiva do Magistrado Brasileiro**. Revista Pensamento Jurídico, São Paulo, v. 12, n. 1, jan./jun.2018.

RE, Edward D. **Stare Decisis**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Brasília a. 31, n. 122, mai./jul. 1994.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da ciência política**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 01-32.

SANTOS, Boaventura de Souza. MARQUES, Maria Manuel Leitão. PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: 09 setembro 2018.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 133-202.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, out.2005.

SCHAUER, Frederick. **Precedente**. Tradução por André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 49-86.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun.2005.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. **A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica**. Revista de Informação Legislativa: RIL, n. 214, v. 54, p. 131-152, abr./jun.2017.

SLAPPER, Gary; Kelly, David. **The English Legal System**. Sixteenth Edition: Routledge Taylor & Francis Group. London And New York, 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STRÄTZ, Murilo. **Precedentes vinculantes à brasileira?** Revista Teoria Jurídica Contemporânea, PPGD/UFRJ, p. 272-305, julho-dezembro 2017.

SUMMERS, Robert S. **Precedent in the United States (New York State)**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited; Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 440-505.

TARUFFO, Michele. **Institutional Factors Influencing Precedents**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited; Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 543-577.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Tradução por Chiara Antonia Spadaccini de Teffé e revisado por Maria Celina Bodin de Moraes. Publicado em *Civilistica.com* a. 3, n. 2, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante** : estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006 / André Ramos Tavares. – 3. ed. – São Paulo : MÉTODO, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 97-132.

VIEIRA, Andreia costa. **O precedente vinculante e a ratio decidendi da Common Law: exemplos a seguir?**. In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi (Coord.); FILIPPO, Thiago Baldani. *Brasil e EUA: temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 31-42.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 406-443.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 263-274.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 11-96.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121, jun.2009.

WOLKART, Erik Navarro. **Súmula Vinculante – Necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento)**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 277-340.