

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

JOÃO GABRIEL FIGUEIRÓ SALZANO

PRECEDENTES VINCULANTES:
DA APLICABILIDADE DO *ANTICIPATORY OVERRULING* NO BRASIL

Porto Alegre

2020

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

JOÃO GABRIEL FIGUEIRÓ SALZANO

PRECEDENTES VINCULANTES:

DA APLICABILIDADE DO *ANTICIPATORY OVERRULING* NO BRASIL

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de Concentração: Teoria Geral da Jurisdição e do Processo

Linha de Pesquisa: Teoria Geral da Jurisdição e do Processo

Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto

Porto Alegre

2020

JOÃO GABRIEL FIGUEIRÓ SALZANO

PRECEDENTES VINCULANTES:
DA APLICABILIDADE DO *ANTICIPATORY OVERRULING* NO BRASIL

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Aprovada em: ____ de _____ 2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto – Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

*Dedico este trabalho ao meu pai, José
Nicolau Salzano Menezes.*

AGRADECIMENTOS

Estes anos de mestrado exigiram dedicação, estudo e muito esforço. Gostaria de transmitir, através de palavras sinceras, minha gratidão e agradecimento aos meus pais, Nicolau e Fernanda, pelo apoio incondicional e resiliente. Vocês foram e são os pilares fundamentais de cada passo que dou. À minha irmã, Luiza, pelas horas de conversa e apoio irrestrito. Este trabalho não seria possível sem ti. Tu és meu exemplo de estudo e dedicação. À Débora, minha companheira, e ao Dante, nosso filho, agradeço pela compreensão nas horas de ausência e pelo estímulo para chegar até aqui. O amor de vocês é o combustível para seguir em frente. A vocês, minha família, sou eternamente grato por tudo que sou. Vocês são o motivo da minha felicidade. Agradeço ainda ao professor Dr. Eugênio Facchini Neto, meu orientador, pela dedicação, compreensão e contribuição, que tornaram possível a realização deste trabalho. Agradeço ainda aos colegas de escritório durante esta jornada, o que faço na figura dos professores Marco Jobim e Márcio Jobim. As conversas na hora de descanso, as indicações bibliográficas e o empréstimo de obras foram peça-chave na realização do trabalho. Por fim, agradeço a Deus pela vida, pelo amor e por todo o bem que me cerca.

“O duvidar, como o saber, me agrada.”

Dante Alighieri

RESUMO

A presente pesquisa trata sobre o sistema de precedentes vinculantes e a aplicabilidade do *anticipatory overruling* no Direito brasileiro. Tem como objetivo geral demonstrar que a adoção dos precedentes vinculantes no Direito brasileiro se justifica e que sua aplicação pelos magistrados e pela sociedade em geral não implicará óbice à continuidade do desenvolvimento do Direito, sendo a superação antecipada (*anticipatory overruling*) interessante ferramenta para evitar o engessamento do Direito. De acordo com o estudo bibliográfico desenvolvido, é possível mostrar que se justifica a adoção de um sistema de precedentes no Direito brasileiro e que se deve possibilitar que o magistrado afaste a aplicação de um precedente quando demonstrar que o entendimento da corte prolatora já acabou superado por novos julgamentos. Para o embasamento teórico utilizou-se a doutrina anglo-americana no tocante aos institutos que acabam por ser incorporados ao Direito brasileiro e visitada a doutrina nacional acerca do tema. A pesquisa foi aplicada na forma qualitativa e de revisão bibliográfica. Os métodos utilizados na pesquisa têm a combinação de serem explicativos e descritivos, com estudo qualitativo de casos. Por fim, a pesquisa constatou que parte da doutrina brasileira se inclina a adotar o *anticipatory overruling* no Direito pátrio.

Palavras-chave: Jurisdição. Processo civil. Precedentes vinculantes. Superação antecipada.

ABSTRACT

This research deals with the system of binding precedents and the applicability of anticipatory overruling in Brazilian law. The general objective of this research is to investigate the adoption of binding precedents in Brazilian law is justified and that its application by the magistrates and by society in general will not jeopardize the continuity of the development of the law. Also, it affirms that the anticipatory overruling is an interesting tool to avoid outdated law. According to the bibliographic study developed, it is possible to show that the adoption of a system of precedents in Brazilian law is justified and that it should be possible for the magistrate to rule out the application of a precedent when he demonstrates that the understanding of the court was overcome by new judgments. For the theoretical basis, Anglo-American doctrine was used in relation to the institutes that are incorporated into Brazilian law. Furthermore, national doctrine on the subject was visited. The methods used in the research was explanatory and descriptive, with a qualitative case study. Finally, the research found that part of the Brazilian doctrine is inclined to adopt the anticipatory overruling in Brazilian law.

Keywords: *Jurisdiction. Civil procedure. Binding precedents. Anticipatory overruling.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A GRADUAL CONVERGÊNCIA DAS TRADIÇÕES DA <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i> E A CONVENIÊNCIA DA ADOÇÃO DE UMA TEORIA DE PRECEDENTES NO BRASIL	12
2.1	DA EVOLUÇÃO DA <i>COMMON LAW</i> INGLESA.....	17
2.2	O MODELO DA <i>CIVIL LAW</i> : A SOLUÇÃO FRANCESA.....	30
2.3	A APROXIMAÇÃO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS PELO NEOCONSTITUCIONALISMO LEVA À NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES.....	39
2.4	A TEORIA ANGLO-AMERICANA DE PRECEDENTES VINCULANTES E INSTITUTOS PERTINENTES À SUA TRANSPOSIÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	52
3	A TEORIA DE PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E DA APLICABILIDADE DA SUPERAÇÃO ANTECIPADA (<i>ANTICIPATORY OVERRULING</i>)	75
3.1	ASPECTOS IMPORTANTES ACERCA DO <i>OVERRULING</i>	76
3.2	DO <i>ANTICIPATORY OVERRULING</i> NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	85
3.3	UMA TEORIA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	101
3.4	DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS BRASILEIRAS ACERCA DO PRECEDENTE JUDICIAL.....	113
3.5	DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO.....	125
3.6	DO <i>ANTICIPATORY OVERRULING</i> NO DIREITO BRASILEIRO.....	135
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	150
	REFERÊNCIAS	153

1 INTRODUÇÃO

A adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil tem como objetivo trazer segurança jurídica e uniformidade na aplicação do Direito. Trata-se do fenômeno da circulação de modelos jurídicos, indo se buscar nos sistemas da *common law* ferramentas para se atingir esses objetivos.

Uma vez que há uma aproximação dos sistemas jurídicos ocidentais pelo advento do neoconstitucionalismo, com a possibilidade de criação judicial do Direito pela interpretação da Constituição levada a cabo pelas cortes, a força vinculante desses precedentes cumpre o papel de inserir a interpretação no ordenamento jurídico, sendo vinculante aos juízes e cortes inferiores.

Estudou-se a origem dos precedentes vinculantes na *common law*, notadamente na Inglaterra e nos Estados Unidos, e apontou-se a necessidade de adoção de sistema semelhante no Brasil, o que já vem sendo construído ao longo do tempo, mas que ganha relevância com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Em um segundo momento será aprofundado o estudo sobre o *overruling* e o *anticipatory overruling*, bem como características do sistema de precedentes brasileiro e as diferentes abordagens da doutrina nacional acerca do tema.

A partir dessas constatações, refletir-se-á sobre as seguintes questões: como evitar o engessamento do direito por uma menor participação de juízes e tribunais locais na construção e superação das teses jurídicas. E como evitar que a aplicação de precedente *desgastado* leve a injustiças na aplicação da decisão atual, em já havendo a percepção de que a corte superior superou determinado entendimento. Nesses casos, estariam os juízes autorizados a realizar a superação antecipada (*anticipatory overruling*), deixando de aplicar o precedente em caso de não distinção e não tendo competência para realizar a efetiva superação do precedente com efeito *erga omnes*?

Utilizou-se o método indutivo, através do qual se inferem proposições de caráter geral a partir da observação e do estudo de fenômenos particulares. A pesquisa, em que se utiliza o procedimento monográfico, baseou-se em fontes bibliográficas e em decisões judiciais, escolhas adequadas ao objetivo da pesquisa e que permitem a coleta de uma quantidade maior de informações em um menor período de tempo, o que viabilizou a pesquisa no tempo disponível.

Assim, o principal objetivo do trabalho será verificar a possibilidade de aplicação no ordenamento jurídico brasileiro do instituto do *anticipatory overruling*. Partir-se-á da hipótese de que os juízes passam a estar vinculados a um maior tipo de decisões vinculantes, mas podem adotar a técnica do *common law* de afastar a aplicação do precedente quando demonstrado que a superação do entendimento é o caminho que deve ser tomado pelo Tribunal Superior. O trabalho encontra-se estruturado a partir dos seguintes objetivos específicos:

- a) através de uma breve introdução ao desenvolvimento do sistema de precedentes no direito anglo-americano, demonstra a aproximação entre os sistemas da *common law* e *civil law* pelo advento do neoconstitucionalismo, contextualiza o tema da necessidade de adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil, apresentando os principais elementos transpostos agora para a cultura jurídica nacional, tema do primeiro capítulo;
- b) apresenta os elementos necessários ao *overruling* das decisões no direito anglo-americano, quais são os elementos do *anticipatory overruling*, bem como mapeia os entendimentos doutrinários acerca da extensão dos tipos de decisões vinculantes no Brasil e apresenta a posição da doutrina acerca da superação antecipada (*anticipatory overruling*) no Direito nacional, de modo a instrumentalizar o leitor acerca do tema, objetivo do segundo capítulo.

Com base nesses pontos foi estruturado o sumário, que resultou nos capítulos que compõem a presente dissertação. Com a intenção de promover o debate sobre o tema, serão apresentados os elementos da doutrina dos precedentes vinculantes, com destaque ao *overruling* e ao *anticipatory overruling*. Esses indicadores foram selecionados a partir da citação na literatura consultada, tendo por foco a possibilidade de uso do instituto no Direito brasileiro.

Como resultado da pesquisa, obter-se-á uma visão geral do atual contexto do sistema de precedentes no Brasil e da força vinculante das decisões trazidas no art. 927, CPC/2015, em especial no que se refere aos instrumentos relacionados à superação de precedentes vinculantes. O estudo introdutório do direito anglo-americano possibilitará verificar a necessidade de adoção de precedentes vinculantes no Brasil e apresentará os elementos para aplicação dessa teoria. Por fim, apresentado o atual estado da doutrina, buscar-se-á verificar se a força

vinculante no Brasil permite a superação antecipada por juízes e cortes inferiores de precedente de corte superior.

2 A GRADUAL CONVERGÊNCIA DAS TRADIÇÕES DA *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* E A CONVENIÊNCIA DA ADOÇÃO DE UMA TEORIA DE PRECEDENTES NO BRASIL

Com o CPC 2015, foi organizado e ampliado no Brasil um sistema de precedentes vinculantes, inspirado no sistema inglês e norte-americano. Tornou-se necessário, dessa forma, entender a correta aplicação desses institutos. Nesse capítulo será feita uma breve apresentação da evolução do sistema da *common law* inglesa e norte-americana, comparado com o sistema da *civil law*, ou sistema romano-germânico, a fim de lançar bases para a discussão dos motivos que levaram à adoção de sistema de precedentes recentemente adotado no Brasil, bem como suas particularidades.

Deve-se buscar compreender qual a rigidez da vinculação do magistrado aos precedentes (seja na *common law* anglo-americana, seja na *civil law*, ou no caso brasileiro) para autorizar a superação antecipada – o afastamento pelo juiz ou tribunal hierarquicamente inferior de decisão vinculante (ainda) não superada pelo tribunal competente. Assim, propõe-se na análise deste capítulo tecer breves comentários acerca do desenvolvimento de uma teoria de precedentes e da necessidade de adoção no Brasil.

A adoção de técnicas de outros ordenamentos jurídicos não deve causar maior estranheza nos doutrinadores e legisladores, uma vez que a “circulação de modelos jurídicos”¹ – um sistema jurídico buscando inspiração e técnicas em outro – é parte da história do desenvolvimento do direito. De fato, trata-se de objeto de estudo desde a década de 1970 pela *International Academy of Comparative Law*. Transplantes, recepções e imposições jurídicas de técnicas de um Estado para outro são comuns, seja através de imposição de modelos jurídicos pela expansão militar e pela colonização; seja pela importação, dado o prestígio de determinado regramento (FACCHINI NETO, 2017, p. 251).

¹ Nesse sentido traz Bruno Miragem (2019, p. 174), em estudo sobre como se realiza a análise em direito comparado: “Atualmente, consagrou-se tratar da circulação de modelos jurídicos (na lição francesa), ou *legal transplants*, casos todos em que o conteúdo não se determina apenas pela reprodução do texto legal, senão de uma determinada concepção que pode se produzir a partir da lei, porém com decisiva importância da doutrina e da jurisprudência como atividades que outorgam significação à norma legislada”.

Atualmente, a globalização exige dos países maior aproximação para facilitar o trânsito de pessoas e mercadorias. A integração econômica acarretou um aumento da produção legislativa nos Estados da *Common Law*, dada a necessidade de adaptações mais rápidas – o que um modelo baseado na construção do direito através dos casos julgados (e dos precedentes daí decorrentes) não consegue realizar. Por outro lado, nos países que se utilizam da *civil law*, o mundo globalizado exige a necessidade de unidade do direito com respeito às decisões judiciais já exaradas, com o objetivo de gerar previsibilidade ao direito e segurança jurídica (CRAMER, 2016, p. 29-30), o que o sistema de precedentes busca garantir. Dessa forma, percebe-se a tendência, em um mundo globalizado, de aproximação dos modelos da *common law* e da *civil law*. Como resultado, os estudos de direito comparado se tornam ainda mais pertinentes e relevantes.

Da circulação de modelos jurídicos decorre o diálogo entre os diferentes sistemas. Um dos aspectos é a influência recíproca entre as decisões judiciais de diferentes países; outro, a utilização de precedentes estrangeiros em casos semelhantes, mesmo sem haver qualquer eficácia vinculante entre os ordenamentos ou sequer semelhança legislativa (PEIXOTO, 2019, p. 135-137).

Contudo, quando da realização de uma análise de direito comparado², é necessário estabelecer o porquê da escolha dos termos a serem comparados, e o método utilizado para realização desse intento. Simplesmente compilar preceitos legais, conceitos doutrinários ou precedentes judiciais oriundos do direito estrangeiro não é suficiente. Os motivos para o estudo podem ser: buscar aprofundar os conhecimentos sobre suas características e apontar eventual necessidade de aperfeiçoamento; auxiliar na construção de modelos que vão auxiliar na realidade nacional; e para, em face a uma situação própria vinculada a mais de um sistema jurídico, determinar a lei aplicável e a solução que dela resulte (MIRAGEM, 2019, p. 177). No caso do presente trabalho, o estudo dos institutos apresentados, através do método da revisão bibliográfica, tem por objetivo embasar a discussão proposta,

² O direito comparado moderno tem sua estrutura científica remontando a 1900, por ocasião do Congresso Internacional de Paris e, mais especificamente, a palestra de Edouard Lambert, que altera a concepção de comparação entre legislações (dogmática) para uma comparação funcional, buscando perceber qual função o instituto exerce no sistema jurídico do qual faz parte, como traz Bruno Miragem (2019, p. 170): “[...] apenas será comparável no direito aquilo que atenda a mesma função.” Essa posição busca ao fim as semelhanças entre os problemas enfrentados e os institutos utilizados pelos diferentes ordenamentos, para então apontar similitudes e diferenças.

quanto à possibilidade ou não de acolhimento da figura do *anticipatory overruling* no direito nacional.

Percebe-se, também, que o estudo de exemplos de sucesso no direito comparado muitas vezes tem a finalidade de buscar soluções para deficiências do direito interno, através da internalização de elementos estrangeiros. No caso dos países da *civil law*, como mencionado, percebe-se uma acentuação desse movimento pela perda do papel central dos códigos com o advento do neoconstitucionalismo (CRAMER, 2016, p. 31).

Importante, antes de entrar nas especificidades do desenvolvimento da *common law* inglesa e do *civil law* (especialmente no modelo francês), esclarecer alguns pontos. De início, ressalta-se que a separação entre as tradições é, no fundo, utilizada para fins didáticos – em que pese não se negar as diferenças existentes.

Na visão inglesa, a noção de Direito envolve concepções diversas: direito legislado (*statute law*)³; direito costumeiro (*customary law*)⁴; ou direito revelado através do julgamento de casos (*case law*)⁵. Todas essas são, contudo, formas de expressão ou revelação do *direito positivo*, assim dizendo criado por uma autoridade: o Estado de maneira articulada, as decisões judiciais, o comportamento de determinado grupo. Nesse sentido, John Gardner:

Todos os três tipos de direito que discuti aqui são tipos de lei positiva. Todos são feitos por alguém e sabemos que eles contam como direito

³ A *statute law* é expressamente e intencionalmente criada de maneira articulada pelo legislador (ou por outro agente, mas sempre por um órgão ou agente), normalmente através de palavras – escritas ou orais. De um ordenamento para outro, o que se altera é a forma de interpretação e a rigidez como essa pode ser realizada, mas sempre se deve ter o texto como um dos balizadores da interpretação. Essa variação é objeto de profunda divergência entre seguidores das escolas naturalista e positivista. Da interpretação pode derivar um precedente; esse pode ser vinculante (GARDNER, 2007, p. 75).

⁴ Já a *customary law* não é expressamente e intencionalmente criada por um único agente, mas é decorrência dos costumes, isto é, da conduta do povo ou dos oficiais que acabam sendo legalmente vinculantes, criando normas para determinada coletividade. Nesses casos, os agentes criadores são difusos. Dito de outro modo, não basta ser um hábito daquela coletividade, mas sim estar vinculada a uma norma social que cria uma obrigação recíproca – e que não está na lei, ou não foi determinada por uma corte (GARDNER, 2007, p. 61).

⁵ O *case law*, por sua vez, se desenvolve através decisões judiciais ao analisar o caso concreto, com o juiz analisando e aplicando o direito existente, intencionalmente ou não, incluindo nova norma no ordenamento através da fundamentação que adotou no caso concreto. O resultado vai ser um texto (escrito ou oral) que será objeto de interpretação futura; mas, ao contrário do *legislated law*, não é produzido de forma articulada. É utilizado como argumento no julgamento de causa futura – e por isso é importante, como se verá adiante, saber destacar a *ratio decidendi*, que cria a norma, de argumentos secundários, que interpretam a norma ou os fatos. Nesse contexto, os julgamentos futuros vão criando uma cadeia que se “cristaliza” ao longo do tempo (GARDNER, 2007, p. 69).

somente quando sabemos quem os criou. A lei legislada é feita pelos legisladores. A jurisprudência é feita pelos juízes. O direito consuetudinário é feito por populações (oficiais ou não oficiais). A jurisprudência e o direito consuetudinário – “direito não legislado” para abreviar – às vezes são representadas como direito não positivo, simplesmente porque não é feito expressa ou intencionalmente.⁶ (GARDNER, 2007, p. 75, tradução nossa).

Quando a decisão é das cortes mais altas, e dela deriva uma nova interpretação da norma, o lógico é que essa seja *vinculante* para os demais membros do Judiciário. Dessa forma, o texto da lei e a norma dele decorrente não se confundem. Como traz John Gardner:

Outra maneira de dizer isso é dizer que o texto legislativo não é o único objeto possível de interpretação legislativa. A lei criada pelo estatuto – o efeito legal do estatuto – é em si um segundo objeto possível de interpretação. Os dois se separam mais obviamente quando intérpretes intervenientes (por exemplo, juízes no tribunal superior) usam seu poder legal para interpretar o texto legislativo de uma maneira que vincula intérpretes sucessores.⁷ (GARDNER, 2007, p. 54, tradução nossa).

O *case law*, como será visto adiante, é muito mais antigo que as legislações modernas. Advém do papel dos tribunais de resolver disputas controversas – aliás, de certa forma, a legislação não passa da superimposição através da lei de costumes já arraigados em determinada comunidade. Isso porque, após consolidada a jurisprudência, é possível sua sistematização através da codificação (MACCORMICK; SUMMERS, 2016, p. 1).

Dito isso, o esclarecimento é de que não se pode imaginar uma “dicotomia” entre *common law* e *civil law*. Enquanto o sistema da *common law* cada vez mais se utiliza de normas legais editadas pelo parlamento, especialmente para fazer frente às necessidades do estado do bem-estar social, o sistema de *civil law* igualmente vem cada vez mais se utilizando do direito jurisprudencial para inovar o sistema jurídico.

⁶ No original: “All three of the types of law I have discussed here are types of positive law. They are all made by somebody and we know that they count as law only when we know who made them. Legislated law is made by legislators. Case law is made by judges. Customary law is made by (official or non-official) populations. Case law and customary law – ‘nonlegislated law’ for short – is sometimes represented as nonpositive law, simply because it is not made expressly or intentionally.”

⁷ No original: “Another way to put this is to say that the legislative text is not the only possible object of legislative interpretation. The law created by the statute – the statute’s legal effect—is itself a second possible object of interpretation. The two come apart most obviously when intervening interpreters (e.g., judges in the highest court) use their legal power to interpret the legislative text in a way that binds successor interpreters.”

Seguindo essa linha, o segundo ponto é salientar que os precedentes (ao menos persuasivos) não são uma novidade no *civil law*, uma vez que nesse também há a preocupação com o tratamento igualitário a casos iguais, e com a segurança jurídica. De igual forma, como no modelo anglo-saxão, utiliza-se a lei escrita⁸. A diferença é que na *common law* o direito se desenvolve nas cortes judiciais, e a lei é utilizada de maneira suplementar para especificar como se dará a aplicação; ao passo que, no *civil law*, a principal fonte de direito é a lei e, no mais das vezes, sua interpretação e especificação de aplicação vai ocorrer no Judiciário⁹. Essa diferença é importante para compreender o objeto do presente trabalho, a discussão sobre a possibilidade de *anticipatory overruling* no ordenamento jurídico brasileiro: uma vez que a alteração legal pelo poder competente poderá ser hipótese a autorizar o afastamento do precedente por juiz hierarquicamente inferior.

Ainda que não seja possível traçar limites rígidos, os precedentes têm sua tradição reconhecidamente vinculada ao sistema da *common law*, pois esse se desenvolve a partir da Idade Média sem uma legislação escrita e sem o uso de doutrina¹⁰, sendo construído com base nas decisões do *case law*. Quando essas decisões precedentes, que em um primeiro momento são apenas ilustrativas, passam ao longo da história a assumir características persuasivas e, depois, vinculantes, configura-se o *common law* como se conhece. Esse ponto será detalhado adiante.

⁸ Traz-se a lição de Orlin Yalnazov (2018, p. 267, tradução nossa): “Associamos o precedente ao direito comum e estatuto ao *civil (law)*. Na verdade, isso é uma aproximação, e uma aproximação difícil. Existem muitos estatutos na Inglaterra. Os tribunais da Europa continental citam casos. O direito comum é parcialmente estatutário. O direito civil é parcialmente precedencial.” No original: “*We associate precedent with the common law and statute with the civil. That is in actuality an approximation, and a rough one at that. There are many statutes in England. Courts in continental Europe cite cases. The common law is part-statutory. The civil law is part-precedential.*”

⁹ Como aponta Orlin Yalnazov (2018, p. 261-262, tradução nossa): “Na *common law*, os tribunais geralmente definem os princípios gerais de lei e os estatutos serão usados apenas como complemento, a fim de esclarecer sua aplicação ou resolver ambiguidades na doutrina jurídica ou abordar aspectos técnicos. [...] Por outro lado, no *civil law*, o legislador normalmente produz os princípios gerais e os tribunais tornam esses princípios mais precisos.” No original: “*At common law, the courts will typically define the general principles of law and statute will only be used as a supplement, in order to either clarify their application, or to resolve ambiguities in legal doctrine, or to address technicalities. [...] Conversely, in a civilian system the legislature typically produces the general principles and the courts render those principles more precise.*”

¹⁰ Como esclarece o Professor Geoffrey Samuel (2013, p. 1, tradução nossa): “[...] antes do século XIX, havia realmente apenas duas universidades na Inglaterra, Oxford e Cambridge, e essas instituições não ensinavam **common law** até o final do século XVIII.” No original: “[...] *before the 19th century there were really only two universities in England, Oxford and Cambridge, and these institutions did not teach the common law until late 18th century.*”

Quanto ao sistema da *civil law*, tomar-se-á como ponto de partida para esse estudo comparado o modelo desenvolvido na França a partir dos ideais do liberalismo da Revolução Francesa, dos movimentos de codificação, do conceito de estrita separação de poderes e da ênfase na segurança jurídica oferecida pela lei (do legislador), com a correlata noção do juiz *bouche de la loi*. Escolhe-se esse momento histórico, portanto, pela sua importância e seu impacto no mundo ocidental.

Uma vez que, como visto, as circunstâncias políticas e culturais foram completamente distintas para o desenvolvimento do direito na Europa continental e na Inglaterra, sistemas jurídicos diferentes foram gerados. Todavia, ambas as tradições passam por mudanças que as aproximam, – não mais se justificando, portanto, a resistência de países da *civil law* em adotar instrumentos da *common law*, como os precedentes vinculantes (MARINONI, 2016b, p. 24), e mais, técnicas como a superação antecipada (*anticipatory overruling*), que encontram resistência nos países da *common law*, mas que parecem ser adaptáveis ao ordenamento brasileiro (tema a ser desenvolvido no próximo capítulo). Entende-se que, com o advento do movimento do *neoconstitucionalismo*, foram mitigadas as barreiras entre a *civil law* e a *common law*, pelo fato de, em ambas as tradições, estarem vinculados aos preceitos Constitucionais tanto os juízes, como os legisladores e administradores.

Nesse sentido, por estarem todos vinculados à interpretação da Constituição, justifica-se a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro de uma teoria de padrões decisórios vinculantes, de maneira explícita no texto legal pelo art. 926 e seguintes do CPC/2015. Embora, como se abordará adiante, com diferentes entendimentos doutrinários acerca da efetiva existência de um sistema de precedentes ou de sua extensão. A partir dessa reflexão, investigar-se-á a possibilidade de o *anticipatory overruling*, um dos institutos importados do direito norte-americano (portanto, do *common law*), ser aplicado no Brasil.

2.1 DA EVOLUÇÃO DA COMMON LAW INGLESA

Neste ponto acredita-se ser importante compreender, ao menos de forma introdutória, a evolução da *common law* inglesa, para contextualizar o surgimento dos institutos que serão objeto da presente pesquisa. A *common law*, como

mencionado anteriormente, se originou da jurisprudência, ou *case law*. Na definição de Rupert Cross e J. W. Harris (1993), tem sua principal característica a coercitividade das decisões anteriores sobre o juiz do *presente*, através da força vinculante do precedente:

A natureza fortemente coercitiva da doutrina inglesa do precedente deve-se às regras de prática, chamadas “regras do precedente”, que são projetadas para dar efeito à regra muito mais fundamental de que a lei inglesa é, em grande medida, baseada na jurisprudência. “Jurisprudência” consiste nas regras e princípios declarados e adotados pelos juízes em um caso subsequente, que devem levar em consideração esses assuntos; não são como em outros sistemas jurídicos, meramente material que ele pode levar em consideração ao tomar sua decisão. O fato de a lei inglesa ser amplamente um sistema de jurisprudência significa que a decisão do juiz em um caso particular constitui um.¹¹ (CROSS; HARRIS, 1993, p. 1-20, tradução nossa).

Em que pese ser essa coercitividade uma característica marcante, não esteve presente em todas as fases de desenvolvimento da *common law*. É na medida em que vão se alterando as características do sistema jurídico que a noção de força vinculante (*stare decisis*) vai se moldando. O direito inglês se desenvolveu, como visto, de forma autônoma a outros direitos da família romano-germânica. Não passou pela renovação do direito romano e nem pelo processo de codificação, limitando seu contato com o direito continental e valorizando a sua própria história. Sua evolução é dividida em quatro grandes fases: a) o período anglo-saxônico, antes da conquista normanda de 1066; b) a formação da *common law* (1066-1485), até o advento da dinastia dos Tudors; c) a rivalidade com a *equity* (1485-1832), quando concomitantemente havia a presença de um sistema jurídico rival à *common law*; e d) o período moderno (DAVID, 2002, p. 355-356).

De se destacar, ainda, que, embora antes do período medieval os romanos tenham dominado as ilhas britânicas do século I ao século V, o direito dos conquistadores não deixou traços nos séculos seguintes. A saída dos romanos tem início no século IV, quando a Inglaterra passa a sofrer com invasões de, entre

¹¹ No original: “The strongly coercive nature of English doctrine of precedent is due to rules of practice, called ‘rules of precedent’, which are designed to give effect to the far more fundamental rule that English law is to large extent based on case-law. ‘Case law’ consist of the rules and principles stated and acted upon by judges in a subsequent case must have regard to these matters; they are not as in some other legal systems, merely material which he may take into consideration in coming to his decision. The fact that English law is largely a system of case-law means that the judge’s decision in a particular case constitutes a precedent.”

outros, anglos e saxões. Nesse período, Roma também sofre invasões no mediterrâneo, o que fez com que o governo central na Itália deixe de enviar oficiais e comandantes, além de suprimentos, à ilha britânica¹². Há um distanciamento entre Roma e a Inglaterra, de tal forma que, por cerca de dois séculos, as tribos que ocupam a Inglaterra se mantêm mais desconectadas do que ocorre na Europa continental. Inclusive, usam um alfabeto em runas e têm suas próprias religiões. Não há, então, unidade no direito, aplicado de acordo com os costumes¹³ de cada tribo. Os registros sobre este período são escassos (PLUCKNETT, 2001).

Já o período medieval (anglo-saxônico) é marcado por um direito das leis bárbaras redigido em poucas frases, veiculado na língua local e regulando apenas situações locais cotidianas. Não se trata de um único Direito para toda Inglaterra, mas de soluções locais (DAVID, 2002, p. 357). Há, então, uma pluralidade de diferentes pequenos reinos dentro da Inglaterra, e os temas discutidos são a busca da unidade entre os reinos em guerra e a expansão do cristianismo (PLUCKNETT, 2001, p. 8).

O isolamento inglês acaba quando há a reintrodução do cristianismo (após o período romano) em 597, em especial com a missão de Santo Agostino de Canterbury, que faz parte de um projeto da Igreja Católica de se tornar a suprema

¹² Não ocorre, de fato, um abandono massivo de pessoas. Ao longo do século IV a influência de Roma vai, aos poucos, deixando de existir na ilha (PLUCKNETT, 2001, p. 7, tradução nossa): “É significativo que os sítios que foram completamente explorados falhem em revelar moedas romanas de data posterior aos anos de abertura do século V. Antes desses invasores, cidade foi abandonada; A fala e os limites romanos desapareceram: apenas o maciço fundamento das estradas sobreviveu. Os britânicos se retiraram para as colinas do País de Gales e da Escócia e lá retomaram sua cultura e fala celtas e se tornaram, na plenitude dos tempos, uma das fontes da arte e do aprendizado medievais.” No original: “*It is significant that sites which have been thoroughly explored fail to reveal Roman coins of later date than the opening years of the fifth century. Before these invaders, town were abandoned; Roman speech and boundaries vanished: only the massive foundation of the roads survived. The Britons retired to the hills of Wales and Scotland and there resumed their Celtic culture and speech, and became, in the fulness of time, one of the springs of mediaeval art and learning.*”

¹³ Acerca da lei costumeira, interessante lição é trazida por John Gardner (2007, p. 61, tradução nossa), no sentido de que a lei costumeira não é feita, mas sim disseminada pelo exemplo): “O direito consuetudinário não é expressamente feito. O direito consuetudinário é, é claro, comunicado. É disseminado por exemplo, e a disseminação por exemplo é um tipo de comunicação. No entanto, o direito consuetudinário, diferentemente do direito legislado, não é feito por nenhum ato de comunicar. É feito por atos de conformidade. É criado e alterado não pelo que as pessoas dizem que deve ser feito, mas pelo que elas realmente fazem. Portanto, nenhuma formulação de uma norma legal costumeira é canônica”. No original: “*Customary law is not expressly made. Customary law is, of course, communicated. It is disseminated by example, and dissemination by example is a kind of communication. However, customary law, unlike legislated law, is not made by any acts of communicating it. It is made by acts of conforming to it. It is created and changed not by what people say is to be done but by what they actually do. So no formulation of a customary legal norm is ever canonical*”.

autoridade espiritual na Europa. Os missionários, acostumados com estados fortes que existiam no continente, encontram a Inglaterra dividida. Suas lições foram decisivas para incutir os valores da monarquia, do cristianismo e da necessidade do governo se organizar em Estados nacionais unitários. A presença dos clérigos, ainda tem o efeito de introduzir uma nova classe social na sociedade inglesa, que busca sua proteção na lei, concebida como no modelo romano, de maneira escrita. De acordo com Theodore Plucknett (2001), o período anglo-saxão dura por cinco séculos.

Cerca de quatro séculos depois, entre os anos de 1.017 a 1.035, sob comando do rei dinamarquês Canuto, o direito está mais desenvolvido e apresenta a passagem da era tribal ao feudalismo. Nesse contexto a conquista normanda no ano de 1.066 leva à formação da *common law*. Para justificar sua ascensão ao trono por direito hereditário, o rei Guilherme I invocará o direito costumeiro anglo-saxão (direito comum a todo o reino) como fonte para a atividade jurisdicional do reino. A Inglaterra passa definitivamente ao feudalismo, mas, diferentemente do que ocorria no espaço continental europeu, com um poder forte e centralizado, decorrente da experiência do ducado da Normandia (DAVID, 2002, p. 358). Os normandos, então, consolidaram o sistema feudal inglês, organizaram o governo do país, separaram o Estado da religião e fortaleceram o poder real, criando, assim, um ambiente propício para formação da *common law* (SAMUEL, 2013, p. 6)¹⁴.

Como referido, o feudalismo inglês é diferente do continental¹⁵, pois o poder é concentrado na figura do rei, não havendo grandes senhores feudais rivalizando em poder. Em certo sentido, o próprio rei é um senhor feudal. Guilherme I, conquistador da Inglaterra, reclamou o país inteiro como seu e fixou seu domínio dando concessões a seus seguidores, que lhe juravam lealdade através de contratos feudais (SAMUEL, 2013, p. 6).

¹⁴ “Certamente os normandos mantiveram não apenas o sistema jurídico que encontraram em seu novo país, mas também a estrutura administrativa e feudal existente. No entanto, ao estender o feudalismo a todo o país e consolidar os meios pelos quais o poder real poderia ser afirmado, os normandos criaram o contexto para novos desenvolvimentos” (SAMUEL, 2013, p. 6, tradução nossa). No original: “*Certainly the Normans retained not only the legal system that they found in their new country but also the existing administrative and feudal structure. Yet in extending feudalism to the whole country and in consolidating the means by which royal power could be asserted the Normans creates the context for new developments.*”

¹⁵ Geoffrey Samuel (2013, p. 6) explica que o modelo feudalista é distinto do romano enquanto visão ideológica de governo e sociedade. O modelo feudalista não se fundamenta nos conceitos de *imperium* (poder estatal) e *dominium* (propriedade privada), mas sim na terra e contrato e um conceito que mistura poder estatal e propriedade privada.

A *common law* (*comune ley*) vem a ser a unificação do direito, em oposição ao direito local e regional anteriormente vigente, que passa a valer em toda a Inglaterra. As *County Courts* (cortes do condado) ou *Hundred Courts* (o *hundred* é uma subdivisão do condado), que eram as assembleias dos homens livres, aplicavam o costume local, foram aos poucos substituídas pelas jurisdições senhoriais (*Courts Baron, Court Leet* e *Manorial Courts*), que igualmente aplicam o direito costumeiro. Havia, ainda, as jurisdições eclesiásticas, aplicando o direito de todos os Cristãos; e os Tribunais Reais, responsáveis por elaborar o direito comum para toda a Inglaterra (DAVID, 2002, p. 359).

A administração da justiça se dava através da lealdade feudal e da Igreja. O rei participava não só através de sua corte, usada para controlar tribunais inferiores, como também por possuir o poder de legislar (SAMUEL, 2013, p. 6). A jurisdição dos tribunais régios, inicialmente atuando em conjunto com as cortes locais, passa a ser uma jurisdição especial em relação a essas. Por outras palavras, os casos eram levados às cortes locais e o acesso às cortes reais se dava apenas quando envolvessem questões que podiam interessar ao reino – como disputas entre nobres e disputas envolvendo terras. Destarte, o direito comum era aplicado em todo o país, ao passo que as cortes locais julgavam de acordo com os costumes (CRAMER, 2016, p. 15).

Com o aumento do poder do rei e de sua competência, há a substituição dos diversos tribunais locais e regionais pelo Tribunal Real de Justiça, estabelecido no século XIII em Westminster (daí sua denominação). A *common law* passa a ser o direito mais aplicado no país, e as cortes reais as mais acessadas, muito embora continuassem sendo uma jurisdição de exceção¹⁶, com uma série de requisitos formais sendo necessários para acessá-las. O rei, de fato, só exerce a alta justiça. As matérias que são julgadas pelos tribunais reais são: a) questões relacionadas com as finanças reais (*Court of Exchequer*); b) questões de posse e propriedade imobiliária (*Court of Common Pleas*); e c) graves questões criminais que se relacionem à paz do reino (*Court of King's Bench*) (DAVID, 2002, p. 360).

Nesse momento, a *common law* não tinha regras de direito material provenientes de um texto normativo, mas produzia o direito com base nos

¹⁶ Somente no Século XIX a jurisdição real deixa de ser a exceção e se integra ao sistema da Justiça Comum (CRAMER, 2016, p. 15).

juízos feitos pelas cortes reais, no que se convencionou chamar de *case law*. O direito era formado a partir dos precedentes – mesmo que, como se verá adiante, ainda não vinculantes. O tratado de Henry de Bracton, juiz da *Court of King's Bench*, *De legibus et Consuetudinibus Angliae*, escrito no período dos anos de 1235 a 1250, realizado através do comentário de casos julgados (inaugurando um estilo de estudo da *common law*), já afirmava a importância de seguir precedentes, apontando que se casos análogos já tivessem ocorrido deveriam ter a mesma solução; já casos novos, sem precedente relacionados e de difícil julgamento, deveriam ser julgados pela *Curia Regis* (corte do rei) (CRAMER, 2016, p. 16).

É então que os *yearbooks* começam a ser produzidos, para permitir que advogados e julgadores conseguissem operar e ter acesso aos precedentes das cortes reais. Trata-se de compilações dos julgamentos, publicados no período de 1268 a 1535, compostos pelo relato de jornalistas e de advogados (que emprestavam seus nomes às publicações). Esses registros tornam-se vitais para o surgimento de uma teoria de precedentes (CRAMER, 2016, p. 18).

Nesse período pode-se perceber que os Tribunais Reais de Westminster dão maior importância aos aspectos formais do processo do que ao direito material a que se busca tutela, teoria que passou a ser conhecida por *remedies precede rights*. Para o sucesso da ação, essencial a escolha correta do remédio processual e o cumprimento de todas as etapas do processo sem qualquer vício de forma¹⁷. Mais importante que a questão de direito, em suma, é a questão processual. Essa forma de entender o direito levou a contribuições interessantes que impactam até hoje o direito inglês: o interesse no processo, a elaboração de diversos conceitos ainda hoje aceitos e a rejeição entre uma separação entre direito público e privado. Por fim, acabou por criar obstáculo para a recepção na Inglaterra das categorias e conceitos do direito romano (DAVID, 2002, p. 364).

Esse apego às normas processuais, no entanto, acaba por dificultar o acesso à jurisdição, do que decorre a necessidade de um caminho alternativo: a *equity*. Em princípio, *equity* é um recurso direcionado ao rei, para que o monarca proferisse a solução justa ao caso – ou *equidade do caso particular*, que passa pela chancelaria

¹⁷ “*Remedies precede rights*” (os recursos precedem os direitos): em primeiro lugar o processo. A *common law*, nas suas origens, foi constituída por um certo número de processos (*forms of action*) no termo dos que podia ser proferida uma sentença; qual seria, quanto à substância, esta decisão, era algo incerto (DAVID, 2002, p. 364, tradução nossa).

real. Consequentemente, o chanceler é quase sempre um jurista, principalmente a partir do século XVI. Opera-se, então, uma verdadeira revolução no direito inglês, pois se passa a aplicar o direito romano, inquisitorial e secreto, buscando atender à justiça e ao interesse social. A mera vinculação ao rei era, à época, socialmente aceita para fundamentar tal poder. Realmente, após a Guerra das Duas Rosas e o Absolutismo dos Tudors (ou a tentativa de implementação desse), o uso da *prerrogativa real* quase leva ao fim da *common law*, pelo alargamento da jurisdição da *equity* (DAVID, 2002, p. 373).

Tanto não ocorre, uma vez que, quando da Revolução Gloriosa (1688), o parlamento acabou apoiando a continuidade do uso da *common law*, como forma de combater o absolutismo (BERTAGNOLLI, 2012, p. 14). Com o propósito de combater os arbítrios do rei, o Parlamento e Judiciário se unem¹⁸, afirmando o direito comum sobre o direito produzido pelo rei. Decorre disso o instituto da *supremacy of the parliament*¹⁹, que também serviu para controlar o direito nas colônias. Trata-se do germe, no futuro, da *supremacy of judiciary*, nos Estados Unidos²⁰, e do controle judicial de constitucionalidade, nos países da *civil law* (MARINONI, 2016b, p. 38).

Quanto à divisão entre *common law* e *equity*, pode se perceber que um meio termo foi encontrado na estrutura dualista no direito inglês, que perdurou até o século XIX, mas estendeu sua influência até os dias atuais.

A tradição inglesa demonstra o papel fundamental do juiz para a consolidação da *common law*, pois o Parlamento atuava de modo a complementar o direito criado

¹⁸ Toda a lei produzida pelo Legislativo é considerada dentro da *common law*, mas a lei não passa a ser a fonte principal do direito, uma vez que a *common law* teve papel decisivo no combate ao absolutismo monárquico. O rei não fica submetido à lei, mas ao direito inglês (MARINONI, 2016b, p. 39).

¹⁹ Na Inglaterra houve a submissão do poder do monarca, em seu exercício e atuação, à *common law* e ao parlamento. O *Bill of Rights* de 1689, realizado no primeiro ano da revolução, foi a condição para Guilherme de Orange aceder ao trono inglês. Ao contrário do ocorrido na França, o Parlamento não passa a ter o poder absoluto (MARINONI, 2016b, p. 41).

²⁰ Os juristas nas colônias já operavam realizando controle de adequação entre o direito do reino e o direito local. Após a independência passaram a realizar esse controle em face à Constituição, sendo base para no futuro se falar em controle de constitucionalidade. Sobre a formação do direito norte-americano: “A *common law*, como lei da terra, foi trazida para o novo mundo pelos colonos ingleses. Entretanto, na América teve ela contato com outros fatores que influenciaram na criação e reprodução do Direito. Assim, em seguida à independência das colônias norte-americanas a reconhecida influência dos ideais iluministas originários da França já favorecia amplamente a idéia de uma Constituição escrita e de um Direito codificado. Uma notável distinção entre a realidade americana e a inglesa residiu no princípio federativo que foi adotado pela jovem nação, concretizando-se na forma de um jogo de competências entre a União e os Estados federados. Ora, em se tratando de um estado federal dotado de uma Constituição escrita, sempre tiveram os Estados Unidos da América de conviver com o fenômeno da legislação” (GORON, 2004, p. 288, grifo no original).

pelos juízes²¹ – considerando as decisões dos casos concretos para, a partir delas, delinear a lei. O Legislativo não se opunha ao Judiciário²². De fato, por vezes se confunde com ele. O juiz esteve ao lado dos direitos e liberdades do cidadão na luta contra o absolutismo – diferentemente do ocorrido na França pré-revolução. Por isso, o dogma da aplicação estrita da lei não teve tanta força na Inglaterra, pois o juiz inglês não só interpretava o direito²³ como extraía dele direitos e deveres (MARINONI, 2016b, p. 41).

Aliás, na Inglaterra o Judiciário poderia controlar a legitimidade dos atos estatais com base na *common law*, como ressalta Edward Coke, em 1610. Assim, uma lei proveniente do rei poderia ser considerada nula ou destituída de eficácia caso contrariasse o direito, servindo como forma de contenção ao arbítrio do rei. O mesmo ocorria com atos do Parlamento. Essa é, inclusive, uma grande diferença entre o juiz da *common law* com o juiz da *civil law* (em momento histórico posterior). É daí que nasce o controle de constitucionalidade de leis – não na Inglaterra, onde as ideias de Coke não prevaleceram, mas nos Estados Unidos – em uma atuação semelhante àquela que se espera de um juiz vinculado à Constituição e aos direitos fundamentais (MARINONI, 2016b, p. 40).

A *common law* moderna, por sua vez, tem início com a doutrina de Bentham e sua campanha pela codificação. Bentham defende que a codificação é a forma de prover segurança jurídica na *common law*, até então envolta na mística da *declaração do direito*, inefetiva para trazer previsibilidade aos jurisdicionados. O jurista aponta, ainda, a necessidade de adoção de precedentes vinculantes. Além disso, se preocupava com a existência de repositórios de precedentes mais precisos

²¹ Isso não significa dizer que, hoje, o Legislativo tem papel secundário (ainda mais se considerar a experiência americana) e que precedente da *common law* que cria o direito tem a mesma força e qualidade do direito produzido pelo Legislativo. O precedente é fonte do direito, não há dúvidas, mas é subsidiário à lei (MARINONI, 2016b).

²² O que não significa dizer, no entanto, que não haveria a separação entre os poderes Judiciário e Legislativo: “Cabe registrar que a dicotomia entre *common law* e o *statute law* – o Direito legislado – também surgiu nesta fase intermediária da história inglesa, a partir do *Establishment Act* que engendrou a separação definitiva entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. A partir daí e até meados do século XX não pairou dúvida alguma no espírito dos cidadãos ingleses de que a lei, embora vincule as autoridades judiciárias, tem uma função residual perante o direito da *common law*. Assim, a atividade legislativa sempre foi exercitada pelo Parlamento dentro desta concepção própria do Direito inglês” (GORON, 2004, p. 289, grifo no original).

²³ Há o precedente interpretativo, muito utilizado nos Estados Unidos, em que, com base na lei e na Constituição, o juiz dá interpretação ao direito, não criando o direito, que é preexistente (MARINONI, 2016b).

e científicos, uma vez que saber quais eram as decisões importantes e onde encontrá-las é central na teoria dos precedentes (MITIDIERO, 2017, p. 37).

Há uma reorganização dos tribunais pelos *Judicature Acts* nos anos de 1873-1875, com a criação de uma *Supreme Court of Judicature*, formada pela *Court of Appeal* e *High Court of Justice*. De se mencionar que, na sequência, foi também prevista a existência do *Judicial Committee of the House of Lords* como instância última do judiciário inglês, ao passo que o *Privy Council* se constituía na última instância para a *British Commonwealth*.

Na base da hierarquia estão os tribunais dos condados (*County Courts*) e dos magistrados (*Magistrate Courts*), com uma jurisdição limitada sobre casos de primeira instância. A seguir, vem o Tribunal Superior (*High Courts*), no qual os juízes exercem uma jurisdição ilimitada sobre os casos a eles apresentados. O Tribunal Superior é, por sua vez, dividido nas Cortes Divisionais (*Divisional Courts*). O Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*), por sua vez, recebe recursos dos Tribunais dos condados e do Tribunal Superior. Por fim, tem-se a Casa dos Lordes (*House of Lords*), que recebe apelações da Inglaterra, Escócia e Irlanda do Norte (CROSS; HARRIS, 1993, p. 5).

Complementando, a história da *House of Lords* pode ser dividida em dois momentos: do período medieval até 1876 e os 133 anos da idade moderna, de 1876 a 2009. No período moderno passou à função de julgar os *recursos extremos*. Em 1934 o acesso à *House of Lords* deixou de ser um direito da parte, precisando o recorrente de uma autorização do juiz *a quo* ou da própria Corte. Em 1966, a Corte estabelece a possibilidade de *overruling* de suas próprias decisões e, em 2005, a realizada Emenda Constitucional, que leva à extinção da *House of Lords*. Em 01 de outubro de 2009 começa a funcionar a Suprema Corte do Reino Unido (ANDREWS, 2010, p. 300).

As razões para a criação da Suprema Corte foi o interesse em desmembrar as três funções do *Lord Chancellor*, que tinha poderes típicos do Executivo (atuando como Ministro de Estado no hoje Ministério da Justiça), como espécie de presidente da Assembleia, com competência legislativa e, ainda, participando e presidindo os julgamentos de recursos interpostos perante a *House of Lords*. Assim, houve um movimento para separar a *House of Lords* judicial da *House of Lords* legislativa, o que é levado a cabo com a reforma constitucional de 2005, retirando a competência judicial (ANDREWS, 2010, p. 301).

Como resultado, a Suprema Corte do Reino Unido assume a competência do *Judicial Committee of Privy Council*, sendo a mais alta corte recursal para matérias cíveis do Reino Unido e também o órgão máximo para recursos criminais da Inglaterra, Escócia e Irlanda do Norte. A Suprema Corte, assim como sua predecessora, tem o poder de declarar o que é o direito, de maneira vinculante através de seus precedentes para os demais órgãos do Poder Judiciário Inglês e Galês e, dependendo da matéria, para todo o Reino Unido. Irá continuar observando seus precedentes e os precedentes da *House of Lords*, podendo superá-los, no entanto. Como traz Neil Andrews:

A Suprema Corte continuará a decidir em conformidade com as decisões da House of Lords ou suas próprias. Mas, desde 1966, há uma válvula de escape, que permite à mais alta Corte alterar a sua própria jurisprudência, se tiver havido uma significativa mudança na percepção do que seja correto decidir acerca de determinado ponto. De acordo com Louis Blom-Cooper's, entre 1966 e 2009, pelo menos 21 posições da House of Lords foram alteradas ou desconsideradas, de acordo com regras excepcionais que autorizam o afastamento de precedentes. (ANDREWS, 2010, p. 305).

Ante o exposto, o uso de precedentes no direito inglês está, portanto, diretamente relacionado à formação da *common law*. Isso porque precedentes são decorrência de um princípio básico de que casos iguais devem ter iguais decisões. Realmente, em quase todas as jurisdições está presente a necessidade de juízes decidirem casos similares no mesmo sentido dos já decididos anteriormente. O destaque no caso da *common law* inglesa é a coercitividade que o precedente exerce sobre os juízes, que estão obrigados a seguir a decisão, mesmo que entendam ter motivos para não seguir (CROSS; HARRIS, 1993, p. 3). Por essa rigidez na vinculação aos precedentes, na Inglaterra não haverá a possibilidade de *anticipatory overruling*, como se verá adiante. No entanto, os precedentes no direito inglês nem sempre tiveram essa característica de vincular juízes e cortes. Houve três momentos distintos, concomitantes às fases acima: a) o período da ilustração; b) o período da persuasão; e c) o período da vinculação (MITIDIERO, 2017, p. 27).

O período da ilustração corresponde à época medieval, quando os juízes citam decisões anteriores como mera forma de ilustrar o direito posto. Pensava-se, então, que o juiz descobria o direito, buscando-o nos *costumes imemoriais do homem inglês*, e o declarava. Não havia vinculação sequer da corte prolatora da

decisão, que poderia, em face a novo caso, decidir de maneira diversa (MITIDIERO, 2017, p. 29).

Por haver uma interconexão entre os precedentes exarados e a teoria declaratória da jurisdição, a partir dos séculos XVI e XVII esses passam a ser *persuasivos* na decisão dos casos concretos, desde que não absurdamente contrários à *common law*, ou injustos. Se o direito antes havia sido declarado de uma forma, de forma igual agora deve ser (MITIDIERO, 2017, p. 33). O precedente, então, é *evidência* de como a *common law* deve ser declarada no caso concreto; mas ainda *não é norma jurídica*.

Essa teoria restou consolidada no século XVIII como doutrina clássica do precedente judicial inglês, consubstanciada nos estudos de William Blackstone. Para Blackstone, o juiz apenas declara o direito, existindo a *lex non scripta (common law)* e o *statute law* (lei escrita). *Common law* seria, nesse contexto, constituída por costumes: gerais (costumes e regras e máximas estabelecidas); particulares de algumas partes do reino; e os estabelecidos por cada corte. Caberia, portanto, ao juiz declarar o direito e não uma atividade de criação (MARINONI, 2016b, p. 24).

William Blackstone defende, quando do estudo da *common law* no período medieval, que os precedentes eram não ilustrativos, mas sim persuasivos, e que poderiam deixar de ser aplicados somente nos casos em que a decisão anterior (precedente) fosse manifestamente absurda ou injusta. Isto é, se configurado que o precedente anterior não era justo ou razoável, deveria se entender que o precedente não era lei²⁴, tendo, assim, os juízos anteriores se equivocado, ou, em outras palavras, incorrido em erro legal. Com o novo caso se acha, então, a verdadeira e correta solução, que antes não havia sido descoberta (O'BRIEN, 2018).

Nesse sentido, o juiz é visto como o oráculo da lei, e sua atividade é cognoscitiva. A interpretação, portanto, é uma atividade lógico-dedutiva, havendo apenas uma única resposta correta para o caso concreto. Tal como posto, o sistema inglês seria completamente aberto ao juiz; ao contrário do que ocorre nos direitos da

²⁴ O autor, citando o trabalho de Blackstone (O'BRIEN, 2018, p. 28, tradução nossa): “Embora ‘seja uma regra estabelecida obedecer a precedentes anteriores’, Blackstone admitiu exceções, explicando: ‘Pois se constata que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, declara-se, não que tal sentença seja má lei, mas que não era lei...’ [...]” No original: “*Although ‘it is an established rule to abide by former precedents’, Blackstone conceded exceptions arise, explaining: ‘For it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law but that it was not law...’ [...]*”.

família romano-germânica, em que, teoricamente, a resposta aos problemas decorre da interpretação das regras (e, hodiernamente, dos princípios) do sistema. Nesse sentido, René David:

O direito inglês é, pelo contrário, um “sistema aberto”; comporta um método que permite resolver toda a espécie de questões, mas não comporta regras essenciais que possam ser aplicadas em todas as circunstâncias. A técnica do direito inglês não é uma técnica de interpretação das regras jurídicas; consiste, partindo das *legal rules* já estabelecidas, em descobrir a *legal rule*, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie; esta tentativa é conduzida levando-se em conta os fatos de cada espécie e considerando com cuidado as razões que existem para distinguir a situação que hoje se apresenta das que foram apresentadas no passado. A uma nova situação corresponde, deve corresponder segundo o jurista inglês, uma nova regra. A função do juiz é de administrar a justiça. (DAVID, 2002, p. 411).

Por outro lado, ou o precedente é norma jurídica com *vinculação* e vale independentemente de interpretação posterior, ou é apenas argumento retórico persuasivo, sem garantir segurança jurídica aos jurisdicionados. Bentham e Austin (positivistas) tecem críticas que dão as bases para o conceito de *vinculação* dos precedentes, no século XIX²⁵.

Com efeito, em nome da previsibilidade do Direito, Jeremy Bentham buscou a positivação do direito inglês e a adoção de precedentes vinculantes – criticando tanto a concepção de direito criado pelo judiciário *judge-made law*, como a noção de que o Direito seria descoberto pelo juiz. Defende Bentham que o direito é, na verdade, criado pelo juiz e, ainda mais, com caráter retroativo. Em virtude da segurança jurídica, tal atuação não permite autodeterminação pessoal. Bentham chega a nomear a teoria declaratória como *dog law*, comparando-a ao treinamento de cachorros (MITIDIERO, 2017, p. 37-38).

²⁵ Acerca do movimento inaugurado por John Austin, traz Elias Savellos (2001, p. 140, tradução nossa): “Essa visão é chamada de positivismo porque seu princípio fundamental é que a validade jurídica é uma questão de posição de uma regra, isto é, origens. [...] O grande pioneiro positivista John Austin argumentou que as leis são essencialmente comando, ou seja, ordens apoiadas por ameaças. Mas apenas os comandos de um ‘soberano’ legal (aquele que é habitualmente obedecido e habitualmente não obedece a ninguém) são leis válidas. Nem todos os positivistas compartilham as opiniões de Austin sobre comandos e soberania, mas compartilham a alegação de que a validade legal é uma função da origem de uma regra, de modo que leis válidas são regras que surgiram ‘da maneira correta’.” No original: “*This view it is called positivism because its fundamental tenet is that legal validity is a matter of a rule’s position, that is origins. [...] The great positivist pioneer John Austin argued that laws are essentially command, that is, orders backed up by threats. But only the commands of a legal ‘sovereign’ (one who is habitually obeyed and habitually obeys no one) are valid laws. Not all positivists share Austin’s views on commands and sovereignty, but they do share the contention that legal validity is a function of the origin of a rule, so that valid laws are rules that have come into existence ‘in the right way’.*”

Os estudos de Bentham levam à organização dos repertórios de decisão (*law reports*), que substituem os *yearbooks*. Os *law reports* não mais são editados por particulares, mas sim pelo próprio *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales* (CRAMER, 2016, p. 19). Dessa maneira, trazem acessibilidade, cognoscibilidade e confiabilidade aos precedentes (requisitos que, adiante, serão relacionados à segurança jurídica). Objetivam definir quais precedentes deveriam ser considerados. Esse esforço continua com a criação da *Supreme Court of Judicature*, em 1873-1875, pelos *Judicature Acts*. Esse processo culmina na criação da Suprema Corte do Reino Unido, com o *Constitutional Reform Act* de 2005 (MITIDIERO, 2017, p. 39), substituindo o *Judicial Committee of the House of Lords*, de antiga atuação.

A eficácia vinculante dos precedentes é, enfim, firmemente estabelecida em 1861, pela *House of Lords*, no caso *Beamish v. Beamish*, quando a Corte expressamente decidiu estar vinculada às suas decisões precedentes, da mesma forma vinculando às Cortes inferiores. O *stare decisis* foi confirmado pela mesma Corte, em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council* (CRAMER, 2016, p. 20). O *stare decisis* foi aplicado de maneira implacável, assim dizendo que não haveria modificação do precedente sequer pela Corte prolatora até 1966, quando a *House of Lords* publicou o *Practice Statement of Judicial Precedent*²⁶ (CRAMER, 2016, p. 22), quando passou a haver a possibilidade de superação do precedente²⁷.

²⁶ Tal medida foi adotada ante o receio que a doutrina do *stare decisis* poderia julgar com injustiça ou mesmo impedir a evolução do direito, já que nem sempre a decisão proferida em um caso concreto anterior seria a correta. O *Practice Statement* de 1966 concedeu autorização para a *House of Lords* não aplicar o próprio precedente. O texto ressalta que a superação não prejudica a utilização dos precedentes e reconhece que “[...] a adesão muito rígida ao precedente pode conduzir à injustiça em um caso particular e também restringir a evolução da lei” (NOGUEIRA, 2008, p. 103).

²⁷ Dada a rigidez da vinculação aos precedentes na Inglaterra, a superação antecipada (*anticipatory overruling*) não se desenvolveu na Inglaterra, sendo construção do direito norte-americano. O que importa salientar, nesse momento, é que a superação antecipada depende da rigidez do *stare decisis* adotado.

2.2 O MODELO DA CIVIL LAW: A SOLUÇÃO FRANCESA

A distinção entre os sistemas da *civil law* e *common law* tem origem no período medieval e prolonga-se até nossos dias, historicamente fundada na diversidade das fontes do Direito e no papel desempenhado pelo juiz.

A queda do Império Romano no ocidente no século V marca a entrada da Idade Média na Europa. Sobrevêm três grandes civilizações: o império bizantino greco-cristão, o mundo árabe-islâmico e o ocidente latino-cristão (CAENEGEM, 1999, p. 23). O modelo de vida greco-romano, de característica urbana, não mais se sustenta, levando ao desaparecimento das cidades e ao declínio do comércio. Passa-se ao modelo de vida agropecuário, visando à subsistência, com a descentralização da autoridade política para os feudos. A sociedade passa para um momento de declínio cultural, com aumento do analfabetismo (MOUSOURAKIS, 2015, p. 233). É o fim de uma era de direito, que passa a não ser mais um sistema organizado e racionalmente pensado, tornando-se, até seu renascimento no século XI, um direito vulgar, consuetudinário (DAVID, 2002, p. 38).

No século VI as invasões germânicas na Europa já haviam cessado, com as tribos já estabelecidas no anterior território romano. Continuavam aplicando seu direito consuetudinário e de tradição oral a seus povos. Vestígios da civilização clássica sobreviveram através da fusão com a cultura das tribos germânicas invasoras, além das lições trazidas pelo cristianismo. Na Gália sustentava-se o império franco, com o apoio da Igreja Católica em Roma, o que segue nos anos seguintes, com os francos disseminando o cristianismo (MOUSOURAKIS, 2015, p. 233).

Destaca-se, mais adiante, a dinastia carolíngia do rei Carlos Magno, coroado pelo Papa Leão III imperador em 25 de dezembro de 800. Carlos Magno realizou esforço para governar de maneira centralizada. Determinou que as leis não escritas das várias tribos germânicas fossem codificadas, do que resultou o Código Sálculo²⁸. Com seu falecimento, o império franco acabou por se desintegrar nos séculos IX e

²⁸ Nesse texto se encontram as *glosas malbégicas*, termos jurídicos francos que apareciam no texto latino, assim chamada pelas palavras rituais pronunciadas na *malberg*, isto é, na colina em que o Tribunal (*mallus*) se reunia (CAENEGEM, 1999, p. 27).

X²⁹, submetido a sucessivas invasões de vikings nórdicos, sarracenos e eslavos. A crise político-econômica que se seguiu levou à proliferação do feudalismo (MOUSOURAKIS, 2015, p. 233).

O direito romano não deixou de existir, mas era aplicado de maneira simplificada em relação ao período da Antiguidade, ainda vinculando aos descendentes romanos (os *romani*), notadamente na Itália e sul da França. Nesse período, o direito aplicado ao indivíduo é o direito de seu povo de origem, aplicação do chamado *princípio da personalidade*. Era, portanto, um direito romano *vulgar*, reduzido a um direito consuetudinário provinciano – objeto de algumas compilações que surgiram no período, como a *lex romana Visigothorum*. No entanto, a mais relevante compilação foi produzida no Oriente e passou os primeiros séculos da Idade Média desconhecida no Ocidente. O *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano foi realizado pelo Império Romano do Oriente, no século V. O estudo é composto por quatro livros – o *Digesto* (ou *Pandecta*), que trazia os excertos dos juristas romanos; o *Codex*, reunindo as constituições imperiais e o rescritos; as *Novas*, que foram compiladas as lei promulgadas pelo próprio Justiniano; e os *Institutos*, uma introdução ao estudo do direito romano. No ocidente, o *Corpus Iuris Civilis* só vai ganhar destaque no século XI, quando há a atuação das escolas de glosadores (CAENEGEM, 1999, p. 26).

Após séculos, com a miscigenação dos povos e com o decaimento da lealdade tribal, o princípio da personalidade é substituído pelo princípio da territorialidade, sendo o direito aplicado vinculado ao local do fato e a seu soberano. Passa-se, portanto, a um novo momento, o do direito feudal: um sistema baseado nas obrigações decorrentes do relacionamento entre senhor e vassalo, esse baseado na lealdade e vinculado à posse da terra. Tal direito existia em conjunto³⁰

²⁹ A disputa entre os sucessores de Carlos Magno, seus três netos (Carlos, o Calvo; Luís, o Germânico e Lotário) vai redesenhar a Europa no Tratado de Verdun que põe fim à Guerra Civil Carolíngia, dando origem ao que hoje seriam as nações da Alemanha e França: “Dos conflitos entre os herdeiros de Carlos Magno que iriam desaguar na Partilha de Verdun (agosto de 843) pode se verificar o emergir dessa identidade no episódio da entrevista de Estrasburgo (fevereiro de 842), durante o qual, na descrição de Ameal, dois dos herdeiros de Carlos Magno, Luís e Carlos, proferiram perante as tropas de ambos os juramentos na língua do outro: Luís na língua franca e Carlos na tedesca” (COSTA, 2016, p. 23).

³⁰ O autor explica que não se deve negligenciar a existência concomitante desses direitos, um ligado à lealdade e outro regulando as relações senhoriais (BERMAN, 1983, p. 295, tradução nossa): “A justaposição da lei feudal e da lei senhorial deve ajudar a superar as objeções dos historiadores sociais e econômicos que justamente acusam certos historiadores políticos e jurídicos de terem negligenciado uma característica principal do feudalismo, a existência de um campesinato sujeito

com a lei senhorial (produzido pelas cortes dos senhores feudais), que regulava a relação entre o senhor e os vassallos, bem como as relações de produção agrícola. Em um primeiro momento³¹, ou seja, até o século XI, ambos os modelos não tinham uma regulamentação sistemática. Eram, sim, regulados por costumes amplamente difundidos. Mas já nos anos 1050 a 1150, passa-se a uma fase de legalização desses direitos, os quais são concebidos de maneira integrada, conscientemente governados (BERMAN, 1983, p. 295-296).

O fim do século XI corresponde ao período denominado Idade Média tardia. O Estado passa, então, por uma revolução, à medida que se organiza ao redor de um monarca absoluto, fortalecendo-se o poder de governos centrais em Estados nacionais – não mais em impérios. A igreja, de igual modo, atinge seu objetivo de ser um poder centralizado supranacional, comandado pelo papado. Ocorre a perda de poder dos senhores feudais, decorrente do renascimento de uma economia de mercado e do fim do sistema de servidão. Nesse período dá-se o início da primeira Renascença, com expansão cultural, queda do analfabetismo e uso da língua vernacular. As universidades começam a surgir, nas quais os clássicos greco-romanos são estudados (CAENEGEM, 1999, p. 43-45).

Em decorrência do estudo dos clássicos nas universidades há também a renascença do direito (romano), o que provoca verdadeira revolução nos séculos XII e XIII: uma revolução também jurídica. Diferente das mudanças ocorridas na Inglaterra, baseadas no poder central do soberano e de seus tribunais, o direito renasce no continente nas universidades, sendo a mais famosa a Universidade de Bologna. Entende-se, nesse momento, que a sociedade só pode atingir ordem e progresso através do direito, refutando a premissa apostólica de construir uma sociedade baseada na caridade. Disso decorre a distinção entre o direito laico do direito canônico, que não conhece os limites de Estado. Vai-se desenvolvendo, assim, o direito romano-germânico erudito. O direito ensinado nas universidades,

à terra”. No original: *“The juxtaposition of feudal law and manorial law should help to overcome the objections of those social and economic historians who rightly charge certain political and legal historians with having neglected a principal feature of feudalism, the existence of a subject peasantry bound to the land”*.

³¹ A Europa no período anterior ao século XI não estava organizada em governos centralizados, mas de uma maneira dispersa em agrupamentos menores como unidades locais, tribos, principados. Cada uma dessas organizações tinha seu próprio corpo diretivo, que era também o tribunal e homens livre do feudo. Poucos eram os reinos, como o Franco dos anos 800, organizados pelo povo cristão que se vinculava ao rei, que seria o representante de Cristo na terra (BERMAN, 1983, p. 296-297).

portanto, é um modelo de organização social, não voltado para o ensino do direito local (ainda feudal, fragmentado e bárbaro), mas sim um direito ligado à filosofia, teologia e religião, com a pretensão de apontar o comportamento social do homem justo. Daí as bases mencionadas do estudo do direito romano, compilado por Justiniano e escrito em latim, ao lado do direito canônico (DAVID, 2002, p. 40-42).

O estudo do Direito romano como base do próprio estudo jurídico vai perdurar até o século XX, inclusive preponderando em relação ao direito nacional, o qual só ganhará terreno com o movimento de codificação. Até então se sucedem escolas como a dos glosadores, os quais buscam o sentido originário da lei romana; e dos pós-glosadores, que, por sua vez, abandonam o texto complicado por Justiniano, passando a extrapolar o direito romano e desenvolver novas soluções para buscar decisões justas. Esse período corresponde ao auge do absolutismo (DAVID, 2002, p. 45).

De se destacar, ainda, o desenvolvimento do humanismo (ou escola culta) no século XVI, que derivou do humanismo italiano do século XV, revisitando os clássicos romanos e gregos sem o peso da interpretação levada a cabo anteriormente e das doutrinas das escolas medievais. A escola conhecia autores na França, Itália, Alemanha. Buscavam os autores repensar a teoria e a sistemática do direito ordinário, realizando crítica ao sistema jurídico da época. A crítica ao sistema pós-clássico era no sentido de não considerar os textos romanos como fruto de uma obra divina, mas sim da obra de homens que não deveria ter sua validade considerada *a priori*, por sua origem romana. Do ponto de vista sistemático, o humanismo valorizava as ciências humanas distintas do direito, como a filosofia, como sendo não apenas útil, mas necessária ao jurista. Por fim, defendia que o fundamento teórico do direito deve ser formulado em termos universais (SCHIOPPA, 2014, p. 183-192).

Uma das decorrências da escola humanista foi o movimento jusnaturalista do século XVII, que encontrava na razão o fundamento da natureza humana, dessa razão decorrentes os princípios e os valores do direito – trilhando caminho que afasta e uma visão de direito divino, se diferenciando a visão medieval. Não há uma unidade de conclusões entre os jusnaturalistas, mas uma aceitação comum a algumas premissas. Surge como uma resposta à falta de unidade internacional vinculada tanto à autoridade dos impérios soberanos, quanto da Igreja (pós-reforma

protestante). É a base para enunciação dos direitos de liberdade das constituições modernas, ao enfatizar os direitos subjetivos (inalienáveis) da pessoa humana.

De se citar, de grande influência na França³², o pensamento de Jean Domat (1625-1696), que trazia a valorização da tradição romanística pelo direito natural, direito natural que não era identificado apenas com a razão humana, mas também com critérios ético-religiosos (o homem tem natureza imperfeita por conta do *pecado original*, condenado ao trabalho e à fadiga: fato que é comum a todos os povos) (SCHIOPPA, 2014, p. 245).

Por sua vez, as ideias dos jusnaturalistas servirão de terreno para o movimento iluminista no século XVIII. De fato, no continente europeu, o absolutismo só vai ser combatido após o movimento iluminista no século XVIII – enquanto na Inglaterra, como estudado, o poder do rei já vinha sendo limitado desde o século XVII. Com o iluminismo, a *razão humana* passa a ser valorizada, sendo que o pensamento religioso vai perdendo espaço. O uso do *direito divino* para justificar o poder do monarca deixa de ter sentido, o que acarreta profundas mudanças na sociedade, culminando na total modificação da estrutura do Estado com a Revolução Francesa (CAENEGEM, 1999, p. 46).

A *civil law* moderna é, portanto, o resultado de um projeto cultural que teve seu desenvolvimento principalmente na França (séculos XVII, XVIII e XIX), baseado na afirmação da supremacia da lei, da vedação da interpretação pelo juiz, do papel secundário da jurisprudência e da segurança jurídica sendo encontrada através do legislador. A atividade dos juízes, que, como se verá, antes condizia com a vontade dos reis absolutistas e, por isso, são vistos com desconfiança, passa a ser limitada. Defende-se que a atuação jurisdicional deve ser técnica, racional, despolitizada. Três grandes momentos demonstram esse desenvolvimento: o *Code Louis*, de 1667; a *Révolution*, de 1789; e o *Code Napoleon*, de 1804. A aplicação do direito ao caso concreto, defende-se, deve se dar através *unicamente* da interpretação lógico-dedutiva (MITIDIÉRO, 2017, p. 42).

Tamanha restrição se fundamenta no pensamento iluminista de que a razão humana é capaz de conceber um código com todas as regras necessárias para

³² No mesmo sentido, Robert-Joseph Pothier (1699-1772) foi o primeiro professor encarregado de ensinar *direito francês* na universidade. Seu extenso e reconhecido trabalho com tratados de direito privado foram inspiração para os codificadores napoleônicos no século seguinte (SCHIOPPA, 2014, p. 253).

regular as relações sociais e dos indivíduos com o Estado. A codificação vem, naquele momento, para acabar com as imperfeições do direito. A legislação bastaria em si, não sendo necessário recorrer a fontes fora do direito (como a moral e a política) (CRAMER, 2016, p. 25).

Essa ideologia baseada na interpretação logico-dedutiva serviu para passar do *jus commune* à lei produzida pelo Estado. A França, no século XVII, tinha seu direito dividido: ao norte, o direito consuetudinário de origem germânica; ao sul, o direito consuetudinário de origem romana – com base no *Corpus Juris Civilis de Justiniano* e no Código Teodosiano. Esse confuso sistema era aplicado através da interpretação dos juízes. As decisões formavam precedentes judiciais para sustentação de casos em juízos (MITIDIERO, 2017, p. 43) – o que não era muito diferente, portanto, do que se viu na Inglaterra.

O monarca Louis XIV, centralizando seu poder e sob o brocado de que *toda justiça emana do rei*, busca impossibilitar a interpretação dos juízes delegados. Por esse motivo, realiza uma reforma universitária e trata da promulgação do *Code Louis* de 1667. O Código do Rei Sol previa, já em seu primeiro artigo, que suas regras (ordenanças) deveriam ser respeitadas e observadas – não podendo os juízes dispensar ou moderar sua aplicação. O rei deveria ser consultado em casos dúbios e os juízes que *interpretassem a legislação* poderiam ser civilmente responsabilizados (MITIDIERO, 2017, p. 45).

É nesse contexto histórico que Montesquieu e Pothier serão educados, e nesse mesmo contexto ocorrerá a Revolução Francesa. A teoria da separação de poderes e a noção de precisão do texto legal levarão ao conceito de *juiz boca da lei*, sem realizar verdadeiramente nenhum poder, apenas declarando o sentido do texto legal, que emana do poder do povo. Montesquieu apresenta uma teoria descritiva, na qual explica quais são os poderes do Estado; e uma teoria prescritiva, em que pretende demonstrar como tais poderes devem ser distribuídos e como devem funcionar³³. A teoria da separação de poderes (prescritiva) é fundamental no

³³ Nesse sentido Daniel Mitidiero (2017, p. 47): “Esse ponto é da mais alta importância. Como teoria prescritiva, as ideias de Montesquieu constituem um programa político, uma bandeira ideológica fundada em um mito – o mito oriundo de crença de que o juiz poderia ao interpretar limitar-se a declarar uma norma preexistente, cifrando-se apenas ao texto preciso da lei. Desse modo, imaginando-se que os juízes poderiam ser entendidos como seres inanimados, que seriam simples bocas da lei e que por essa razão exerceriam um poder inexistente, Montesquieu faz uma ligação direta entre segurança jurídica, liberdade e igualdade: a lei é clara, estável e irretroativa e, portanto, segura. Por essa razão, por si só é capaz de assegurar liberdade e igualdade para todas

Constitucionalismo moderno e no Estado de Direito. Até hoje não foi plenamente superada. A lógica do *juiz inanimado* persiste, bem como a teoria cognitivista de interpretação (MITIDIERO, 2017, p. 48). Nesse sentido, Alec Stone Sweet:

As doutrinas de separação de poderes sustentam as teorias do Estado, refletindo, mas também condicionando, como a legitimidade política deve ser entendida e avaliada. Tais doutrinas são construções profundamente normativas. Lida de forma descritiva, como sistemas de regras, eles pretendem modelar o relacionamento entre estruturas e funções em qualquer sistema complexo de governança. Lida prescritivamente, como conjuntos de expectativas idealizadas sobre a estrutura e função devem ser relacionados, eles fornecem padrões para avaliar a adequação da conduta oficial.³⁴ (SWEET, 2000, p. 130, tradução nossa).

Os ordenamentos pré-revolucionários não conheciam o conceito moderno de Constituição a que estamos habituados: um corpo sistematizado e completo de normas dotadas de valor escritas em uma Carta Constitucional. Num momento prévio, as regras constitutivas eram obra divina e produzidas e alteradas de acordo com as relações de força concorrentes naqueles momentos históricos. Como exemplos de tais atores podem ser citados a monarquia, a igreja, a nobreza e a burguesia (ZAGREBELSKY; MARCENO, 2018, p. 35). Mesmo na Inglaterra, em que já existiam acordos constitucionais (como a Carta Magna de 1215), era do conflito entre grupos que se chegava à restrição dos direitos do monarca, ou à concessão de privilégios. Não havia, realmente, a ideia de sistematizar e organizar o funcionamento do Estado em Constituições rígidas (ZAGREBELSKY; MARCENO, 2018, p. 37).

Isso muda na Revolução Francesa (1789-1799). A partir de então, a lei passa a ser entendida como decorrente da vontade soberana do povo, e não mais proveniente da natureza das coisas (como no jusnaturalismo), ou da vontade do soberano (como no absolutismo). O povo é o detentor do poder e o afirma, em condição de igualdade, em um contrato social. Ao juiz segue vedada a prolação de decisões gerais e abstratas. Em caso de dúvida, deve agora consultar o legislativo, e

as pessoas, tendo em conta que as decisões judiciais são simples declarações da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto”.

³⁴ No original: “*Separation of powers doctrines underpin theories of the state, reflecting, but also conditioning, how political legitimacy is to be understood and assessed. Such doctrines are deeply normative constructs. Read descriptively, as rule systems, they purport to model the relationship between structures and functions in any complex system of governance. Read prescriptively, as sets of idealized expectations how about structure and function ought to be related, they provide standards for evaluating the appropriateness of official conduct*”.

não mais o rei. O conceito de *jurisprudência* é entendido como desnecessário em um Estado que tem Constituição e leis (MITIDIERO, 2017, p. 50).

As condições políticas, como se vê, são muito distintas das encontradas na Inglaterra. O parlamento na França substitui o absolutismo do monarca por um absolutismo da lei – a Assembleia Soberana. Os revolucionários buscam estabelecer um *novo* direito, eliminando o passado, afastando a possibilidade de interpretação dos juízes. Não serviria aos propósitos revolucionários que a lei fosse aplicada por magistrados ligados ao regime anterior, não imbuídos dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, mas tendentes a manter o *status quo* (MARINONI, 2016b, p. 41).

Os juízes franceses constituíam uma classe aristocrática muito próxima aos aristocratas do feudalismo. Os cargos eram herdados ou comprados e usufruídos com interesses particulares. Assim, a estrita separação entre os poderes proposta por Montesquieu mostrava-se vital, pois a atividade judicial, segundo a teoria, deveria se limitar a afirmar o que já havia sido dito pelo Legislativo, ou seja, não há possibilidade de criar um direito *novo* através da interpretação. Por isso, o poder de julgar seria um *poder nulo* (MARINONI, 2016b, p. 43).

Nesse sentido, cabe ao legislativo a criação e interpretação do direito e, ao judiciário, sua aplicação mecânica ao fato. A jurisprudência do tribunal de cassação é vista como a mera tentativa de fazer a lei *falar*. Percebe-se claramente a distinção ao que ocorreu na Inglaterra na Revolução Gloriosa, onde houve a continuidade da *common law*, com a adição do respeito à lei produzida pelo parlamento (MITIDIERO, 2017, p. 50).

Enquanto na Inglaterra estava o juiz submetido ao direito inglês (de maneira ampla), na França o parlamento escreve as primeiras linhas de um direito novo. Certamente, por esses motivos, a supremacia do Parlamento tem conotações diferentes na Inglaterra e na França. Inexistia, como visto, na Inglaterra, a preocupação com o fato de o juiz interpretar a lei e poder criar novos direitos, sendo que a produção legislativa (que não era inexistente, como se pode erroneamente pensar) não buscava a completude de todas as situações vislumbradas no conflito, cabendo ao juiz esse papel de preencher as lacunas (MARINONI, 2016b, p. 47-48).

Os revolucionários, no entanto, constroem outro tipo de legislação. Buscam leis claras e exaustivas dos problemas a serem enfrentados. Codificam. Aliados ao

racionalismo exacerbado da época, escrevem códigos claros, coerentes, completos. Em seus códigos, querem afastar qualquer espaço de interpretação judicial.

A legislação revolucionária restringiu, e muito, a atuação dos magistrados. Em caso de dúvida ou omissão o juiz poderia acionar, facultativamente, um *référé législatif*, para que o corpo legislativo esclarecesse o texto legal ou editasse uma nova lei. O controle dos juizes em casos em que não acionavam esse órgão legislativo se dá através de um órgão de cassação³⁵ – um órgão especial e autônomo, não vinculado ao Judiciário. Portanto, um órgão não jurisdicional, não pertencente nem ao Executivo nem ao Legislativo. Tinha como objetivo salvaguardar a separação dos poderes (MARINONI, 2016b, p. 49).

A ideia de ausência de interpretação, como hoje se sabe, não passa de um mito. Tampouco é a lei capaz de prescrever todas as variáveis do caso concreto, pelo que, com Napoleão e o *Code Civil* (1804), Portalis (o mais importante jurista dentre os quatro redatores do anteprojeto do código) passa a diferenciar a interpretação em abstrato, função do legislador; da interpretação em concreto, dever dos juizes na ausência de solução expressa no ordenamento jurídico, devendo ser realizada com equidade, direito natural e os costumes. Com essa mudança, o juiz passa a ser um ministro de equidade (MITIDIERO, 2017, p. 51).

Dito isso, nesse momento revolucionário francês – e sua influência na revolução norte americana – é concebida a ideia do constitucionalismo moderno. Há substituição da autoridade de direito divino que regia as monarquias absolutistas do antigo regime para um novo regime secularizado. A Constituição moderna passa a ser uma norma constitutiva e reguladora da vida política de maneira objetiva. Dito de outra forma, não mais condicionada às relações de força entre os sujeitos constitucionais, mas condicionando-as. Defende-se a ideia da existência de normas fundamentais, e se luta por *lealdade constitucional* à norma produzida pela Assembleia Constituinte. A Constituição é a aproximação ao *pactum societaris* e *pactum subiectonis*, regulando a convivência civil através dos princípios que todos reconhecem como essenciais à vida em comunidade e às regras do exercício

³⁵ A *Cour de Cassation* (nos moldes do anterior *Conseil Privé du Roi*) atuava para cassar as contravenções expressas ao texto da lei, isto é a interpretação equivocada (MITIDIERO, 2017, p. 49), mas não estabelecia a decisão correta nem substituí a decisão revisada, não se sobrepondo aos órgãos jurisdicionais: apesar de ter ganho a denominação de *tribunal*. Hoje a Corte de Cassação detém jurisdição, é o órgão de cúpula da justiça ordinária, e tem como propósito uniformizar a interpretação judicial.

legítimo do poder público, com o comprometimento de obediência ao governo legítimo (ZAGREBELSKY; MARCENO, 2018, p. 39-41).

No entanto, o dogma da estrita separação de poderes é rompido. Isso se dá com o jusconstitucionalismo e o controle de constitucionalidade das leis. A norma constitucional passa a ser fonte de direito, a lei perde sua supremacia e o juiz, ao declarar a inconstitucionalidade, cria o direito, o que será visto a seguir.

2.3 A APROXIMAÇÃO DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS PELO NEOCONSTITUCIONALISMO LEVA A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES

A evolução do Estado moderno tem direta relação com a perceptível superação de barreiras entre o sistema da *civil law* e da *common law*, como adiante se aprofundará, e passa pela transformação do papel do juiz da *civil law*, aproximando-se das funções *criativas* de seu colega da *common law*.

Como visto, com o advento da *civil law*, após o movimento iluminista francês, há a passagem de um modelo de estado absolutista, *jusnaturalista*, que tinha apoio em uma racionalidade substancial na busca de justiça (havendo direta relação entre o direito e a moral, sendo o direito uma criação natural), para um estado liberal, legalista, *juspositivista*, baseado em uma racionalidade formal e tendo a legislação produzida pelo Poder Legislativo – e que traz a concepção *hobbesiana* e contratualista de que o direito é uma construção humana artificial e não busca determinar o que é justo ou injusto (ZANETI JR., 2017, p. 81-84). Essa racionalidade formal é expressa através do movimento de codificação, como apontam D. Neil MacCormick e Robert S. Summers:

Uma concepção de racionalidade jurídica se vincula fortemente à lei estatutária e à codificação. Um código moderno é ordenado de maneira racional em capítulos, seções e subseções. As ideias básicas da lei estão incluídas em textos bem estruturados, escritos em francês simples ou em alemão simples ou em espanhol comum ou qualquer outra coisa. Cidadãos e funcionários têm o mesmo acesso às regras básicas do sistema, e a segurança jurídica e a segurança das pessoas jurídicas, conscientes de seus direitos e confiança em sua proteção judicial ou administrativa adequada, estabelecem uma estrutura para a conduta racional dos negócios da sociedade civil. sociedade sob a proteção de um estado

administrado racionalmente.³⁶ (MACCORMICK; SUMMERS, 2016, p. 4, tradução nossa).

Assim, se no *jusnaturalismo* se tinha o sacrifício da *igualdade*, *segurança jurídica* e da *liberdade* em nome da busca pela justiça, esses são os valores que a revolução iluminista vai buscar na legislação positivada³⁷. No *juspositivismo* clássico, a atividade normativa passa a ser monopólio do Estado e se tem como base fundante um princípio da legalidade e da separação forte entre os poderes. A norma é criada artificialmente, sem se preocupar com o conflito entre direito e moral e entre segurança e justiça, provendo sua validade na *forma* como produzida e alterada pelo soberano. O juiz é *boca da lei*, com limitada possibilidade de interpretação da norma³⁸ (ZANETI JR., 2017, p. 103-104).

O positivismo jurídico não se confunde com direito positivo. O direito positivo é o conjunto de regras e normas que regem o convívio humano em determinado contexto histórico, cultural e local. O positivismo é a postura metodológica que vai estudar esse objeto. Nasce da necessidade de transformação do estudo do direito para uma ciência, capaz de distinguir juízos de fato e juízos de valores, entendendo que apenas os primeiros devem ser considerados, desprezando a abordagem

³⁶ No original: “One conception of legal rationality ties it strongly to statute law and to codification. A modern code is ordered in a rational way into chapters, sections, subsections. The basic ideas of the law are encompassed within well-structured texts written in plain French or plain German or plain Spanish or whatever. Citizens and officials have the same access to the basic rules of the system, and legal certainty and the security of legal subjects in awareness of their rights and confidence about their adequate judicial or administrative protection set a framework for the rational conduct of the business of civil society under the protection of a rationally administered state”.

³⁷ O direito pode, segundo os ensinamentos de Norberto Bobbio, ser individualizado em duas espécies, o direito natural e o positivo. Durante o período clássico, o direito natural seria o direito comum e o positivo o especial, valendo o brocardo de que *lex specialis derogat generali*. Assim, em caso de antinomias entre o direito natural e positivo prevalecia o direito positivo. No período medieval a lógica se inverte, pois o direito natural representaria a própria vontade divina. Com o advento do movimento positivista, o direito natural deixa de ser considerado direito. Só é direito o direito positivo. No período renascentista surge o jusnaturalismo racional, não mais presumindo que o direito é uma ordem cosmológica (como os gregos) ou emanada de Deus (como no medievo), mas sim à racionalidade humana. Este movimento acabou absorvido pelo movimento de codificação (ROSSI, 2015, p. 03-06).

³⁸ “[...] o sistema jurídico não apresenta fronteiras rígidas entre o formal e o material [...]. Hans Kelsen [...] teve o mérito de admitir que as normas jurídicas são molduras e que o intérprete é quem autenticamente delimita o conteúdo das mesmas. Mais: a despeito de ter situado fora da ciência jurídica a decisão tomada por considerações políticas, com acerto destacou a relativa indeterminação, intencional ou não, do ato aplicativo do Direito, dado que até uma ordem rigorosamente minuciosa e detalhada, no campo das prescrições, invariavelmente precisaria manter um número remanescente de determinações” (FREITAS, 2010, p. 41-46).

valorativa (ROSSI, 2015, p. 07). Diferentes espécies de positivismo surgiram no direito ocidental.

O positivismo científico alemão pressupõe que as normas são deduzidas logicamente do sistema, com apoio dos conceitos e princípios elaborados pela ciência jurídica. Questões não extraídas do sistema não podem ser consideradas – como a moral, política, religiosa e econômica. O sistema pretende ser fechado (autônomo e coerente) gozando de plenitude, isto é, consegue resolver eventuais lacunas através da *construção criadora* formada a partir do próprio sistema (MARINONI, 2016a, p. 47).

Por sua vez, o positivismo legalista francês defende que o direito está na lei, tendo o Parlamento, como visto acima, monopolizado o poder através do princípio da legalidade. A legalidade como critério de identificação do direito, isto é, o direito está apenas na norma jurídica, essa considerada existente e válida apenas pelo seu processo de formação e produção, sem relação com a *justiça*. A lei *geral e abstrata* (para não violar a liberdade e igualdade do Estado Liberal burguês) vincula o Legislativo que a produz e o Executivo e Judiciário, que, em relação ao Parlamento, ficam em posição de submissão, um só podendo realizar o que a lei permite e outro aplicando a lei sem possibilidade de interpretação. Tudo em nome de previsibilidade e certeza do direito (MARINONI, 2016a, p. 49).

A *plenitude* ou *completude* da ordem normativa não passa de uma presunção, no entanto. O próprio positivismo percebe que determinados pontos, embora relevantes, fiquem ao largo do texto da norma, admitindo a integração para sanar lacunas, como aplicação dos princípios gerais, costumes, analogia, equidade e as regras de experiência comum. Do interior da coletividade emergem necessidades, interesses e valores a todo momento, não sendo possível ao Direito a regular no mesmo espaço tempo, devendo considerar a relevância da matéria (MANCUSO, 2014, p. 34).

Igualmente, a teoria pura do direito de Hans Kelsen se traduz em um positivismo lógico-normativista que supera a exegética e busca a pureza do método, afastando qualquer elemento estranho (como a sociologia, a ética e a política) do estudo do direito na tentativa de não ser usada, a ciência jurídica, para promoção de valores absolutos. Contrariamente ao almejado, esse foi exatamente o resultado a que se chegou. Admite-se que o texto tem sentido polissêmico, cabendo ao intérprete buscar o sentido da norma, como se houvesse um *leque de opções*

prévias já imaginados pelo legislador quando estipulou a *moldura da norma* – a norma buscando sua validade segundo a lógica do ordenamento: uma lei inferior se apoia em uma lei superior (ROSSI, 2015, p. 9-10). Quanto à organização do ordenamento, admitindo que a norma geral pode ser proveniente do judiciário, o vértice da *pirâmide de Hans Kelsen* seria a primeira Constituição:

A determinação da produção de uma norma inferior através de uma norma superior pode ter diferentes graus. Nunca pode, porém, ser tão reduzida que o ato em questão já não possa ser considerado como ato de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o ato já não possa ser havido como ato de produção jurídica. Mesmo quando sejam determinados não só o órgão e o processo mas ainda o conteúdo da decisão a proferir – como sucede no caso de uma decisão judicial a proferir com base na lei – existe não somente aplicação do Direito como também produção jurídica. A questão de saber se um ato tem o caráter de criação jurídica ou de aplicação do Direito está dependente do grau em que a função do órgão que realiza o ato é predeterminada pela ordem jurídica. Há, no entanto, atos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica: são os já mencionados atos através dos quais os atos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um ato de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta mas apenas pressuposta. (KELSEN, 1998, p. 165).

Esse modelo restou superado após as experiências nefastas produzidas pelo nazismo e pelo fascismo. A classe dominante vai acabar produzindo o direito ao controlar o legislativo, não havendo, mesmo na democracia, garantia de defesa da pluralidade política e jurídica (ZANETI JR., 2017, p. 105).

Por sua vez Herbert Hart vai fundamentar sua teoria positivista na noção de regra de reconhecimento. Trata o direito como a união de regras primárias e secundárias. As regras primárias impõem deveres; as regras secundárias indicam como as regras primárias podem ser criadas, modificadas e extintas. Haveria, assim, uma hierarquia de normas, remontando a uma regra de reconhecimento. Essa regra de reconhecimento não busca sua validade em outra regra, mas sim é uma construção social aceita³⁹ (CROSS; HARRIS, 1993, p. 212-213).

³⁹ Seria, segundo John Gardner, um costume presente em cada sociedade de reconhecer a legitimidade de pessoa ou instituição de produzir a lei. Nesse sentido, John Gardner (2007, p. 61, tradução nossa): “H.L.A. Hart argumentou que todo sistema jurídico deve ter pelo menos uma norma de direito consuetudinário, que ele chamou de regra de reconhecimento. Uma regra de reconhecimento é uma norma que identifica uma pessoa ou instituição como um criador de leis (ou seja, não delegado).” No original: “H.L.A. Hart argued that every legal system must have at least one norm of customary law, which he called a rule of recognition. A rule of recognition is a norm that identifies some person or institution as an ultimate (i.e., nondelegated) maker of law”.

A regra do reconhecimento seria um texto dotado de autoridade (uma lei, ou costume, ou constituição, ou precedente) que vai definir o que é o jurídico. Nos casos difíceis, que adentram uma *zona de penumbra*, seria necessária a manifestação do judiciário. Nessa concepção o direito tem uma textura aberta, sendo a aplicação um ato criativo do juiz, que, nesses casos, deve elaborar a regra de conduta (ROSSI, 2015, p. 12-13).

Ronald Dworkin não concorda com essa possibilidade. Não aceita o direito como um sistema de regras sem espaço para aplicação de princípios e de igual forma entende incabível a noção de um juiz legislador. As regras são aplicadas de maneira *tudo ou nada* e os princípios admitem e frequentemente estão em conflito. É dever do juiz sopesar qual princípio é predominante em face ao caso concreto e o resultado possivelmente será um precedente⁴⁰. Quanto à possibilidade de juízes-legisladores, Ronald Dworkin a refuta, defendendo que o que parece nova norma estaria iminente no direito, resultado da lógica interna do ordenamento⁴¹.

A superação do *juspositivismo* se dá para um estado constitucional, de racionalidade instrumental e que tem como vértice do ordenamento jurídico a *Constituição*, notadamente as constituições rígidas, apontando direitos e garantias fundamentais. Busca-se a conformação da lei com os princípios da justiça, que são inseridos nas Constituições. A lei passa a encontrar limites no texto constitucional e devem estar em conformidade com os direitos fundamentais (ZANETI JR., 2017, p. 106)⁴².

⁴⁰ “Ao contrário das regras, o principal relevante pode, e freqüentemente entra em conflito, é dever do juiz pesá-las e uma decisão que um ou mais predominam pode ser o fundamento de uma regra vinculativa nos casos subsequentes” (CROSS; HARRIS, 1993, p. 214, tradução nossa). No original: “*Unlike rules, relevant principal may, and frequently do, conflict, it is the Judge’s duty to weigh them and a decision that one or more predominate may be the foundation of a rule binding in subsequent cases*”.

⁴¹ Nas palavras de Rupert Cross e J. W. Harris, em breve conceituação da tese de Ronald Dworkin (CROSS; HARRIS, 1993, p. 217, tradução nossa): “Às vezes, o que parece ser uma nova regra é o que se diz ‘iminente na lei como um todo’ ou ‘o resultado da lógica interna da lei’. O professor Dworkin fez dessa característica do discurso jurídico o ponto focal de uma teoria que nega que os juízes ‘legislem’”. No original: “*What appear to be new rules are sometimes said to be ‘imminent in the law as a whole’, or the result of the internal logic of law’. Professor Dworkin has made this feature of legal discourse the focal point of a theory which denies that judges ‘legislate’*”.

⁴² Nesse sentido a lição de Gustavo Zagrebelsky e Valéria Marceno (2018, p. 22, tradução nossa): “As proposições acima mencionadas indicam a vocação da justiça constitucional: preservar os elementos essenciais da vida comum contra as ameaças representadas pelos interesses variáveis dos poderes de plantão”. No original: “*Las proposiciones anteriormente referidas señalan la vocación de la justicia constitucional: conservar lo esencial de la vida común contra las amenazas representadas por los intereses variables de los poderes de turno*”.

Essa é uma nova revolução no direito, ocorrida no segundo pós-guerra. Todos os poderes estão submetidos à Constituição, inclusive o Legislativo: agora não mais apenas quanto às formas e processo de formação da lei, mas também quanto ao conteúdo constitucional que passa a condicionar a validade da legislação infraconstitucional. Tem-se a evolução do Estado de Direito para um Estado Constitucional de Direito, subordinando a política e a legislação ao texto constitucional (FACCHINI NETO, 2007, p. 299).

Passou-se, então, a ter um direito não apenas subordinado à legislação, mas, acima de tudo, à legislação constitucional. Após as experiências de leis egoístas e discriminatórias produzidas pelo eventual grupo no poder, os valores da justiça são infiltrados nas Constituições, que passam a não ser passíveis de modificação pelo legislador ordinário (MARINONI, 2016a, p. 53).

No *jusconstitucionalismo* com base em Constituições rígidas e jurisdição de controle de constitucionalidade o judiciário tem suas funções alargadas e há esfera (as cláusulas pétreas) que o legislador infraconstitucional não tem poder de decisão. A norma é produzida conforme a Constituição e passa por controle judicial de constitucionalidade (ZANETI JR., 2017, p. 105).

A *política constitucional* prejudicou o entendimento ortodoxo de uma teoria da separação de poderes e de como os Poderes Legislativo e Judiciário são exercidos. Como exemplo, citamos o julgamento, em 1973, pela Corte Constitucional Alemã, do caso de Madame Soraya, esposa do Xá do Irã, contra o jornal *Die Welt*, que inventou uma entrevista fictícia e altamente embaraçosa sobre a autora. Citando jurisprudência dos anos 50, o Tribunal entendeu que os artigos 1º e 2º da Constituição Alemã criava um remédio contra esses danos para os casos em que um indivíduo viole direito geral de personalidade de outro. Ocorre que o Código Civil vedava expressamente indenização de danos nesses casos. O Parlamento alemão (*Bundestag*) já havia rejeitado, em 1959 e em 1967, propostas para garantir tal remédio. O jornal alegou violação à separação de poderes pela transgressão expressa ao texto do Código Civil. Na sua decisão, a Corte definiu que juízes comuns têm o dever de ignorar disposições legais que levem a resultados injustos e reconstruir o direito e até adicionar disposições para julgamento à luz dos direitos constitucionais. Nesse sentido, Alec Stone Sweet:

A decisão não apenas confortou a posição da Suprema Corte. Ele efetivamente “constitucionaliza [d] a lei natural exigindo que o juiz [comum] rejeite leis fundamentalmente injustas” (Currie 1993:212), reconstrua criativamente, leis ultrapassadas e preencha as lacunas causadas pela inação legislativa. Quando “a legislação não acompanhou o ritmo acelerado do desenvolvimento social ... e mudou as noções substantivas de justiça da sociedade”, o Tribunal declarou: “Não se pode culpar o juiz, se for obrigado a decidir todos os casos submetidos a ele e convencido de que ele não pode confiar na [futura] intervenção do legislativo, ele não adere ao significado literal da lei escrita existente em um caso em que a adesão sacrificaria amplamente a justiça”.⁴³ (SWEET, 2000, p. 128, tradução nossa).

O caso significou uma ruptura dos juízes europeus com os limites tradicionais de sua atividade postos por uma doutrina da separação de poderes. Esse movimento ocorreu de maneira semelhante em outros países da Europa, levando à percepção de uma perda do monopólio implícito do Legislativo em regular o processo de criação de normas constitucionais para as Cortes Constitucionais e os juízes ordinários de igual forma participam do debate de política constitucional (SWEET, 2000, p. 129) – isso é mais acentuado, nos parece, no Brasil, onde o controle também pode ser realizado de maneira difusa⁴⁴.

Através da Constituição os juízes da *civil law* têm poder de controlar a lei e os atos estatais – semelhante ao juiz inglês desde o século XVII e, mais ainda, do poder dos *juízes norte-americanos* que realizam o controle difuso de constitucionalidade, também adotado no Brasil em seu modelo híbrido. No momento que a lei perde sua supremacia há transformação do conceito de direito e de jurisdição. O juiz deve dimensionar a lei na medida das regras e princípios trazidos na Constituição (MARINONI, 2016b, p. 58).

⁴³ No original: “The decision not only comforted the position of the Supreme Court. It effectively ‘constitutionalize [d] natural law by requiring the [ordinary] judge to reject fundamentally unjust laws’ (Currie 1993:212), to reconstruct creatively, outmoded ones, and to fill gaps caused by legislative inaction. When ‘legislation has not kept up with the rapid pace of social development... and a changed society’s substantive notions of justice’, the Court declared: ‘One cannot blame the judge, if compelled to decide every case submitted to him and convinced that he cannot rely upon [the] future intervention of the legislature, he does not adhere to the literal meaning of the existing written law in a case where adherence would largely sacrifice justice’”.

⁴⁴ No Brasil, o controle de constitucionalidade pode se dar de maneira direta através das ações do controle concentrado de constitucionalidade e de maneira difusa, no curso de qualquer ação voltada à solução de um litígio concreto. O fato de todos os juízes poderem realizar o controle de constitucionalidade dá destaque à magistratura brasileira dentro da tradição do *civil law*, uma vez que tal tarefa não é desempenhada pelo seu colega na Europa continental, via de regra (MARINONI, 2016b, p. 56).

Quando da adoção de Cortes Constitucionais na Europa Continental⁴⁵ chegou-se a falar em reafirmação da estrita separação de poderes, uma vez que não seria o Judiciário o realizador do controle de constitucionalidade, mas sim um órgão especial separado de seu corpo. Essa crítica trazia ao final a noção de impossibilidade de criação do direito que não fosse pelo Legislativo e que a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário seria usurpação de poder (MARINONI, 2016b, p. 35-36). Em realidade, percebe-se que as funções do legislador e do juiz são diretamente impactadas pelas decisões de Cortes Constitucionais, havendo uma sobreposição das funções do Legislativo e do Judiciário quanto à própria política constitucional. Como pondera Alec Stone Sweet:

As doutrinas continentais tradicionais de separação de poderes estão em profunda crise. Concebidos como um conjunto de prescrições, eles parecem cada vez mais obsoletos e incoerentes. Concebidos como descrições, obscurecem mais do que esclarecem o que realmente está acontecendo no mundo. Embora outros fatores muito importantes estejam em ação, os sistemas de justiça constitucional operaram inerentemente, na minha opinião – para minar a utilidade e a relevância das doutrinas clássicas. Diferenciação estrutural, mas sobreposição de funções, são as normas. Podemos facilmente listar as características institucionais que distinguem um legislador europeu de um tribunal europeu; mas hoje os juízes legislam, os parlamentos decidem e os limites que separam a lei e a política – as funções legislativas e judiciais são pouco mais que construções acadêmicas.⁴⁶ (SWEET, 2010, p. 130, tradução nossa).

⁴⁵ Hoje se percebe uma mudança, complexa e difusa, de ordem mais política que legal ou técnica no papel desempenhado por estas cortes. O conceito de independência do judiciário apresenta uma tendência mundial de mudança, passando as supremas cortes a terem mais poderes e responsabilidades na administração da justiça. A mudança atinge tanto os países da *common law* quanto da *civil law*. Na Inglaterra, o exemplo seria a formação da *Supreme Court of United Kingdom*, que assumiu todas as funções da *House of Lords*, realçando a separação entre Judiciário, Legislativo e Executivo; na *civil law* o movimento é do autogoverno de *la giustizia*, ampliando o poder das cortes supremas; tendo em comum a tendência de intensificar o engajamento do Judiciário em matérias que não têm natureza estritamente judicial, mas sim impactam na administração da justiça (UZELAC, 2018, p. 14).

⁴⁶ No original: “*Traditional, Continental separation of powers doctrines are in deep crisis. Conceived as a set of prescriptions, they appear increasingly obsolete and incoherent. Conceived as descriptions, they obscure more than they clarify what is actually going on in the world. Although other very important factors are at work, systems of constitutional justice have operated inherently, in my view – to undermine the utility and relevance of the classic doctrines. Structural differentiation, but overlap in functions, are the norms. We can easily list the institutional characteristics that distinguish a European legislature from a European court; but today judges legislate, parliaments adjudicate, and the boundaries separating law and politics – the legislative and judicial functions are little more than academic constructions*”.

Percebe-se, assim, que o positivismo passa por momento de alargamento da possibilidade de interpretação do direito, no chamado *pós-positivismo*⁴⁷. O pós-positivismo⁴⁸ seria a terceira fase dos princípios constitucionais, quando esses assumem papel fundamental nos novos sistemas constitucionais, os valores e princípios tendo reconhecida sua normatividade e os direitos fundamentais sua essencialidade (ZANETI JR., 2014, p. 110). Normas do ordenamento só passaram a ter seu sentido através da aplicação ao caso concreto (CRAMER, 2016, p. 31).

Nesse panorama, parece que o exercício da jurisdição cumpre uma nova lógica e um novo poder-dever, mais amplo. Nessa toada, entende-se que acaba por levar à superação de dogmas clássicos do *civil law* como a separação de poderes. Isso, pois, em decorrência do neoconstitucionalismo, passando a existir um poder-dever de concretização dos direitos fundamentais. O processo passa a ter escopos sociais e políticos na busca da *reforma estrutural* para concretização dos *valores públicos*, como defendido por Owen Fiss. E é sob essa perspectiva que se passa a ter uma *necessidade* de unificação da interpretação constitucional dos direitos. Essa unificação fica a cargo da adoção de uma teoria de precedentes vinculantes (ARENHART; OSNA, 2019, p. 27).

Nesse cenário, perde sentido traçar distinções rígidas entre *common law* e *civil law*⁴⁹. As diferenças estavam centradas na teoria da jurisdição, sendo que na

⁴⁷ “Como enfatizado, apenas com o escopo de servir como atestado de uma guinada paradigmática do conceito de sistema jurídico é que se refere tal *nominata*. No entanto, sob pena de grave omissão, convém lembrar a contribuição de Karl Larenz, ao ter percebido a relevância dos tipos jurídico-estruturais na formação do sistema, dimensionando-o como uma série de tipos, bem como por destacar a função dos princípios jurídicos, vistos como critérios teleológico-objetivos da interpretação em estreita conexão com o desenvolvimento judicial. Além disso, caracterizou semelhante sistema como ensejador de um possível jogo concertado de múltiplos e até contrastantes princípios de igual peso, assumindo graus hierarquizáveis no plano da concretização. Ensinando que a missão do sistema jurídico está em tornar visível a conexão de sentido inerente ao Direito como um todo dotado de coerência, notou, com percuciência, que esse só pode ser um sistema aberto, no sentido de que são viáveis as mudanças também em face da sempre possível (re)descoberta de outros princípios, que se sucedem, não raro de modo diacrônico, no envolver histórico das transformações” (FREITAS, 2010, p. 48-49).

⁴⁸ Na lição de Georges Abboud: “A criação do termo ‘pós-positivismo’ e a sistematização desse paradigma são oriundos da obra de Friederich Müller, que constrói uma teoria do direito que não almeja se opor ao positivismo (daí ser pós e não anti positivista), mas complementá-lo, corrigindo os equívocos. Assim, podemos afirmar que o pós-positivismo tem dois grandes objetivos: a) carrear as conquistas e as inovações filosóficas advindas do giro-linguístico para o direito e b) sistematizar a teoria da norma atrelando-a ao fenômeno decisório com o intuito de se superar a concepção de que decisão judicial seria mero ato de vontade ou uma operação mecânica da cariz silogístico” (ABBOUD, 2015, p. 402).

⁴⁹ Em que pese não se ignorar que tal posição não é unânime na doutrina, Câmara aponta que o uso de institutos típicos da *common law* não significam, necessariamente, a *commonlização* do direito brasileiro. Afirma o autor que: “O ordenamento jurídico brasileiro, forjado segundo as tradições

common law a doutrina se debruça na análise de que o juiz, em sua atividade jurisdicional de proferir a decisão, estaria criando o direito ou apenas o declarando. A diferenciação de atuação de um juiz da *common law* e da *civil law* estaria assim na criação judicial do direito pelas decisões vinculantes dos precedentes (*stare decisis*); não se admitindo a aplicação de uma teoria de precedentes no *civil law*, porque, nesse, a criação do direito não provém do Judiciário, mas do Legislativo, e deve se observar a estrita separação de poderes (MARINONI, 2016b, p. 56-57).

Esse senso comum do direito comparado não se sustenta. Pelo contrário, as Cortes Constitucionais no *civil law* constantemente invocam a autoridade das decisões anteriores quando da prolação de julgamentos⁵⁰, em modelo muito semelhante ao do *case law* (SWEET, 2000, p. 146). Dessa forma, o modelo

jurídicas romano-germânicas, incorporou-se àquilo que se costuma chamar de *civil law*, e que o fato de se ter, de algum tempo para cá, buscado construir um sistema de padronização decisória, no qual têm sido empregados alguns conceitos mais conhecidos dos ordenamentos de *common law*, como são os de precedente, distinção (*distinguishing*), superação (*overruling*), fundamento determinante (*ratio decidendi*) ou elementos não vinculantes (*obiter dicta*), não implica dizer que se estaria diante de uma *commonlização* do Direito brasileiro, ou de uma superação das diferenças entre essas duas tradições jurídicas.” E que “[...] não se adotou no Brasil o *stare decisis* como ele é conhecido nos Estados Unidos da América ou no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, mas se construiu um sistema brasileiro de precedentes (*rectius*, de padrões decisórios)” (CÂMARA, 2018, p. 349, grifo no original). O tema do sistema brasileiro de precedentes será abordado em capítulo próprio.

⁵⁰ Nesse sentido, as palavras de Alec Stone Sweet (2000, p. 146, tradução nossa): “É comum no direito comparado observar, primeiro, a ausência formal da doutrina do *stare decisis* nos sistemas jurídicos continentais e depois afirmar que essa ausência constitui uma diferença crucial entre os sistemas legais. No entanto, a melhor pesquisa sistemática mostrou, em Summers e Taruffo (1991, 487), ‘que não existem grandes diferenças no uso (de precedentes) entre o chamado direito comum e os sistemas civis. Os tribunais, e especialmente os tribunais superiores, invocam constantemente a autoridade de decisões anteriores. Na Espanha, os estudiosos agora debatem abertamente se o princípio do *stare decisis* já surgiu ou não (Diez Picazo 1994b). Na Alemanha, os advogados podem ser multados por não invocar precedentes relevantes em suas alegações. A noção de que decisões judiciais não poderiam criar precedentes vinculativos inerentes às doutrinas tradicionais de separação de poderes, pois admitir o contrário exigiria o reconhecimento de que os juízes participavam da função legislativa. Hoje, com a soberania legislativa em plena retirada, os juízes exploram mais abertamente os recursos legitimadores que a afirmação de precedentes fornece. Na Europa contemporânea, praticamente todo o direito constitucional que importa é jurisprudência”. No original: “It is commonplace in comparative law to note, first, the formal absence of the doctrine of *stare decisis* in Continental legal systems and then to assert that this absence constitutes a crucial difference between legal systems. However, the best systematic research has shown, in Summers and Taruffo’s summation (1991 487), ‘that there are no great differences in the use (of precedent) between the so-called common law and civil law systems. Courts, and especially higher courts, constantly invoke the authority of prior decisions. In Spain, scholars now openly debate whether or not the principle of *stare decisis* has in fact already emerged (Diez Picazo 1994b). In Germany, lawyers can be fined for failing to invoke relevant precedents in their pleadings. The notion that judicial decisions could not create binding precedent inhered in traditional separation of powers doctrines, since to admit otherwise would have required recognizing that judges participated the legislative function. Today, with legislative sovereignty in full retreat judges more openly exploit the legitimizing resources that asserting precedent provides. In contemporary Europe, virtually all of the constitutional law that matters is case law”.

constitucional levou ao enfraquecimento dessas diferenças porque, nesse, tanto a autoridade do juiz (no *judge-made law systems*), quanto do legislador (*statutory made legal system*), estão *vinculadas à constituição*, à teoria dos direitos fundamentais fundada em princípios e à teoria da argumentação (ZANETI JR., 2017, p. 111). Há uma quebra da moldura paradigmática entre *civil law* e *common law*, aproximando as tradições jurídicas ocidentais ao submeter, em cada caso, tanto a legislação quanto a jurisdição à Constituição⁵¹. O papel do juiz que realiza o controle de constitucionalidade passa a ter decisivo papel nesse pós-positivismo do estado constitucional⁵².

Importante ressaltar que não se pode querer voltar a um momento de concepções morais de direito e de justiça, conquistadas do estado liberal (e, assim, dos contratualistas) que devem ser mantidas. A constitucionalização de *valores* trazida pelo *neoconstitucionalismo* não significa à volta a um *jusnaturalismo alargado*, que levaria a uma degeneração do sistema. As normas constitucionais devem ser entendidas como “[...] pautas objetivas de condutas, direitos e deveres constitucionais, por que deontológicas, definidas pelo direito”⁵³ (ZANETI JR., 2017). O pós-positivismo seria “[...] o retorno da preocupação moral, caracterizado pelos signos do pluralismo (político e jurídico), pela nova hermenêutica e pela diluição das oposições filosóficas, teóricas e práticas mais radicais” (ZANETI JR., 2014, p. 228)⁵⁴.

⁵¹ Assim, as cortes constitucionais ditam enunciados escritos que o legislativo acaba por ratificar; bem como a política constitucional cria lacunas na legislação e os juízes ordinários têm presente o dever de interpretar a lei em conformidade com a Constituição. Está em curso uma transformação na forma de entendimento das funções do Judiciário e do Legislativo, não mais vinculada a estrita separação de poderes (SWEET, 2000, p. 131-132).

⁵² “Nesta evolução, o sistema jurídico resta percebido, felizmente, como inacabado e inacabável, donde se infere que todo intérprete precisa assumir a condição de permanente vivificador do sistema e de superador das suas antinomias axiológicas. Com efeito, verifica-se, no plano concreto, a continuidade de contradições valorativas, ao menos de modo transitório, até dirimente ato legislativo e, sobretudo, solução judicial integrativa, que solva determinada situação antinômica, pacificando o sistema, sem dele afastar a hipótese de reinstauração, noutras circunstâncias, da aporia topicamente superada” (FREITAS, 2010, p. 48).

⁵³ Sobre deontologia, na sua acepção jurídica: “Neste sentido a deontologia possui um viés moral. Os deveres morais frequentemente denominam-se deontológicos. Há uma deontologia moral, sem dúvida, assim como há uma deontologia jurídica em sentido estrito. O que mais nos interessa é a deontologia jurídica, onde estão contidos os deveres jurídicos de qualquer tipo. Atente-se que mesmo nos Códigos de Ética Profissional, a parte dispositiva sobre os deveres é jurídica, pois os atos de coerção previstos não são unicamente aprovados pela consciência, mas são atos coercitivos socialmente organizados que têm efeitos no próprio grupo profissional, levando inclusive a interdição da profissão (!) e com efeitos na ordem jurídica estabelecida” (MOLINARO; RAMMÊ, 2015, p. 81).

⁵⁴ Tem assim, no caso da *civil law*, um pós-positivismo fundado nos novos sistemas constitucionais e sua hegemonia axiológica dos princípios. Retoma-se a ideia de moral e a preocupação em defesa

O pós-positivismo é compatível com a separação entre direito e moral. O direito é uma construção artificial e os valores constitucionais permitem, através da necessária hermenêutica jurídica, a reconstrução do ordenamento jurídico em face do caso concreto – obrigação de todos os operadores do ordenamento. Os valores postos na Carta Constitucional atuam também como uma obrigação aos operadores e submetem à lei (ZANETI JR., 2017, p. 132-133). Essa reconstrução se dá não mais de declaração da vontade da lei, mas em uma dinâmica criativa do direito, o que acaba também aproximando as tradições jurídicas (CRAMER, 2016, p. 32).

Vê-se, assim, que estando a lei também subordinada à Constituição, dois dogmas do positivismo legalista merecem reavaliação: o dever de o juiz aplicar estritamente a lei (sem margem de interpretação como pensado no estado liberal) e a valoratividade da ciência jurídica. Se o juiz avalia a constitucionalidade da lei – e o faz, ainda mais em um sistema de controle de constitucionalidade híbrido como o brasileiro – não se pode falar em irrestrita aplicação da lei, uma vez que o juiz só está vinculado àquela lei válida em face da Constituição, e jamais a uma lei inconstitucional. E, trazendo a Constituição valores deônticos, os mesmos podem (e devem) ser considerados quando da análise da validade da lei em seu ponto de vista material, isto é, determinada interpretação da lei pode levar a entendimento inconstitucional⁵⁵. Realiza, o aplicador, uma crítica interna ao conteúdo de determinada lei, o que jamais seria admitido por Kelsen na teoria pura do direito (ZANETI JR., 2017, p. 138-139).

A teoria dos precedentes vinculantes, nesse amplo aspecto de possibilidades, serve para trazer igualdade nas decisões judiciais, segurança jurídica e previsibilidade do direito, mostrando-se essencial sua adoção nos países da *civil law*, uma vez que no modelo neoconstitucionalista a norma jurídica é criada pela interpretação judicial frente ao caso concreto. Uma vez que o Poder Judiciário pode através da interpretação *densificar* a norma fundamental e criar o direito, esse novo

e garantia das minorias (da pluralidade) – não mais como no jusnaturalismo de maneira axiológica, mas sim através de juízo deônticos, fundado na constituição (ZANETI JR., 2017, p. 110).

⁵⁵ “Especialmente com a queda do império da razão típica do século XIX e de parte do século XX – a razão monológica ou instrumental – e com o advento dos paradigmas da complexidade, mais e mais convém que o direito seja visto como um sistema geneticamente aberto e, pois, como potencialmente contraditório, normativa e axiologicamente. Neste contexto, sem prejuízo do dever racional de efetuar uma ordenação sistemática mediante sinapses 'desde dentro', tal complexidade, para além das diferentes abordagens filosóficas, revela-se um dos pontos centrais a serem considerados na formulação do conceito de sistema jurídico” (FREITAS, 2010, p. 50-51).

direito deve ser inserido no ordenamento jurídico em atenção à unidade do direito e segurança jurídica⁵⁶. O caso idêntico que necessita de igual resposta deve receber essa igual resposta do Poder Judiciário, sob pena de quebra de isonomia. Obviamente, que essa interpretação deve ser reiterada (ser jurisprudência) e realizada por órgão de vértice – ou, como será visto adiante no próximo capítulo, pelos órgãos indicados pelo Código de Processo Civil para tanto.

Assim, o julgamento do caso resolve o conflito particular e mais, ao realizar a norma jurídica no caso concreto, extrapola os limites da lide para criar norma tendente à generalização, quando a mesma tese for levada ao judiciário. Nesse sentido, Fábio Victor Monnerat:

Assim, não obstante já citada previsível e natural ambiguidade de parte do sistema normativo, o sistema processual e judiciário, como responsável pela resposta jurisdicional, deve preocupar-se, quando do exercício dessa atividade, em promover exatamente tal uniformidade, integridade e coerência que o ordenamento jurídico precisa e exige, além disso, por força do direito positivo brasileiro, formalizar essas posições uniformes, especialmente as súmulas e precedentes qualificados. (MONNERAT, 2019, p. 34).

Nesses termos, a teoria do precedente vinculante aplicado ao *civil law* vai buscar dar unidade ao direito. É uma resposta a um desafio de segurança jurídica dado à abertura das possibilidades do texto (do sistema, na verdade), levando em conta a sua interpretação. A norma é produto da interpretação de elementos do texto e elementos do ordenamento, de maneira sistêmica. Não mais se considera que o magistrado apenas declara uma norma preexistente ou apenas extrai do texto seu significado. Claro, considerando sempre o texto como ponto de partida, não sendo a interpretação algo aberto sem limites, como indica Frederick Schauer:

Mas mesmo quando o que uma regra diz não é a última palavra, é quase sempre a primeira palavra, e entender o que são regras e como elas funcionam implica entender que a regra, como escrita, é importante em si mesma, em vez de ser apenas uma janela transparente para a justificativa de segundo plano da regra.⁵⁷ (SCHAUER, 2009, p. 18, tradução nossa).

⁵⁶ Nesse sentido, Fábio Victor Monnerat (2019, p. 24): “Portanto, é forçosa a conclusão no sentido de que o exercício da função jurisdicional inevitavelmente contribui para criação do direito, por torná-lo mais claro, preciso e concreto”.

⁵⁷ No original: “*But even when what a rule says is not the last word, it is almost always the first word, and understanding what rules are and how they work entails understanding that the rule, as written,*

O legislador deve buscar reduzir ao máximo a vagueza do texto, mas a clareza da linguagem não elimina a discricionariedade do intérprete⁵⁸. Em alguns textos a vagueza é intencional, com o legislador usando conceitos jurídicos indeterminados e princípios jurídicos. O pós-positivismo exige do Poder Judiciário que defina e detalhe o alcance dos dispositivos normativos, mais bem entendido do próprio direito, produzindo *normas jurídicas*. É uma atividade complementar à função legislativa, não se confundido com essa. A atividade legislativa que produz a norma jurídica é uma atividade política. A atividade do Judiciário não expressa sua vontade política, mas sim atua sobre as interpretações possíveis da norma jurídica produzida pelo Legislativo⁵⁹ (MONNERAT, 2019, p. 22-23).

2.4 A TEORIA ANGLO-AMERICANA DE PRECEDENTES VINCULANTES E INSTITUTOS PERTINENTES À SUA TRANSPOSIÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os institutos que envolvem uma teoria de precedentes naturalmente se tornaram um dos temas abordados pela doutrina nacional, uma vez que o instituto passou a ganhar maior relevância no ordenamento brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 2015. Como se viu, a teoria dos precedentes se desenvolveu ao longo dos séculos na *common law*. Os precedentes foram, em um primeiro momento, adotados com caráter ilustrativo; posteriormente, persuasivo; e, por fim, com força vinculante. Força essa que vale tanto para a corte prolatora quanto para

is important in itself, rather than being merely a transparent window into the rule's background justification".

⁵⁸ Como traz Frederick Schauer (2009, p. 29), ao discorrer sobre a vagueza das normas jurídicas, gerando inevitável tensão entre o texto e a norma: "*It is precisely in the inevitable generality of rules, therefore, that we are forced to confront the tension between what a rule says and what it might best be interpreted to do, a tension that pervades the use of rules both in law and outside of it*". Tradução nossa: "É precisamente na inevitável generalidade das regras, portanto, que somos forçados a enfrentar a tensão entre o que uma regra diz e o que pode ser a melhor interpretação a se fazer, uma tensão que permeia o uso de regras na lei e fora dela".

⁵⁹ A necessidade de efetivação de direitos fundamentais, mesmo em caso de lacuna legislativa ou antonímia do sistema, traz uma nova concepção do fenômeno da jurisdição. Ainda nessa linha, o dogma de que os direitos precedem os remédios (*rights precede remedies*) igualmente deve ser superado. Nessa concepção, o direito já estaria posto, cabendo ao juiz aplicá-lo. No neoconstitucionalismo e no pós-positivismo a premissa não pode ser válida – sob pena de deixar direitos fundamentais sem garantia de eficácia por falta de legislação – no caso brasileiro o mandado de injunção seria exemplo desta possibilidade de abertura do ordenamento jurídico contemporâneo a *fontes normativas suplementares do direito legislado* (ZANETI JR., 2017, p. 174).

os juízes e tribunais que, em uma estrutura hierarquizada, se encontram submetidos ao entendimento do órgão superior – o que se constitui o instituto da *stare decisis*.

Assim, vital ao operador do direito brasileiro se familiarizar com institutos da teoria de precedentes vinculantes e suas hipóteses de afastamento, como *distinguishing* e *overruling*. Além disso, deve-se saber identificar os fatos jurídicos relevantes (*material facts*) e a *ratio decidendi* dos precedentes, diferenciando a mesma dos *obiter dicta*.

A teoria de precedentes, trazida do *common law* anglo-americano, decorre do fato de que, ao julgar um caso do presente, o juiz pode se deparar com decisão anterior que julgou a mesma questão (ou com várias decisões de maneira similar). Assim, pode se ver obrigado a considerar as decisões anteriores na prolação de sua sentença. Ou, ainda, pode ser obrigado a seguir o entendimento anterior e decidir do mesmo modo que a decisão predecessora, a não ser que possa de maneira fundamentada arguir um bom motivo para não a seguir. Por fim, pode ser obrigado a decidir de acordo com a decisão anterior mesmo tendo bons motivos para não o fazer. Nesse último caso, o precedente será vinculante, com efeito coercitivo, e não persuasivo, como nos dois primeiros exemplos (CROSS; HARRIS, 1993, p. 2). Isso porque “[...] o princípio central da tomada de decisão de acordo com o precedente é que os tribunais devem seguir decisões anteriores – que eles devem dar as mesmas respostas às questões legais que os tribunais superiores ou anteriores deram no passado”⁶⁰ (SCHAUER, 2009, p. 37).

Em suma, a ideia de precedente é que o juiz siga a decisão anterior, mesmo que com ela não concorde. Aliás, principalmente quando com ela não concorda. Frederick Schauer (2009) esclarece que *aprender* do passado é diferente de *seguir* o passado. Quando uma Corte decide porque aprendeu de um caso anterior ou foi persuadida, não está seguindo um precedente. Obedecer a um precedente é obedecê-lo *quando* se discorda dele. Nas palavras do autor:

Quando os tribunais são restringidos por precedentes, eles são obrigados a seguir um precedente não apenas quando consideram correto, mas mesmo quando consideram incorreto. É a fonte ou o status do precedente que lhe dá força, não a solidez de seu raciocínio nem a crença do tribunal

⁶⁰ No original: “[...] *the core principle of decision-making according to precedent is that courts should follow previous decisions – that they should give the same answers to legal questions that higher or earlier courts have given in the past*”.

instantâneo de que seu resultado estava correto.⁶¹ (SCHAUER, 2009, p. 41, tradução nossa).

Ao final, a regra do precedente depende do entendimento que os juízes e a Corte fazem a seu respeito. Daí vem sua força. Os membros do judiciário devem ter em conta sua participação na unidade e coerência do direito ao prolatar a decisão, e, nesse sentido, se faz necessária uma teoria de precedentes. A *House of Lords* no período de 1898 a 1966, por exemplo, considerou-se completamente vinculada a suas próprias decisões anteriores, de maneira rígida. Apenas em 1966 admitiu que, embora a regra seja a vinculação, poderia alterar o entendimento anterior caso entendido que essa alteração era o caminho correto. Contudo, destaca-se o caráter excepcional e raro de tais mudanças (CROSS; HARRIS, 1993, p. 5).

Certamente, cada ordenamento jurídico dá maior ou menor peso à necessidade de o juiz seguir suas decisões anteriores, sendo comum por esse ponto ser diferenciado o *common law* do *civil law*. Contudo, como visto anteriormente, deve-se refutar qualquer ideia de que no *civil law* não se presta respeito às decisões prévias (MACCORMICK; SUMMERS, 2016, p. 4). No mesmo sentido traz José Rogério Cruz e Tucci:

Constata-se realmente que, considerado o valor, *in abstracto*, dos precedentes judiciais, a influência destes é deveras similar em ambos os sistemas: de fato, enquanto naqueles países que seguem o modelo da *common law*, a força vinculante dos anteriores julgados tem-se tornado mais flexível, nos dos ordenamentos codificados é incontestável a difusa e constante tendência de os juízes aterem-se aos precedentes na fundamentação da *ratio decidendi*. (TUCCI, 2004, p. 26).

Então, qual a inovação? A sistematização de como se dá essa vinculação, o *sistema* de precedentes previsto no Código de Processo Civil de 2015. Daí a necessidade de se familiarizar com os institutos mencionados e compreender, afinal, como se aplicam no ordenamento nacional.

Na teoria anglo-americana, então, precedente é a decisão que fundamenta decisões posteriores em casos similares, como parte da lógica de aplicar soluções do passado no presente, além de projetar o futuro. As cortes judiciais têm o dever

⁶¹ No original: “When courts are constrained by precedent, they are obliged to follow a precedent not only when they think it correct, but even when they think it incorrect. It is the precedent’s source or status that gives it force, not the soundness of its reasoning nor the belief of the instant court that its outcome was correct”.

argumentativo de manter a coerência do direito, para trazer isonomia, previsibilidade e segurança jurídica ao sistema⁶² (MACCORMICK; SUMMERS, 2016, p. 4). Esses devem apresentar os principais objetivos que uma teoria de precedentes busca solucionar em um ordenamento jurídico (problemas que também serão verificados em um sistema de *civil law*), como: a quebra de unidade do direito pela aplicação de entendimentos diversos por uma mesma Corte para casos semelhantes; a violação ao princípio da igualdade para jurisdicionados que, em caso idêntico, obtêm pronunciamento jurisdicional diverso; e a falta de confiança no sistema capaz de possibilitar a programação do jurisdicionado em adotar determinada conduta, sabendo que sua tomada de decisão está albergada por entendimento consolidado de uma corte superior⁶³.

José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12) afirma que, como já mencionado, em cada sistema jurídico o precedente é dotado de diferente eficácia. Assim, reconhece-se, por exemplo, “[...] a característica peculiar da doutrina inglesa do precedente é sua natureza fortemente coercitiva”⁶⁴ (CROSS; HARRIS, 1993, p. 3). Isto é, destaca-se como particular na Inglaterra a força coercitiva que a decisão anterior gera sobre os juízes e cortes, decorrente da aplicação do *case-law*⁶⁵. Cumpre destacar, contudo, que o precedente também depende da Corte que proferiu a decisão (KEENAN, 1995, p. 136). Como, aliás, corroboram os ensinamentos de Elias Savellos:

⁶² “Realmente, ao assegurar certa estabilidade, a observância do precedente, em análogo caso posterior, contribui a um só tempo para a certeza jurídica e para a proteção da credibilidade na tomada de decisão judicial” (TUCCI, 2004, p. 16).

⁶³ O precedente busca trazer segurança jurídica e previsibilidade na interpretação do direito. Nesse sentido: “Nos tempos mais modernos, a atenção ao precedente é essencial porque, sem ela, nenhum advogado poderia aconselhar com segurança seu cliente e todas as brigas levariam a um processo judicial” (KEENAN, 1995, p. 133, tradução nossa). No original: “*In more moderns times attention to precedent is essential because without it no lawyer could safely advise his client and every quarrel would lead to a law suit*”.

⁶⁴ No original: “[...] *the peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercive nature*”.

⁶⁵ Nesse sentido, Denis Keenan (1995, p. 133, tradução nossa) aponta que a aplicação obrigatória na Inglaterra é de origem costumeira: “O *case law* é construído a partir de precedentes, e um precedente é uma decisão anterior de um tribunal que pode, em certas circunstâncias, vincular outro tribunal a decidir um caso semelhante. Essa prática de seguir decisões anteriores é derivada do costume, mas é uma prática geralmente observada”. No original: “*Case law is built up out of precedents, and a precedent is a previous decision of a court which may, in certain circumstances, be binding on another court on deciding a similar case. This practice of following previous decisions is derived from custom, but it is a practice which is generally observed*”.

Dentro do sistema de justiça anglo-americano, um importante guia para decisões judiciais é a doutrina do precedente. De acordo com essa doutrina, os tribunais atuais devem seguir as decisões dos tribunais em casos semelhantes anteriores. Mais especificamente, as decisões dos tribunais superiores em uma determinada jurisdição estabelecem um padrão com autoridade legal para decisões em casos futuros com fatos e questões legais relevantes semelhantes em tribunais de nível igual ou inferior dentro dessa jurisdição.⁶⁶ (SAVELLOS, 2001, p. 69, tradução nossa).

Quanto aos Estados Unidos, Toni M. Fine (2000, p. 90) aponta que a teoria de precedentes (e a doutrina do *stare decisis*) é firmemente estabelecida⁶⁷. No sistema norte-americano, uma vez estabelecida uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira harmoniosa com o caso anterior. Reflete o autor que, ao passo que isso limita o poder

⁶⁶ No original: “*Within the Anglo-American system of justice, one major guide for judicial decisions is the doctrine of precedent. According to this doctrine, present courts are bound to follow the decisions of courts in prior similar cases. More specifically, the decisions of higher courts in a given jurisdiction set a legally authoritative standard for decisions in future cases with relevantly similar facts and legal issues in courts at an equal or inferior level within that jurisdiction*”.

⁶⁷ Quanto ao sistema judicial federal dos Estados Unidos, o mesmo é dividido em três níveis hierárquicos: a US District Courts, as US Courts of Appeal e a US Supreme Court. Os juízes de primeiro grau (US District Courts) devem seguir os precedentes da corte de apelação, e estas devem seguir os precedentes da Suprema Corte. A vinculação vertical (isto é, dos juízes inferiores às decisões das cortes superiores) se dá mais fortemente nos Estados Unidos. Já quanto à vinculação horizontal, há uma maior liberdade para as Cortes Superiores analisar seus julgamentos de maneira independente, sendo uma escolha política pela Suprema Corte seguir seus próprios precedentes. Na teoria somente a suprema corte por derogar seus próprios precedentes (FINE, 2000, p. 91). Há, ainda, o sistema judicial estadual, em que as decisões de uma corte de segunda instância estadual, sobre lei estadual, proferidas por votos da maioria da corte constituem precedentes vinculantes, mas não constituem precedentes vinculantes para os juízes de outros estados. Nem tampouco as jurisdições estaduais estão obrigadas a respeitar precedentes da justiça federal (salvo da suprema corte) e vice-versa. Nesse sentido: “Ao contrário de uma suposição frequentemente encontrada em certos países europeus, os Estados Unidos não consistem em apenas duas jurisdições, uma federal e um estado, com a jurisdição estadual consistindo em uma amálgama de todo o direito comum criado pelos tribunais de todos os países. 50 estados. Em vez disso, os Estados Unidos consistem em 51 jurisdições: uma jurisdição federal, a ser explicada posteriormente, e 50 jurisdições estaduais, cada uma distinta e separada uma das outras 49, bem como distinta e separada da jurisdição federal. Todas as jurisdições estaduais possuem sistemas judiciais que, até agora, criaram o que é um corpo de direito comum mais ou menos autossuficiente. Assim, na maioria dos casos, quando uma questão de direito comum surge dentro de um determinado estado, geralmente pode ser resolvida invocando precedentes criados pelo mais alto tribunal desse estado ou por um dos tribunais intermediários nesse estado” (SUMMERS, 2016, p. 355, tradução nossa). No original: “*Contrary to an assumption frequently encountered in certain European countries, the United States does not consist of only two jurisdictions, one federal and one state, with the state jurisdiction consisting of an amalgamation of all the state-made common law created by the courts of all 50 states. Rather, the United States consists of 51 jurisdictions: one federal jurisdiction, to be explained later, and 50 state jurisdictions, each distinct and separate from each of the other 49 as well as distinct and separate from the federal jurisdiction. All of the state jurisdictions have court systems that, by now, have created what is a more or less self-sufficient body of common law. Thus, in most cases when an issue of common law arises within a given state, it can ordinarily be resolved primarily by invoking precedent created by the highest court of that state or by one of the intermediate appellate courts in that state*”.

discricionário dos juízes, também concede a eles um maior controle sobre a interpretação e aplicação da lei, uma vez que, confiando que os juízes posteriores vão observar o direito e os princípios aplicados, *a regra de ouro* a que se refere Michael J. Gerhardt (2008), o Poder Judiciário tem enorme poder de influir no futuro.

Em suma, decisões prévias de cortes superiores de mesma jurisdição⁶⁸ estabelecem um padrão dotado de autoridade para casos futuros com fatos similares. Importante observar que a aplicação dos precedentes se dá por analogia, já que o caso presente nunca será exatamente igual ao precedente. Por isso, é necessário analisar semelhanças e diferenças entre as situações trazidas a juízo. Os juízes, então, seguem os precedentes (*follow precedent*), quando determinam que o caso prévio é suficientemente similar ao atual; e distinguem (*distinguish*), quando as diferenças são tais que o tratamento deve ser diferente (SAVELLOS, 2001, p. 69).

Pode-se dizer, além disso, que a importância do precedente reside em seus valores instrumentais, internos e externos, para a Corte.

O valor interno é a promoção de julgamentos não arbitrários⁶⁹. Romper com um precedente demanda certa criatividade judicial e trabalho, de tal forma que é mais fácil seguir o caminho já traçado do que abrir novo caminho. Assim, buscam os juízes refúgio em um precedente, sentindo-se relutantemente vinculados a ele (O'BRIEN, 2018, p. 27).

O valor externo, por sua vez, dá certeza, estabilidade e previsibilidade na lei, bem como trazer legitimidade para os comandos judiciais. A Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *Ex Parte Bollman* (1807), enfatizou que o *stare decisis* (*let the prior decision stand*) era uma crítica para assegurar que as regras legais não são incertas e flutuantes, e que o entendimento não muda a cada

⁶⁸ Nos Estados Unidos pode-se ter precedentes estaduais e federais: “Assim sendo, pode-se entender prontamente como lei federal, tal como interpretada num caso decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos constitui precedente em questão decidida e questões muito proximamente análogas. Quando a Suprema Corte decide uma questão referente à interpretação da Constituição, a lei promulgada de acordo com a Constituição ou tratado, tal interpretação torna-se ‘lei’ porque é uma decisão do que a lei federal significa e tal decisão é precedente vinculante. O mesmo conceito é verdadeiro nos sistemas estaduais quando a Corte estadual de última instância decide uma questão sobre lei estadual” (COLE, 1998, p. 73).

⁶⁹ Quanto a promover julgamentos não arbitrários, os valores internos são ligados ao instituto da *stare decisis*: “Para evitar discricionariedade arbitrária nos tribunais, é indispensável que eles sejam limitados por regras e precedentes estritos, que servem para definir e apontar seu dever em cada caso particular que lhes for apresentado” (O'BRIEN, 2018, p. 27, tradução nossa). No original: “*To avoid arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that they should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them*”.

tempo e circunstância (ou, acrescenta-se, interesse). A aderência ao precedente traz a confiança dos litigantes na administração imparcial da justiça, pois as decisões são fundamentadas na lei e não nas tendências individuais dos julgadores (O'BRIEN, 2018, p. 28). Ao menos em teoria.

Disso não resulta que o precedente é estático através do tempo. Isso porque, depois de firmado, passa a ser objeto de interpretação quando aplicado, como ocorre com o texto legal. A interpretação pode ser positiva ou negativa. É positiva quando a Corte reafirma o precedente no caso em julgamento. E é negativa quando se restringe à abrangência do precedente, delimitando que esse não se aplica à determinada conduta, por exemplo, ou quando se passa a questionar sua validade. Nesse caso, pode ocorrer a superação (HANSFORD; SPRIGGS, 2008, p. 2).

Nesse contexto, de uma decisão da Corte decorrem dois “produtos”: primeiro, resolve-se o caso concreto, dando solução jurídica à disputa legal entre as partes e decidindo qual dessas está com o direito albergado; segundo, a solução do caso presente contém a tese jurídica universalizável, a *ratio decidendi*⁷⁰. A resposta dada à questão jurídica em análise e os fundamentos da decisão tomada constituem o princípio de direito contido na decisão. Sem dúvida, a tese atinge imediatamente o caso concreto. Mas, para além disso, as razões de decidir *podem* ter efeitos que extrapolam o litígio, uma vez que os fundamentos dão elementos para previsibilidade da resolução de casos futuros e são um sinal para sanções em caso de violação de *compliance*. Nas palavras de Thomas G. Hansford e James F. Spriggs (2008, p. 3, tradução nossa): “Simplificando, as opiniões do Tribunal criam precedentes relevantes para disputas futuras e, assim, moldam o comportamento dos atores que pensam no futuro”⁷¹.

Portanto, a Corte realiza um ato de produção política ao decidir. Isso porque, além de impactar diretamente os litigantes, com a realização da atividade jurisdicional, pode apresentar tese jurídica que *cria* o direito a ser aplicado a casos similares. Passa, assim, a moldar a conduta de todos os jurisdicionados.

É importante ressaltar que juízes e cortes inferiores estão *obrigados* a seguir a decisão antecedente exarada por Corte hierarquicamente superior quando se

⁷⁰ Como traz José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 157): “Com a maturação necessária, a regra do precedente é aperfeiçoada, entendendo-se que não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim a *ratio decidendi*, isto é, o princípio de direito contido na sentença”.

⁷¹ No original: “Put simply, Court opinions create precedents that are relevant for future disputes and thus shape behavior of forward-thinking actors”.

deparam com caso similar. De mesmo modo, a própria Corte está vinculada a observar suas razões de decidir prévias, em casos similares⁷². Dito de outra forma, “[...] todo tribunal é obrigado a seguir qualquer caso decidido por um tribunal acima dele na hierarquia, e os tribunais de apelação (que não sejam a Câmara dos Lordes) estão vinculados por suas decisões anteriores” (CROSS; HARRIS, 1993, p. 39)⁷³.

Por conseguinte, as cortes já devem imaginar, quando do julgamento de um caso *presente*, que podem estar criando precedente a vincular o futuro, caso tragam inovação ao direito. Aliás, não é admitido ao julgador impor objeção de que sua decisão constitua precedente. Nesse sentido, Rupert Cross e J. W. Harris (1993, p. 42, tradução nossa): “Uma coisa que um juiz não pode fazer é impedir que sua decisão sobre um ponto da lei constitua um precedente”⁷⁴. Ao decidir, assim, deve-se ter em mente que as razões adotadas poderão ser consideradas para julgamento de casos semelhantes. Aliás, tal consideração pode levar a ser melhor chegar a um resultado *errado* em um caso particular. Nesse sentido, Frederick Schauer (2009, p. 25, tradução nossa), citando Coke, esclarece: “[...] para Coke, era melhor alcançar o resultado errado na controvérsia em particular do que adotar uma regra que produzisse o que pareceria o resultado correto para este caso, mas com o custo de produzir o resultado errado em muitos outros”⁷⁵. Isso porque a decisão a ser adotada deve ser considerada universalizável, para garantir isonomia.

Nesse ponto é importante lembrar que, mesmo na *common law*, há defensores da gradação da força dos precedentes, ou mesmo o abandono da prática de sua adoção⁷⁶. Michael J. Gerhardt (2008, p. 79), classifica as teorias

⁷² José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 170) ensina que a força vinculante está vinculada à hierarquização dos tribunais, gerando uma eficácia interna (à corte) e externa (aos órgãos a ela vinculados), como se vê: “Além da força obrigatória do precedente (*binding precedent*), que é conotação essencial de toda a teoria do *stare decisis*, vem ela também caracterizada por uma hierarquia funcional muito bem articulada. [...] O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica da *common law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia interna), nem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa). Não se delinea possível, à evidência, a aplicação dessa regra em sentido contrário”.

⁷³ No original: “[...] every court is bound to follow any case decided by a court above it in hierarchy, and appellate courts (other than the House of Lords) are bound by their previous decisions.”

⁷⁴ No original: “One thing which a judge cannot do is to prevent his decision on a point of law from constituting a precedent”.

⁷⁵ No original: “[...] for Coke it was better to reach the wrong result in the particular controversy than to adopt a rule that would produce what would seem to be the correct result for this case but at the cost of producing the wrong result in many others”.

⁷⁶ Exemplificativamente, David O’Brien apresenta crítica a essa teoria de precedentes. Alerta que os precedentes não são fixos e regras mecânicas a serem seguidas. Sequer são dotados

sobre precedentes no direito anglo-americano em: *fracas*, daqueles que defendem que o precedente não tem ou não deveria ter relevância; *fortes*, dos que defendem que os precedentes têm força legal especial. Já o autor propõe uma visão moderada dos precedentes: por conta da *regra de ouro*, anteriormente mencionada, sustenta que os precedentes têm mais força do que comumente reconhecido. A *regra de ouro* a que se refere o autor é a compreensão, pelos julgadores (e outras autoridades), de que se não derem o devido valor aos precedentes, suas próprias decisões poderão ser desdenhadas no futuro. O autor, no entanto, adverte:

[...] enquanto os juízes expressam respeito pelo precedente em abstrato, o processo real de decidir casos tem influência suficiente nas articulações para dificultar, se não impossibilitar, prever quais precedentes específicos os juízes concordarão em enfraquecer, se não forem anulados.⁷⁷ (GERHARDT, 2008, p. 3, tradução nossa).

Ainda quanto ao conceito do instituto do precedente no direito anglo-americano, é importante destacar que o *Black's Law Dictionary* traz duas definições. Precedente é tanto a criação do direito pelas cortes através do reconhecimento e aplicação de novas regras no exercício da jurisdição, quanto o próprio caso decidido que servirá de base para os futuros casos envolvendo fatos e questões similares⁷⁸. Michael J. Gerhardt, é importante observar, amplia a definição para incluir autoridades não judiciais, definindo precedente como “[...] qualquer opinião, decisão

fundamentalmente de força vinculante, que seria uma ficção. É o juiz que deve decidir qual precedente é autoritário ou não, uma vez que o precedente tem uma textura aberta, tendo grau de indefinição e não exaustividade das previsões, bem como não consegue antever a futura aplicação dos conceitos legais. Segue reafirmando que o *stare decisis* é uma escolha política, uma vez que na maioria das matérias é mais importante a decisão ser prolatada que ser corretamente prolatada e que os membros da corte não são infalíveis e quando convencidos de que a decisão anterior não era originalmente baseada ou as circunstâncias se alteraram devem assim pronunciar. Cita *Chief Justice* William H. Rehnquist (1972-2005) que, em correspondência privada, referiu que falar em *stare decisis* em um Estado Constitucional é *uma vergonha*. Igual entendimento é compartilhado pelo Justice Douglas, que defende que a Constituição exige maior fidelidade e prioridade do que o precedente. É o chamado movimento originalista, que defende que se deve buscar o entendimento público original em questões constitucionais, descartando o *stare decisis* (O'BRIEN, 2018, p. 29).

⁷⁷ No original: “[...] while justices express respect for precedent in the abstract, the actual process of deciding cases has enough play in the joints to make it difficult, if not impossible, to predict which particular precedents the justices will agree to weaken, if not overruled”.

⁷⁸ Como trazido em Bryan Garner (1999, p. 1195, tradução nossa): “Precedente: 1. A criação de uma lei por um tribunal no reconhecimento e na aplicação de novas regras ao administrar a justiça. 2. Um caso decidido que fornece uma base para determinar casos posteriores envolvendo fatos ou questões semelhantes”. No original: “*Precedent: 1. The making of law by a court in recognizing and applying new rules while administering justice. 2. A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues*”.

ou evento constitucional anterior, que a Suprema Corte ou autoridades não judiciais investe com autoridade normativa⁷⁹ (GERHARDT, 2008, p. 3, tradução nossa).

De forma geral, portanto, o conceito de precedentes tem dois sentidos: de forma própria é a decisão como um todo (relatório dos fatos e argumentos, fundamentação da decisão e dispositivo, por exemplo), que será o texto, fonte do direito, constituindo a referência a ser analisada pelas decisões posteriores. De forma imprópria, é tão somente a *ratio decidendi*, a norma extraída da interpretação da decisão referencial⁸⁰ (PEIXOTO, 2019, p. 147-148).

Benjamin Nathan Cardozo, advogado, jurista e juiz da Suprema Corte Norte-Americana na década de 30, entende que quando o direito (lei, precedente ou costume) apresenta lacuna ou não apresenta regra preexistente⁸¹, o comportamento esperado pelos jurisdicionados seria que um árbitro imparcial declarasse o justo e razoável de acordo com os costumes. Essa declaração é o precedente (CARDOZO, 1946, p. 142).

O precedente ocorre, portanto, quando há inovação no mundo jurídico (caso de um *leading case*) e as decisões seguintes adotam este entendimento. Edward D. Re (1994, p. 48) leciona que a aplicação do precedente se dá com a identificação de um princípio jurídico (tese jurídica) no caso anterior (que precede o atual, portanto, precedente). A partir da identificação da tese adapta-se o princípio então adotado ao caso similar atual. Caso haja aplicação do precedente, o juiz estará reforçando a força da decisão prévia; se houve a expansão ou restrição na aplicação, o juiz estará contribuindo para o desenvolvimento do direito.

Esse entendimento se assemelha ao trazido por Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 328-332), para quem os precedentes judiciais são o resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias

⁷⁹ No original: “*I define precedent as any past constitutional opinions, decisions, or events which the Supreme Court or nonjudicial authorities invest with normative authority*”.

⁸⁰ De se destacar ainda, que, quanto à uma classificação, no direito inglês os precedentes podem ser classificados como declaratórios, que apenas aplicam uma regra de direito já existente, evidenciando-o; e como originais, que são aqueles que criam e aplicam novas regras, desenvolvendo o direito (KEENAN, 1995, p. 141).

⁸¹ Traz o autor que o ideal seria haver um direito capaz de regular todas as situações, mas a complexidade da vida em sociedade não permite ao legislador prever todas as possibilidades que podem merecer solução pelo Poder Judiciário. Reconhece que tal problema é verificado tanto em países que se utilizam de legislações codificadas quanto em países que entregam aos juizes o desenvolvimento do direito. A saída, já apontava, é inserir princípios jurídicos no ordenamento que vão acabar por se desenvolver independentemente da vontade do legislador (CARDOZO, 1946, p. 144).

fático-jurídicas. Isso porque é da análise do caso-precedente que se extrai a *ratio decidendi* ou *holding*, isto é, a solução jurídica explicitada pelo intérprete através da argumentação. Além disso, não se trata de uma tendência uniforme do entendimento do Tribunal (jurisprudência), mas sim, da decisão em face de um caso concreto.

Dessa forma, uma vez que é da análise de uma decisão do passado que se identifica a razão de decidir a ser aplicada no caso presente, a aplicação de precedentes é dita como uma atividade retrospectiva⁸². Isso porque os aplicadores do direito, ao revisitar o histórico dos julgamentos da Corte, identificam em uma determinada decisão se houve acréscimo (ou superação) de tese jurídica anterior – e se esse entendimento passou a ser seguido desde então. Nesse caso, a decisão passa a regular o presente e o futuro⁸³. Isso dito, sempre quando a Corte decide um caso controverso está diante da possibilidade de formar um precedente, devendo sua decisão ser fundamentada com a ciência que poderá estar ali regulando o futuro:

O seguimento de precedentes é obviamente uma atividade retrospectiva: quando decidimos com base em precedentes, tratamos como significativo o fato de que essencialmente a mesma decisão já foi tomada antes. Talvez menos óbvio seja o fato de que criar precedentes, e até mesmo segui-los, pode ser uma atividade prospectiva. Os tomadores de decisão de hoje são pioneiros no amanhã.⁸⁴ (DUXBURY, 2008, p. 04, tradução nossa).

Como será visto a seguir, essa é uma diferença importante em relação à teoria de precedentes a ser aplicada no Brasil. Aqui, a lei estabelece quais são as decisões a serem vinculantes de maneira antecedente. Ao prolatar uma decisão em controle concentrado de constitucionalidade ou em incidente de resolução de

⁸² Na ideia de que o precedente só se formará posteriormente: “Mesmo que a *ratio decidendi* de um caso anterior seja apenas uma autoridade persuasiva, ela deve ser seguida nos casos posteriores, a menos que o juiz tenha boas razões para desaprová-la” (CROSS, HARRIS, 1993, p. 41, tradução nossa). No original: “*Even the ratio decidendi of a previous case is merely persuasive authority, it must be followed in later cases unless the judge has good reason to disapprove of it*”.

⁸³ É por isso que José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 25) adverte: “O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros”.

⁸⁴ No original: “*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*”.

demandas repetitivas, por exemplo, já se sabe que essa tem efeito vinculante aos casos semelhantes futuros.

Como se vê, o tema do precedente no direito anglo-americano é objeto de longo estudo. A adoção de uma teoria de precedentes no direito brasileiro necessita para sua correta aplicação da imperiosa identificação de seus institutos e elementos integrantes. Esses conceitos serão vitais para o entendimento do estudo da aplicação no direito brasileiro. Deve-se saber por que o precedente é vinculante (*stare decisis*), o que vai ser vinculante para os demais casos (*ratio decidendi* ou *holding*) e o que ali se encontra para decidir o caso concreto ou apenas como argumento secundário que exprime algum argumento acessório à decisão (*obiter dicta*), mas que ainda pode influenciá-la⁸⁵. Ainda, deve-se saber em quais possibilidades o precedente não vai ser aplicado, e por quem pode ser, na teoria, superado.

O precedente vai ser vinculante em um sistema que seja dotado do instituto da *stare decisis*⁸⁶. *Stare decisis* é destinado principalmente ao tribunal que se sente obrigado a respeitar sua própria decisão precedente, portanto, tem sentido horizontal. Não se confunde igualmente com o *common law*, uma vez que, como visto anteriormente, uma técnica desenvolvida após séculos do desenvolvimento do direito inglês⁸⁷ (ZANETI JR., 2017, p. 339).

⁸⁵ Existem dois métodos principais para distinção da *ratio decidendi* nos julgamentos vinculantes, questão de suma importância para aplicação do precedente, distinção (*distinguish*) do precedente em relação aos futuros casos e superação (*overruling*) dos precedentes, como nos traz o direito comparado inglês: a) o teste de Wambaugh: “Esse teste consiste em separar aquilo que se considerou como principal proposição jurídica do precedente (suposta *ratio decidendi*), e inserir uma palavra que inverta o seu significado. Se, mesmo com essa inversão, o resultado do julgamento permanecer o mesmo, a proposição isolada não constituía proposição principal, devendo ser descartada como *ratio*. Entretanto, se tal inversão operar também a modificação do resultado do julgamento, então teremos a razão principal, sem a qual o caso seria decidido em outro sentido” (MARINONI, 2010, p. 107) e b) Método do Dr. Goodhart: “[...] implica em isolar no julgado precedente os fatos considerados pelo juiz prolator como materialmente relevantes e o que foi decidido em relação a eles. Não há relevância, portanto, em se identificar as opiniões do juiz, a regra de direito aplicada ao caso ou as considerações feitas sobre os demais casos: a *ratio decidendi* é definida pela forma como o julgador tratou os fatos materialmente relevantes” (MARINONI, 2010, p. 107).

⁸⁶ Nesse sentido, o entendimento seria que, estando a própria corte obrigada a respeitar seus precedentes, há um constrangimento dos órgãos julgadores inferiores a seguir a decisão de corte hierarquicamente superior: “O *stare decisis* tem relação justamente com a obrigatoriedade dos precedentes, constrangendo as futuras decisões que deverão, caso os casos sejam semelhantes, aplicar a *ratio decidendi*, mesmo dela discordando” (PEIXOTO, 2019, p. 150).

⁸⁷ O *stare decisis* vem trazer racionalidade ao *common law*, racionalidade que, à época, a *civil law* e o positivismo científico encontrava na legislação (o que hoje já não mais pode ser assim entendido). É instrumento para trazer previsibilidade ao direito segundo a lógica protestante (calvinista) da época, possibilitando o desenvolvimento do capitalismo (MARINONI, 2016b).

O *stare decisis* se solidifica na Inglaterra apenas em 1898, no caso *London Tramways v. London County Council*, quando a *House of Lords* firma entendimento de que deve estar vinculada a suas próprias decisões precedentes, numa evolução do conceito do *rule of precedent* (regra concernente à eficácia dos precedentes) e vinculação (*binding effect*). Da vinculação vertical se constrói o entendimento de vinculação horizontal (MARINONI, 2016b, p. 29).

Os juízes passam a se sentir obrigados, então, a respeitar as decisões das cortes superiores. Já as cortes superiores, a manter os seus próprios entendimentos anteriormente fixados⁸⁸. Denis Keenan entende que foi através do advento da *stare decisis* que o *common law* passou a ganhar o *status* de um sistema jurídico:

Inicialmente, o sistema foi mantido unido pela doutrina do *stare decisis*, ou sustentando decisões anteriores. Assim, quando um juiz decidia um novo problema em um caso apresentado a ele, isso se tornava uma nova regra de direito e era seguida pelos juízes subsequentes. Em tempos posteriores, essa prática se cristalizou na forma conhecida como força vinculativa do precedente judicial, e os juízes sentiram-se obrigados a seguir decisões anteriores, em vez de simplesmente procurar orientação neles. Por esses meios, o direito comum ganhou o *status* de um sistema.⁸⁹ (KEENAN, 1995, p. 7, tradução nossa).

A rigidez da teoria inglesa do precedente perdura no período que vai de 1898 a 1966, em que a *House of Lords* se considerava absolutamente vinculada por suas decisões anteriores. No *Practice Statement*⁹⁰ de 1966 há uma mudança de entendimento, pois o então Lord Chancellor admite a possibilidade de a Corte se afastar de decisão anterior, quando necessário (CROSS; HARRIS, 1993, p. 5).

Frederick Schauer (2009, p. 42) aponta, repete-se, que a medida é excepcional, já que a constrição do juiz quando do julgamento da causa pelo

⁸⁸ Nesse sentido, a definição de Bryan A. Garner (1999, 1414, tradução nossa): “*Stare decisis*: A doutrina do precedente, segundo a qual é necessário que um tribunal siga decisões judiciais anteriores quando os mesmos pontos surgem novamente no litígio”. No original: “*Stare decisis: The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court do follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation*”.

⁸⁹ No original: “*Initially the system was held together by the doctrine of stare decisis, or standing by previous decisions. Thus when a judge decided a new problem in a case brought before him, this became a new rule of law and was followed by subsequent judges. In later times this practice crystallized into the form which is known as the binding force of judicial precedent, and the judges felt bound to follow previous decisions instead of merely looking to them for guidance. By these means the common law earned the status of a system*”.

⁹⁰ Traz José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 159): “Esse *Practice Statement* assinalou, com certeza, marcante mudança de rumo na teoria do *stare decisis*, embora a aplicação prática dessa nova concepção sempre fosse muito reduzida: o primeiro caso registrado de *overruling* em tais termos é de 1968, seguindo-se-lhe um número insignificante”.

precedente (*stare decisis*) é, seguidamente, *contra-intuitiva*. A obrigação de seguir o precedente (vertical ou horizontal) muitas vezes instrui os magistrados a chegarem a uma decisão que pensam que é errada. Do ponto de vista vertical, a obediência ao precedente parece ser um pouco mais óbvia, sua autoridade decorrendo da hierarquia. No sentido horizontal, a obrigação de uma Corte de decidir de acordo com decisão prévia vem da necessidade de questões estarem resolvidas: “Na vida, e especialmente na lei, muitas vezes é valioso ter as coisas acertadas para que outros possam confiar nessas decisões e orientar seu comportamento de acordo”⁹¹ (SCHAUER, 2009, p. 43, tradução nossa). Assim, da perspectiva da Corte, o *stare decisis* traz as vantagens da eficiência na cognição e decisão.

Toni M. Fine (2000) defende a aplicação do *stare decisis* nos Estados Unidos, entendendo que a prática traz eficiência ao processo decisório, uma vez que possibilita que o tribunal disponha seus recursos para decidir questões de direito de maior magnitude e controvérsia, visto que não precisa revisitar matérias já decididas. Ainda, entende que há o fortalecimento do Poder Judiciário pelo aumento da confiança dos jurisdicionados e pela estabilidade decorrente da manutenção de entendimentos anteriormente firmados. Responde à crítica de engessamento do direito dizendo:

Conquanto a doutrina do *stare decisis* se apresenta firmemente estabelecida no sistema legal norte-americano, a aplicação de tal princípio de forma alguma remove a discricção judicial no que se refere ao seu respectivo processo decisório. Ao contrário, é ele altamente flexível, permitindo às partes se submeterem a regras propriamente decididas em casos anteriores, bem como permitindo aos Tribunais gastar seus valiosos e limitados recursos em questões legais mais modernas e interessantes. (FINE, 2000, p. 95).

A conceituação da *stare decisis* decorre dessa vinculação às decisões anteriores. Parte do princípio que a tese jurídica precisa se manter constante a partir do momento em que foi criada, devendo o direito ser aplicado por aderência aos casos futuros, desde que haja relevante similaridade entre as questões fáticas. Nesse sentido, Elias Savellos:

⁹¹ No original: “In life, and especially in law, it is often valuable to have things settled so that others can rely on those decisions and guide their behavior accordingly”.

“*Stare decisis et non quieta movere*” é o princípio jurídico que resume a lógica do papel de precedente na lei. Significa literalmente “deixar a decisão permanecer e não atrapalhar o que foi resolvido”. A *stare decisis* estipula que, uma vez que um tribunal tenha anunciado sua decisão em um caso, e chegado a essa decisão aplicando um princípio ou estado de direito a esses fatos (a “exploração” [...]), os juízes em casos futuros deverão: aderir a esse princípio ao decidir casos futuros que sejam suficientemente semelhantes em aspectos juridicamente relevantes.⁹² (SAVELLOS, 2001, p. 69, tradução nossa).

Os motivos teóricos que justificam a vinculação às decisões anteriores são a própria noção de justiça; eficiência; estabilidade e previsibilidade; confiança; necessidade pragmática (SAVELLOS, 2001, p. 70). A *ratio decidendi* deve ser aplicada em caso similar mesmo que o julgador com ela não concorde. Para não seguir o precedente, como já mencionado, é preciso distingui-lo, ou, se tratando de atividade horizontal⁹³, superá-lo. Exceção à regra, aqui, seria a possibilidade de *anticipatory overruling* por corte inferior, rompendo com a vinculação vertical proveniente da hierarquia.

A teoria de precedentes, portanto, pressupõe um sistema de organização de juízes e tribunais de maneira institucionalizada e hierarquizada, bem como um sistema confiável de divulgação e publicação das decisões para consulta futura

⁹² No original: “*Stare decisis et non quieta movere*’ is the legal principle that sums up the rationale for the role of precedent in the law. It literally means ‘let the decision stand and do not disturb what has been settled’. *Stare decisis* stipulates that once a court has announced its decision in a case, and arrived at that decision by applying a principle or rule of law to those facts (the ‘holding’ [...]), judges in future cases are required to adhere to that principle when deciding future cases that are sufficiently similar in legally relevant respects”.

⁹³ Frederick Schauer pontua que a vinculação horizontal, o *stare decisis*, é menos óbvia e por vezes mais controverso que a vinculação por hierarquia (vertical). Diz que a decisão adquire superioridade apenas por ser precedente: “Além de serem obrigados a seguir as decisões dos tribunais acima deles na hierarquia judicial, também é, embora menos óbvio e às vezes mais controverso, esperado que os tribunais sigam suas próprias decisões anteriores. Aqui o relacionamento é horizontal, porque a obrigação está entre alguns tribunais agora e o mesmo tribunal no passado. Portanto, o precedente horizontal não é uma questão de tribunais superiores ou inferiores, mas uma hierarquia artificial ou imposta de mais cedo para mais tarde. A decisão anterior é superior, não porque provenha de um tribunal superior; antes, a decisão anterior se torna superior apenas porque é anterior. Essa obrigação de um tribunal de seguir suas próprias decisões anteriores é tipicamente conhecida como *stare decisis* – o latim por ‘defender a coisa decidida’ – e é uma forma distinta de restrição por precedente” (SCHAUER, 2009, p. 36, tradução nossa). No original: “*In addition to being obliged to follow the decisions of courts above them in the judicial hierarchy, courts are also, although less obviously and sometimes more controversially, expected to follow their own earlier decisions. Here the relationship is horizontal, because the obligation is between some court now and the same court in the past. Horizontal precedente is thus not a matter of higher or lower courts, but rather an artificial or imposed hierarchy from earlier to later. The earlier decision is superior not because it comes from a higher court; rather, the earlier decision becomes superior just because it is earlier. This obligation of a court to follow its own previous decisions is typically known as stare decisis – Latin for “stand by the thing decided” – and it is a distinct form of constraint by precedent”.*

(ZANETI JR., 2017, p. 337). No sentido vertical a aplicação dos precedentes pelas cortes inferiores é vista como uma regra inflexível, permitindo raras exceções. É esperado que as cortes inferiores e os advogados respeitem o precedente na resolução de casos concretos, deixando a superação do precedente apenas à corte prolatora. As cortes inferiores e advogados podem, no entanto, realizar a distinção (*distinguish*) do caso, ampliando ou restringindo a aplicação do precedente – além de escolher o precedente aplicável ou, embora não admitam, aplicar mal o precedente. Ainda, em hipótese trazida pelo direito norte-americano, afastar eventual precedente antevendo sua superação pela corte superior (o *anticipatory overruling*), lembrando que, mesmo nesse caso, o *overruling* se dá pela corte superior, existindo a necessidade de sinais claros nesse sentido. O *anticipatory overruling* é uma importante quebra na aplicação da teoria de precedentes vinculantes de maneira vertical. Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci:

Ademais, o precedente vertical, que vincula ou que potencia maior persuasão, é aquele que provém de corte superior em relação aos tribunais inferiores, e se distingue do precedente horizontal, emanado de órgão jurisdicional postado no mesmo grau hierárquico do tribunal em que se pretende fazê-lo valer. Este geralmente se delinea menos influente. (TUCCI, 2004, p. 16).

Já dos juízes das cortes superiores é esperado que considerem seus precedentes individuais e institucionais; mas também estão autorizados a diminuí-los ou descartá-los (*overruling*). O caso *Brown vs Board of Education* (1954) ilustra isso, quando, na Suprema Corte Norte-Americana, percebeu-se que a teoria do *separado, mas iguais*, que justificava a segregação racial, não era mais socialmente aceita (O'BRIEN, 2018, p. 31-32).

Como pontuado, a teoria do *stare decisis* admite relativização (tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra), acompanhando a evolução da sociedade e do direito. Com o passar do tempo, pressões, mudanças sociais e tecnológicas, razões de decidir se *desatualizam* e, ao final, restam superadas (ou apenas abandonadas, sem expressa manifestação pelo tribunal).

No caso *Buck v. Bell* (1927), por exemplo, autorizava-se a esterilização forçada de pessoas de *mente fraca* pelo governo, o que não era considerado uma violação à liberdade individual. Hoje esse entendimento não pode ser considerado

válido (O'BRIEN, 2018, p. 32). O precedente, de certa maneira, é colocado *on hold* (em espera) até o momento de um virtual abandono, ficando adstrito ao seu tempo:

Mais importante, embora o *stare decisis* imponha aos tribunais uma obrigação geral de seguir precedentes, o fato é de que as circunstâncias sociopolíticas, tecnológicas e históricas mudam com o tempo. Assim, a similaridade relevante de casos análogos decididos anteriormente é uma questão de interpretação e argumento judicial, e isso significa que os precedentes podem ser, e geralmente são, anulados. Os juízes continuamente quebram e reinterpretam as decisões anteriores. No entanto, embora a adesão ao precedente não seja absolutamente obrigatória, é necessário justificar o afastamento do precedente: se um afastamento do precedente estabelecido for considerado necessário por determinado juiz em um caso, ela será obrigada a fornecer razões explícitas que supostamente justificam essa decisão.⁹⁴ (SAVELLOS, 2001, p. 70, tradução nossa).

A possibilidade de alteração excepcional do precedente por mudanças significativas nas condições do momento de sua prolação responde à crítica acerca do engessamento do direito. A atividade de interpretação e argumentação judicial não se encerra na prolação do precedente, devendo o mesmo ser interpretado e, porventura, superado, não sendo um princípio absolutamente vinculante. Ainda, é plenamente possível seu conflito com outros princípios igualmente importantes⁹⁵, havendo necessidade da continuidade da evolução do direito.

Mesmo no direito inglês, em que historicamente o instituto do *stare decisis* foi aplicado com maior rigidez, o juiz nem sempre está obrigado a seguir o precedente, havendo exceções (mas, reitera-se, exceções) à regra da vinculação. É evitando os precedentes que os juízes podem criar o direito em casos já decididos ou suficientemente distintos, situações novas. Está o juiz autorizado a refutar a aplicação do precedente quando: a) houver distinção entre os fatos relevantes do

⁹⁴ No original: “More importantly, although *stare decisis* imposes a general obligation on courts to follow precedent, the fact is that sociopolitical, technological, and historical circumstances change with time. Thus the relevant similarity of previously decided analogous cases is a matter of judicial interpretation and argument, and this means that precedents can be, and often is, overruled. Judges continuously break and reinterpret previous decisions. nonetheless, though adherence to precedent is not absolutely binding, departure from precedent stands in need for justification: if a departure from established precedent is deemed necessary by particular judge in a case, she is then obligated to provide explicit reasons that purportedly justify that decision”.

⁹⁵ Nas palavras do autor (SAVELLOS, 2001, p. 70, tradução nossa): “Embora a linguagem às vezes seja obscura, os juízes reconhecem que o *stare decisis* pode entrar em conflito com outros princípios que são (pelo menos) igualmente importantes dentro da lei e podem até ser anulados por eles. O dever de seguir o precedente pode ser superado”. No original: “Although the language is at times obscure, the justices are acknowledging that *stare decisis* can conflict with other principles that are (at least) equally important within the law, and can even be overruled by them. The duty to follow precedent can be overridden”.

caso a ser julgado e os fatos que levaram à criação do precedente; *b*) entender que a *ratio decidendi* não está clara; *c*) declarar que o caso anterior está em conflito com um princípio fundamental do direito; *d*) perceber que o caso anterior acabou por decidir *per incuriam*, isso é, deixando de apreciar lei ou precedente importante para a matéria; *e*) quando há mais de um precedente conflitante em mesmo nível de hierarquia; e *f*) pois o precedente foi superado pelo advento de legislação regulando a matéria (KEENAN, 1995, p. 140-141).

Nos Estados Unidos, no entanto, o instituto nunca teve a força que encontrou na Inglaterra, jamais chegando a ser absoluto⁹⁶. Há discussão, inclusive, sobre o abandono da regra de aderência ao precedente desde o início do século passado. Ainda é majoritariamente entendido, contudo, que se devem seguir os precedentes. A aderência ao precedente deve ser a regra, e não a exceção, pois se afastar do precedente leva ao colapso do trabalho de juízes, uma vez que discussões podem ser reabertas, ou decisões não se apoiarão no passado. Ora, o entendimento de uma Corte poderia então mudar a cada semana, dependendo da composição do colegiado⁹⁷, o que tornaria insustentável o exercício da advocacia e da jurisdição. A regra de aderência ao precedente admite relaxamento em casos em que a experiência demonstra que a norma é inconsistente com o senso de *justiça* ou *bem-estar social*. Nesses casos não se deve hesitar em abandonar o precedente.

Mas estou pronto para admitir que a regra da adesão ao precedente, embora não deva ser abandonada, deve ser, em certo grau, relaxada. Penso que, quando uma regra, depois de devidamente testada pela experiência, for considerada inconsistente com o senso de justiça ou com o bem-estar social, deve haver menos hesitação na franca confissão e abandono total.⁹⁸ (CARDOZO, 1946, p. 150, tradução nossa).

Os precedentes, assim, como mencionado, não podem ser estacionários. Devem abandonar um posicionamento quando as instituições e condições, que

⁹⁶ Como traz José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 167): “Cumprе salientar que a praxe dos tribunais americanos aplica com menor rigidez a regra do *binding precedent*. Tanto a Suprema Corte quanto os tribunais superiores dos Estados, ao longo da história revêem seus precedentes quando manifestamente equivocados ou ultrapassados”.

⁹⁷ Quanto à colegialidade, somente estão aptos a formar *ratio decidendi* os fundamentos determinantes efetivamente debatidos ou incorporados pelo voto majoritário em decisão colegiada. O que não for assim votado constitui *obiter dicta* (ZANETI JR., 2017, p. 379).

⁹⁸ No original: “*But I am ready to concede that the rule of adherence to precedent, though it ought not to be abandoned, ought to be in some degree relaxed. I think that when a rule, after it has been duly tested by experience, has been found to be inconsistent with the sense of justice or with the social welfare, there should be less hesitation in frank avowal and full abandonment*”.

tenham relevância quando da construção da norma não mais se verificam⁹⁹. Não deve haver uma vinculação absoluta ao passado e sempre há, em menor ou maior grau, um espaço criativo para ir se complementando a norma concretizada¹⁰⁰. Contudo, como ressaltado anteriormente, essas mudanças são a exceção e devem ser tomadas com cuidado, pois a segurança jurídica depende de que o sistema tenha estabilidade e isonomia.

Em síntese, o instituto da *stare decisis* é central na teoria de precedentes. Nos países vinculados à família da *civil law* já havia o respeito, pelos julgadores, das decisões anteriores em casos similares; mas esse se dava, no mais das vezes, de maneira persuasiva. As instâncias inferiores na prática já hesitavam em contradizer instâncias superiores, a menos que argumentassem de modo suficientemente convincente em favor de uma mudança de jurisprudência (PERELMAN, 2004, p. 219) e ainda que não fossem formalmente obrigadas à regra do *stare decisis*¹⁰¹.

O advento do Código de Processo Civil de 2015 amplia a força obrigatória ao estabelecer que determinadas decisões vinculam os julgadores. Mesmo antes do advento da legislação, o controle concentrado de constitucionalidade já exigia a aplicação *erga omnes* da tese jurídica exarada pelo Supremo Tribunal Federal. Por

⁹⁹ “Deveria haver maior prontidão para abandonar uma posição insustentável quando não se pode supor razoavelmente que a regra a ser descartada tenha determinado a conduta dos litigantes, e particularmente quando, em sua origem, foi o produto de instituições ou condições que ganharam um novo significado ou desenvolvimento com o progresso dos anos” (CARDOZO, 1946, p. 151, tradução nossa). No original: “*There should be greater readiness to abandon an untenable position when the rule to be discarded may not reasonably be supposed to have determined the conduct of the litigants, and particularly when in its origin it was the product of institutions or conditions which have gained a new significance or development with the progress of the years*”.

¹⁰⁰ Destaca, à época, que nos Estados Unidos sempre a aderência aos precedentes foi mais branda que na Inglaterra, em momento que a *House of Lords* se considerava absolutamente vinculada às suas decisões precedentes (CARDOZO, 1946, p. 158, tradução nossa): “Não obstante, a regra de adesão ao precedente é aplicada com menos rigidez nos Estados Unidos do que na Inglaterra e, creio, com uma rigidez que está diminuindo mesmo aqui. A Câmara dos Lordes mantém-se absolutamente vinculada a suas próprias decisões anteriores. A Suprema Corte dos Estados Unidos e os tribunais superiores de vários estados anulam suas próprias decisões anteriores quando manifestamente errôneas”. No original: “*None the less, the rule of adherence to precedent is applied with less rigidity in the United States than in England, and, I think, with a rigidity that is diminishing even here. The House of Lords holds itself absolutely bound by its own prior decisions.18 The United States Supreme Court and the highest courts of the several states overrule their own prior decisions when manifestly erroneous*”.

¹⁰¹ José Rogério Cruz e Tucci faz a comparação entre o *overruling* e o *revirement* de jurisprudência do sistema francês: “O precedente também pode deixar de ter eficácia quando se revela ultrapassado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação. Nesse caso, nos sistemas da *common law*, o precedente *overruled* (revogação de sua *ratio*) é formalmente excluído das fontes e perde, por via de consequência, qualquer valor. No ambiente da *civil law* ocorre algo semelhante, na hipótese de *revirement* da jurisprudência, ou seja, quando determinado posicionamento pretoriano, até então dominante, é substancialmente alterado por um julgado que se transforma em um novo precedente” (TUCCI, 2004, p. 16).

sua vez, a súmula vinculante (art.103-A, CF/88), inserida pela EC45/2004, igualmente trilhava o caminho da vinculação em relação ao entendimento jurisprudencial consolidado do Supremo Tribunal Federal em matérias constitucionais.

Ante o exposto, definido que o *stare decisis* traz como consequência a força vinculante dos precedentes, importante apontar os principais elementos que integram a decisão judicial. Tucci aponta que cada decisão exarada possui um núcleo que constitui o precedente. Tal, assim, é composto por duas partes distintas: as circunstâncias de fato, que motivam o proferimento da decisão; e a tese decisória, a motivação da decisão (TUCCI, 2004, p. 12). Semelhantemente, Rupert Cross e J. W. Harris (1993, p. 42) afirmam que o julgamento deve ser lido com base nos fatos do caso em que foi proferido. Dessa maneira, o precedente está ligado aos fatos e não é genérico, distinguindo-se, portanto, da atividade do legislador. Deve-se ter esses pontos em mente quando se buscar aplicar a teoria de precedentes brasileira.

A estrutura de julgamento de um caso por juiz singular compõe-se de um resumo das evidências, percepção dos fatos, análise dos argumentos endereçados ao juiz pelas partes e das questões de direito. Não é tudo, portanto, na decisão que constitui precedente, pois esse *status* é conferido somente sobre os pronunciamentos do juiz sobre o direito. Apenas o argumento jurídico considerado necessário para decisão vai ser a razão de decidir (*ratio*); argumentos que apoiam a decisão são considerados *obiter dicta*, e não criam vinculação (CROSS, HARRIS, 1993, p. 40). Na síntese de Frederick Schauer: “Toda regra tem uma justificativa em segundo plano – às vezes chamada de justificativa – que é o objetivo que a regra foi projetada para servir”¹⁰² (SCHAUER, 2009, p. 15, tradução nossa).

O que vai vincular, conclui-se, são as razões de decidir, a *ratio decidendi* (na Inglaterra) ou *holding* (nos Estados Unidos). De forma concisa, somente a *ratio decidendi* (a razão de decidir) é vinculativa (CROSS; HARRIS, 1993, p. 39). Nesse sentido, a definição de Denis Keenan:

¹⁰² No original: “Every rule has a background justification - sometimes called a *rationale* - which is the goal that the rule is designed to serve”. Frederick Schauer (2009, p. 19), aponta que as normas têm um *centro* e uma *marginem*. O centro é direto, não há muito o que questionar (exemplo: *proibido veículos no parque* obviamente se refere a carros). A margem é a *penumbra*, há espaço para argumentar (referente à mesma regra: carrinhos de bebê estariam proibidos no parque?). Muitas lições de direito vêm dessas discussões nas margens.

Precisamos saber o que considerar como precedente e o que ignorar, para que possamos encontrar o que chamamos de *ratio decidendi*. A doutrina do precedente declara que os casos devem ser decididos da mesma maneira quando os fatos materiais são os mesmos. A *ratio* é, portanto, definida como o princípio de direito usado pelo juiz para chegar à sua decisão, juntamente com seus motivos para fazê-lo.¹⁰³ (KEENAN, 1995, p. 135, tradução nossa).

A *ratio decidendi* é integrada por elementos que são vitais na futura aplicação do precedente ou sua distinção. Deve indicar os fatos relevantes para o julgamento, desenvolver o raciocínio lógico jurídico (*statement of material facts*), expor o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e apresentar a conclusão desse raciocínio, o juízo decisório (*judgment*). Esses elementos serão o alvo da interpretação posterior, não sendo individualizados (identificados) na decisão pela corte prolatora¹⁰⁴ (TUCCI, 2004, p. 175).

Nos Estados Unidos, por sua vez, o termo empregado é *holding*. A doutrina faz uma diferenciação na decisão entre o que são *fatos (facts)*, o caso, os eventos que levaram à controvérsia examinada; e o que é *problema (issue)*, a controvérsia, a questão a ser resolvida, decorrente dos fatos narrados; e, por fim, o *holding*, a resposta ao problema controverso, o direito do caso¹⁰⁵. O *holding* é, portanto, a manifestação do direito pela Corte. Igualmente, refere-se à decisão de um caso concreto. E, apontando *inovação* no direito, deve ser obrigatório nos julgamentos de casos futuros semelhantes):

A *holding* deve capturar o que o tribunal considera essencial para decidir o caso em questão, e deve ser exatamente o que desencadeia a aplicação do *stare decisis* para casos futuros com fatos semelhantes. Assim, a *holding* de

¹⁰³ No original: “We must know what to take as precedent and what to ignore, so that we can find what is called the *ratio decidendi*. The doctrine of precedent declares that cases must be decided in the same way when their materials facts are the same. The ratio is therefore defined as the principle of law used by the judge to arrive at his decision together with his reasons for doing so”.

¹⁰⁴ “Para correta inferência da *ratio decidendi*, propõe-se uma operação mental, mediante a qual, invertendo-se o teor do núcleo decisório, se indaga se a conclusão permaneceria a mesma, se o juiz tivesse acolhido a regra invertida. Se a decisão ficar mantida, então a tese originária não pode ser considerada *ratio decidendi*; caso contrário, a resposta será positiva” (TUCCI, 2004, p. 177).

¹⁰⁵ “O *Holding*. Esta é a resposta para a questão controversa e a lei do caso em questão. Em teoria, identificar o *holding* (às vezes chamada de *ratio decidendi*) deve ser fácil, uma vez que tenhamos identificado a questão. Em essência, tudo o que precisamos fazer agora para expressar a participação é ‘reafirmar’ a questão em termos de uma declaração declarativa que esteja de acordo com o veredicto do tribunal” (SAVELLOS, 2001, p. 90, tradução nossa). No original: “The *Holding*. This is the answer to the issue in controversy, and the law of the case at hand. In theory, identifying the holding (sometimes referred to as the *ratio decidendi*) should be easy enough once we have identified the issue. In essence, all we need to do now in order to express the holding is to ‘restate’ the issue in terms of a declarative statement that accords with the court’s verdict”

um caso controla casos futuros. Quando temos uma nova *holding*, temos um novo direito (ou seja, direito feito pelo juiz) que os futuros tribunais devem seguir. Ainda assim, embora seja tecnicamente “novo” direito, a sustentação de um caso quase sempre afirma um princípio existente do Estado de Direito.¹⁰⁶ (SAVELLOS, 2001, p. 90, tradução nossa).

Como visto, *obiter dicta* são os argumentos que, ainda que presentes na decisão, não integram a razão de decidir¹⁰⁷. Apoiam as razões de decidir (CROSS, HARRIS, 1993, p. 41-42). Podem, inclusive, ser considerações sobre outros temas não diretamente relacionado ao caso¹⁰⁸, tendo, quando muito, uma força persuasiva para o julgador¹⁰⁹. No entanto, não podem ser desprezadas:

[...] se os céticos estão certos, é possível que dois juízes diferentes concordem sobre a relevância de um determinado precedente, concordarem que esse precedente deve ser seguido neste caso, mas discordarem sobre o que significa segui-lo, pois eles têm visões diferentes sobre o que é o domínio e o que é o *dicta* desse precedente. Assim, eles podem chegar a conclusões jurídicas totalmente opostas baseadas na aplicação do mesmo precedente!¹¹⁰ (SAVELLOS, 2001, p. 91, tradução nossa).

Como exemplo:

¹⁰⁶ No original: “*The holding is supposed to capture what the court sees as essential for deciding the particular case at hand, and it is supposed to be exactly what triggers the application of stare decisis for future cases with similar facts. Thus, the holding of a case controls future cases. When we have a new holding, we have new law (that is, we have judge-made law) that future courts are bound to follow. Still, even though it is technically ‘new’ law, the holding of a case nearly always affirms an existing principle of rule of law.*”

¹⁰⁷ Conceitua José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 177): “Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão”.

¹⁰⁸ “*Dicta* são enunciados judiciais incidentais à opinião e não têm relação direta com o caso perante o tribunal” (SAVELLOS, 2001, p. 91, tradução nossa). No original: “*Dicta are judicial utterances that are incidental to the opinion and have no direct bearing on the case before the court.*”

¹⁰⁹ “A razão pela qual o *obiter dicta* é meramente persuasivo é porque a prerrogativa dos juízes não é fazer a lei formulando-a e declarando-a (isto é para a legislatura), mas fazer lei aplicando-a a casos que lhes são apresentados. Uma decisão judicial, desacompanhada de aplicação judicial, não é uma autoridade vinculativa, mas é *obiter*” (KEENAN, 1995, p. 136, tradução nossa). No original: “*The reason why obiter dicta are merely persuasive is because the prerogative of judges is not to make the law by formulating it and declaring it (this is for legislature) but to make law by applying it to cases coming before them. A judicial decision, unaccompanied by judicial application, is not binding authority but is obiter.*”

¹¹⁰ No original: “[...] *if the sceptics are right, it is possible for two different judges to agree about the relevance of a given precedent, agree that that precedent should be followed in this case, but disagree about what it means to follow it, since they hold different views on what is the holding and what is the dicta of that precedent. So they could reach totally opposite legal conclusions based on application of the same precedent!*”.

Se um tribunal julga que um caso anterior foi decidido erroneamente, mas não pode anulá-lo porque a *ratio decidendi* do caso agora anterior a ele não cobre todas as questões levantadas no caso anterior, pode, a título de *obiter dictum*, desaprovar o caso anterior que é, em certa medida, afetado como um precedente.¹¹¹ (KEENAN, 1995, p. 136, tradução nossa).

Essa colocação é importante para o objeto da presente pesquisa (a possibilidade de *anticipatory overruling* no Brasil). Ora, se ao julgar um caso a Corte superior sinaliza, ainda que em *obiter dictum*, que decisão anterior estabelece precedente superado e que esse não mais tem cabimento, pode o juiz de corte inferior afastar a aplicação do precedente mencionado? Nesse caso, a indicação *en passant* de que a corte irá alterar o seu entendimento pode levar à quebra da obrigação das cortes inferiores de seguir o precedente, levando à superação de maneira delegada. Nos ensinamentos de José Rogério Cruz e Tucci:

[...] o *anticipatory overruling*: introduzida, com inescandível arrojo, pelos tribunais dos Estados Unidos, consiste na revogação preventiva do precedente, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*. Basta portanto que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo precedente. Ocorre aí “uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overruling*”. (TUCCI, 2004, p. 180).

Espera-se com esse estudo preliminar estabelecer as bases para a compreensão das diferentes visões sobre a teoria de precedentes no Brasil. Um dos problemas a ser enfrentado pela teoria dos precedentes é justamente a tensão entre a necessidade de atualização do direito, evitando seu enrijecimento, e a necessidade de estabilidade e previsibilidade, que dão segurança jurídica. Em caso de *overruling*, por exemplo, os litigantes que apresentam o *issue* à Corte presente pautaram sua conduta por um determinado direito declarado por Corte do passado. Ao superar o precedente na decisão presente há um rompimento com a previsibilidade. Só isso já é motivo de preocupação. Quanto ao objeto desse trabalho, a questão que se coloca é a possibilidade de superar de forma antecipada precedente (portanto, de Corte superior), o *anticipatory overruling*.

¹¹¹ No original: “If a courts feel that an earlier case was wrongly decided but cannot overrule it because the *ratio decidendi* of the case now before it does not cover all the matters raised in the earlier case, it may, by way of *obiter dictum*, disapprove the earlier case which is then to some extent affected as a precedent”.

3 A TEORIA DE PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E DA APLICABILIDADE DA SUPERAÇÃO ANTECIPADA (*ANTICIPATORY OVERRULING*)

No capítulo anterior foi apresentada brevemente a evolução do sistema da *common law* inglesa. Viu-se que do costume da observação pelos tribunais de suas próprias decisões anteriores evoluiu-se para o instituto do *stare decisis*, o qual transformou os precedentes, que passaram a adquirir força vinculante. Estudou-se, também, o *civil law* francês, para explicitar a evolução de um momento de vedação da interpretação das leis pelo Poder Judiciário, para a consolidação de um Estado Constitucional. Nesse modelo de Estado, é destacada a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais. Por isso, tornou-se necessária a adoção de um sistema de precedentes em estados da *civil law*, para garantir isonomia e segurança jurídica. Foram apresentados, ainda, os principais conceitos presentes na teoria de precedentes anglo-americana, que serão vitais para a compreensão de como se dá a transposição de alguns institutos para o Brasil, em especial a partir das disposições do Código de Processo Civil de 2015.

O presente capítulo trata especificamente dos aspectos da superação de precedentes e da possibilidade de superação antecipada (*anticipatory overruling*) no direito comparado, para, em um segundo momento, trazer a questão da adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil, os diferentes entendimentos acerca do tema na doutrina pátria, bem como se a superação antecipada pode ser aplicada em nosso ordenamento.

Como demonstrado, a teoria de precedentes vinculantes é pensada para ter uma perspectiva dinâmica. Isto é, delimitada a *ratio decidendi* (que vai vincular aos demais) essa deve ser analisada em face dos fatos relevantes daquele julgamento em concreto. Dito de outra forma, a *ratio decidendi* não é norma *in abstracto* (MARINONI, 2016b, p. 230). Estabelecido um precedente por uma corte superior, a hierarquia entre os órgãos julgadores e o dever de respeito da própria corte prolatora às suas decisões (*stare decisis* vertical e horizontal) determina a observação do precedente nos casos semelhantes. Um precedente não vai ser aplicado se houver distinção (*distinguishing*) entre os fatos relevantes do caso precedente e o caso em julgamento ou quando houver a superação do precedente (*overruling*), quando deixa de ser considerado como *bom direito*, não devendo mais ser seguido.

A superação antecipada é uma ruptura da hierarquia entre as cortes e, portanto, uma exceção à própria teoria de precedentes vinculantes. Permitir que um órgão inferior deixe de aplicar precedente ou efetivamente supere precedente hígido da Corte Superior é questão de vital importância na consolidação da vinculação no direito brasileiro.

3.1 ASPECTOS IMPORTANTES ACERCA DO OVERRULING

A vinculação a uma decisão precedente busca guiar a ação do juiz do caso concreto, pelos motivos vistos anteriormente (como prezar pela isonomia e segurança jurídica). No entanto, não pode ser considerada eterna e impedir a superação de precedentes, o que poderia levar ao engessamento do direito e impediria a evolução do ordenamento jurídico (CÂMARA, 2018, p. 301). Assim, o juiz do caso presente pode refutar a aplicação das *ratio decidendi* anteriores.

A possibilidade e amplitude da superação, contudo, varia de um ordenamento jurídico para o outro. Na Inglaterra, a vinculação ao precedente é muito mais rígida que nos Estados Unidos, por exemplo, onde se admite a superação de precedente (ou afastamento da aplicação) das cortes superiores pelas cortes inferiores (caso do *anticipatory overruling*)¹¹².

No direito inglês, o *overruling* é analisado como sendo uma atividade jurídica *radical*, que deve ser tomada como último recurso, uma vez que sua realização gera custos altos para o público se adaptar à nova orientação; aumento de litígios para clarificar e refinar a nova orientação; e, muitas vezes, pode se optar por opções mais sutis para corrigir o erro passado (DUXBURY, 2008, p. 123). Tal assertiva é decorrência de um *stare decisis* e da força vinculante dos precedentes que se

¹¹² Nesse sentido, a lição de Neil Duxbury (2008, p. 111, tradução nossa): “Um precedente pode ser um guia de ação, mas os tomadores de decisão nem sempre aceitam a orientação. Além disso, as expectativas de que os tomadores de decisão aceitem a orientação tendem a variar de um sistema adjudicativo para outro. Essa variação é óbvia mesmo entre jurisdições de direito consuetudinário: tradicionalmente, por exemplo, juízes de primeira instância nos Estados Unidos, por várias razões, estavam muito mais dispostos do que seus colegas ingleses a não seguirem um precedente, mesmo quando é necessário, não está ao seu alcance para anular isso”. No original: “A precedent may be a guide to action, but decision-makers do not always accept the guidance. Moreover, expectations that decision-makers will accept the guidance tend to vary from one adjudicative system to the next. Such variance is obvious even among common-law jurisdictions: traditionally, for example, lower court 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”.

mostrou absoluta por certo período de tempo na *House of Lords* (entre 1898 e 1966), como visto anteriormente, mas que desde o *Practice Statement* de 1966 admite exceções. No *Practice Statement*, a *House of Lords* previu que poderia anular suas próprias decisões em dois casos: se a aderência ao precedente perpetuasse injustiças ou se impedisse relevante desenvolvimento do Direito (DUXBURY, 2008, p. 126). No entanto, a superação de precedentes sempre foi rara na Corte inglesa. Aponta Neil Duxbury (2008, p. 128) que mesmo uma decisão amplamente considerada errada pode continuar a ser seguida se as pessoas confiarem razoavelmente nela para organizar seus negócios; se anular isso não faria diferença para o presente caso em julgamento; se o Parlamento aprovou legislação sobre a suposição de que a lei é como declarada no caso anterior; ou se anulá-la envolveria apenas uma composição distinta da corte, questionando a original¹¹³.

Por sua vez, nos Estados Unidos¹¹⁴, as cortes tendem a realizar mais superação de precedentes do que na Inglaterra¹¹⁵. Nunca houve uma limitação da

¹¹³ Nas palavras de Neil Duxbury (2008, 128, tradução nossa): “Anular uma decisão anterior é algo que a Câmara dos Lordes nunca fez de ânimo leve. Mesmo uma decisão amplamente considerada errada pode continuar a ser seguida se as pessoas confiarem razoavelmente nela para organizar seus negócios, se a sua anulação não faria diferença para o resultado no presente caso, se o Parlamento promulgasse legislação com base no pressuposto de que a lei é como declarado no caso anterior ou se a anulação envolveria nada mais do que um painel constituído de forma diferente, adivinhando o original. De fato, apenas raramente desde 1966 a Câmara dos Lordes usou o poder que criou para si mesma”. No original: “*Overruling an earlier decision is something that the House of Lords has never done lightly. Even a decision widely considered wrong might continue to be followed if people have reasonably relied on it in arranging their affairs, if overruling it would make no difference to the outcome in the present case, if Parliament has enacted legislation on the assumption that the law is as stated in the earlier case or if overruling would involve nothing more than a differently constituted panel second-guessing the original one.*” In fact, only rarely since 1966 has the House of Lords used the power that it created for itself”.

¹¹⁴ Raimo Siltala (2000, p. 123-124, tradução nossa) aponta que os juízes norte-americanos realizam a superação – inclusive o *anticipatory overruling* – com maior facilidade que seus colegas ingleses: “Primeiro, os juízes americanos têm um poder mais amplo de desconsiderar um precedente válido do que os juízes ingleses. Um afastamento de um precedente válido pode ocorrer por motivos substantivos, com base em razões institucionais, como a ausência de uma razão clara decidida na ‘opinião da pluralidade’ de um tribunal ou em uma situação em que a anulação antecipada possa legitimamente ser usada. Segundo, os juízes americanos têm relativamente mais poder de anular abertamente um precedente. Terceiro, é mais provável que os juízes americanos evitem o efeito vinculativo de um precedente formalmente válido por, por exemplo, distinção excessiva, ou seja, confinando a proporção de um caso aos fatos específicos desse caso, ou simplesmente ignorando um precedente”. No original: “*First, American judges have a more extensive power to disregard a valid precedent than English judges. A departure from a valid precedent may occur on substantive grounds, on the basis of institutional reasons such as the absence of a clear ratio decidendi in a ‘plurality opinion’ of a court, or in a situation where anticipatory overruling may legitimately be used. Second, American judges have relatively more power in openly overruling a precedent. Third, American judges are more likely to evade the binding effect of a formally valid precedent by, for example, excessive distinguishing, i.e. confining the ratio of a case to the particular facts of that case, or by simply ignoring a precedent.*”.

Suprema Corte norte-americana em declarar que haveria uma vinculação absoluta aos seus precedentes anteriores e que não poderia ocorrer a superação das razões¹¹⁶: o que não significa dizer que o precedente não possui força de autoridade. Isso porque, mesmo que o juiz não se sinta obrigado a decidir de acordo com o precedente, a existência do precedente influencia sua decisão (DUXBURY, 2008, p. 111).

A regra em um sistema que adote precedentes vinculantes é a manutenção do entendimento fixado na tese jurídica, trazendo ao sistema previsibilidade e segurança jurídica¹¹⁷. Assim, o *overruling* é a superação de um precedente anteriormente prolatado; se configura em uma exceção a uma doutrina do *stare decisis*, notadamente quanto à vinculação horizontal da corte prolatora. Existir tal exceção, no entanto, de forma alguma invalida a obrigação de a corte seguir seus próprios precedentes¹¹⁸.

De se dizer que, na técnica da sinalização, igualmente não será aplicado o precedente, ainda que os casos tenham questões fáticas semelhantes, e que o precedente não seja revogado. Trata-se de um meio termo entre a distinção (*distinguish*) e a superação (*overruling*). O tribunal não ignora que a *ratio decidendi* está equivocada ou não deve ser reafirmada, mas, por atenção à segurança jurídica,

¹¹⁵ Estudo intitulado “*STARE INDECISIS: THE ALTERATION OF PRECEDENT ON THE SUPREME COURT, 1946-1992*”, conduzido por Saul Brenner e Harold J. Spaeth, demonstra uma característica do Tribunal, tendo como base o período dos juristas que ocuparam a Presidência da Corte. Por exemplo, enquanto a Corte foi presidida por John Marshall (1801-1835), nenhum precedente foi superado, enquanto durante a presidência de William Rehnquist (1986-2005), foram superados 39 precedentes. (BRENNER; SPAETH, 1995, p. 196).

¹¹⁶ Como aponta Carlos Romerio Lauria Paulo Neto (2011, p. 203), a Suprema Corte dos Estados Unidos admite a possibilidade de superar seus entendimentos de maneira consolidada, tendo reconhecido tal prerrogativa já em 1851: “Interessante verificar-se que a possibilidade de *overruling constitutional decisions* foi pioneiramente reconhecida em ambiente de rigorosa aplicação da vinculatividade aos precedentes, tendo sido admitida pela Suprema Corte dos Estados Unidos já em 1851 e desde então profusamente aplicada, a ponto de se consagrar o entendimento de que não se aplica a regra do *stare decisis* à Suprema Corte em face de suas próprias decisões”.

¹¹⁷ Ravi Peixoto aponta que a manutenção de um precedente estabelece “[...] uma nova camada na concretização do princípio da segurança jurídica”, buscando aumentar o grau de previsibilidade: “O conhecimento do modo de atuação do direito naquele determinado ordenamento jurídico é um fator com mais possibilidades de aumentar o grau de previsibilidade. O conhecimento do direito *efetivo* pode ser alcançado por meio de conhecimentos fáticos. Assim, o conhecimento das decisões jurisprudenciais, mesmo que não sejam vinculantes, aumenta a possibilidade de o sujeito de direito ser capaz de calcular as consequências jurídicas dos seus atos” (PEIXOTO, 2019, p. 66-67, 210).

¹¹⁸ “Não é pela razão de ter poder para revogar seus próprios precedentes que a Corte pode revogá-los. À distância de circunstâncias especiais, como se a todo instante pudesse rever a mesma questão jurídica” (MARINONI, 2016b, p. 251).

deixa de realizar a superação no momento e sinaliza que no futuro deverá realizá-la (MARINONI, 2016b, p. 237). Evita assim que os jurisdicionados sejam surpreendidos com a alteração de posicionamento da corte (vedação da não surpresa) e leva a não haver mais a *confiança justificada* daqueles que pautarem sua conduta por precedente que está tendo sua obrigatoriedade mitigada.

Outra ocorrência do afastamento de um precedente é quando há sua transformação (*transformation*). A corte não irá superar expressamente o precedente anterior, que manterá sua força vinculante, mas dará solução jurídica diversa, reinterpretando a decisão anterior e analisando pontos que não tenham sido considerados fundamentais. Buscará, entretanto, compatibilizar (nem que de modo artificial) o resultado do julgamento atual com as razões do precedente. Há uma alteração da *ratio decidendi*, mas não há a declaração que a decisão anterior constituiu um erro de julgamento¹¹⁹.

Não se pode confundir com a superação implícita do precedente. Embora em ambas não haja a manifestação expressa da corte acerca da superação do precedente, o resultado da superação implícita é uma nova norma precedente, enquanto na *transformation* a fundamentação da decisão é incompatível com o precedente anterior, mas há uma tentativa de compatibilização pelo tribunal. Seria aplicada em casos em que a corte já percebe elementos para superação do precedente, mas ainda opta por manter o precedente em atenção ao princípio da segurança jurídica e igualdade (PEIXOTO, 2019, p. 213).

Haveria, ainda, no direito norte-americano, a possibilidade de não aplicação de um precedente por *overriding*. Tal situação ocorre quando a corte não revoga o precedente (*overruling*), não sinaliza a sua eminente revogação e tampouco reconstrói o precedente como na transformação, mas limita ou restringe a incidência de um precedente em determinadas situações. Essa limitação se aproxima de uma revogação parcial ou de uma distinção. Isso porque irá limitar a aplicação do precedente com base em novos entendimentos que constituem uma *distinção consistente* entre as razões do precedente e os novos entendimentos ou situações, isto é, considerações da corte sobre questões jurídicas ou novas situações fáticas

¹¹⁹ Como traz Lucas Buril de Macêdo (2016b, p. 92): “A transformação (*transformation*), portanto, consiste justamente na afirmação de que se está aplicando determinado precedente ou lhe dando continuidade, quando, o que se faz é, na verdade, a prolação de nova norma jurídica. Há uma distinção essencial entre o que o tribunal afirma e o que ele faz”.

não consideradas quando da prolação do precedente mudam a perspectiva de análise e levam à limitação de sua aplicação (MARINONI, 2016b, p. 245-246).

O certo é que um sistema de precedentes pressupõe que a Corte Superior respeite suas decisões pretéritas – e os demais órgãos jurisdicionais inferiores com maior razão. A possibilidade de superação somente evidencia que o precedente tem autoridade¹²⁰, uma vez a superação deve estar embasada em argumentação coerente do magistrado ao deixar de aplicar a decisão anterior. Os precedentes judiciais seriam desprovidos de autoridade caso não houvesse essa necessidade de apresentar as razões para deixar de aplicar determinado precedente¹²¹. Dessa forma, embora afaste a aplicação do precedente, acaba por confirmar a força vinculante, uma vez que a autoridade do precedente é revelada em grau significativo justamente quando os juízes decidem não o seguir, pois precisam de fortes argumentos para afastá-lo (DUXBURY, 2008, p. 112-113).

Dessa forma, a realização do *overruling* demanda uma argumentação específica do julgador que deixa de aplicar precedente que, para todos os efeitos, pautou a conduta das partes até aquele momento. Deve apresentar as razões, segundo a lógica jurídica¹²², que levaram àquela mudança de entendimento do Tribunal, trazendo segurança jurídica para as partes de que a decisão não é arbitrária¹²³ e que o novo entendimento vai conseguir manter (ou restabelecer) a

¹²⁰ Neste sentido, Ravi Peixoto (2019, p. 210) traz em relação ao *overruling* como forma de evitar o engessamento e possibilitar a evolução do direito: “Ao contrário do que possa parecer, a superação de precedentes, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito”.

¹²¹ Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 135) pontua seu entendimento de que a teoria de precedentes é uma teoria pensada para cortes supremas, defendendo que somente essas produzem precedentes vinculantes, sendo as responsáveis por uniformizar a interpretação do direito. A vinculação horizontal obriga essas cortes supremas a considerarem suas próprias decisões anteriores quando de novo julgamento, imputando ônus argumentativo de enfrentar suas razões prévias caso entendam por superar entendimento precedente.

¹²² Nesse sentido, Chaïm Perelman (2004, p. 242) destaca a importância de argumentar e justificar a aceitabilidade das premissas sobre as quais realizada a interpretação (e não apenas concluir a partir das premissas), ou seja, apresentando por que as premissas são válidas: “O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas”.

¹²³ A apresentação da lógica jurídica realizada na tomada de decisão tem papel de convencer as partes da correção da decisão do magistrado. “De fato, motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É essa justificação, específica do raciocínio jurídico, que devemos examinar mais de perto. É ela que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária” (PERELMAN, 2004, p. 222).

coerência da ordem jurídica e ser aceito pelos jurisdicionados¹²⁴. Nesse sentido, a lição de José Rogério Cruz e Tucci, apontando os cuidados que se deve observar para realização da superação de precedentes:

Seja como for, é certo que tais alterações normalmente não são abruptas, até porque a uniformidade da jurisprudência garante a certeza e a previsibilidade do direito. Os cidadãos de um modo geral, informados por seus advogados, baseiam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos. Na verdade, a harmonia pretoriana integra o cálculo de natureza econômica, sendo a previsibilidade que daquela decorre pressuposto inafastável para o seguro desenvolvimento do tráfico jurídico-comercial: uma mudança abrupta e não suficientemente justificada da posição dos tribunais solapa a estabilidade dos negócios. (TUCCI, 2015, p. 448).

Entretanto, a possibilidade de haver superação de entendimento pela corte prolatora não significa dizer que o *overruling* possa ser realizado sem o atendimento de determinados critérios. Se a corte pudesse superar precedentes de maneira indiscriminada não se poderia falar em uma doutrina do *stare decisis* (DUXBURY, 2008, p. 117). A doutrina aponta que o precedente pode ser revogado quando deixa de ter congruência com os padrões da sociedade¹²⁵ ou deixa de apresentar consistência com o sistema jurídico; além de os valores que sustentam a estabilidade não mais justificarem a sua manutenção. Ainda, pode-se afirmar que uma vinculação absoluta a um precedente *incorreto* levaria à replicação de um erro em vários processos¹²⁶

¹²⁴ O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável (PERELMAN, 2004, p. 238). A decisão tem que, ao mesmo tempo, compor uma ordem jurídica coerente, e dar uma solução para a questão apresentada que seja aceita pelo meio, por estar de acordo com as ideias de justiça e razoabilidade.

¹²⁵ Sobre esse ponto, traz Chaïm Perelman (2004, p. 240): “Via de regra é fora do tribunal, na própria sociedade, que se realizam lentamente as mudanças de opinião que levam a uma transformação dos âmbitos nos quais se desenrolam os debates judiciais. [...] Conforme atribua maior ou menor importância ao princípio da separação dos poderes, e conforme a maneira pela qual conceba a autonomia do poder judiciário, apesar da primazia atribuída ao poder legislativo, o juiz se achará obrigado, ao menos formalmente, a conformar-se estritamente à letra da lei, ou à vontade do legislador que a votou, ou então, compreendendo que nem todo o direito está contido na lei, reconhecerão que seu papel é conciliar a lei com a equidade”.

¹²⁶ Como traz Neil Duxbury (2008, p. 116, tradução nossa): “Não sem boas razões os juízes falam em estar vinculados por precedentes. Mas, por razões igualmente boas – não menos importante é que o tribunal que adere rigidamente ao precedente às vezes replicará erros – os juízes resistem a ficar absolutamente vinculados ao precedente”. No original: “*Not without good reasons do judges speak of being bound by precedent. But for equally good reasons – not the least of which is that*

Quanto à congruência aos padrões da sociedade, a corte passa a negar proposições morais, políticas e de experiência do momento da formação dos precedentes no caso atual, as concepções da sociedade do passado. Enquanto as proposições morais determinam se determinada conduta é certa ou errada perante a sociedade, as proposições políticas dizem respeito ao julgamento considerando o bem-estar geral, e as proposições de experiência tratam do funcionamento do mundo (MARINONI, 2016b, p. 252). Mudanças de entendimento a respeito do direito enquadrar-se-iam na última categoria, mas para a superação de um precedente dessa forma depende de uma ampla aceitação da nova posição doutrinária, não sendo possível a superação por entendimento individual do julgador ou amparada em doutrina não majoritária¹²⁷.

Já no que se refere à inconsistência sistêmica, essa ocorre quando o precedente passa a ser controvertido¹²⁸, não mais se harmonizando com os demais precedentes, ou é aplicado em distinções inconsistentes, isto é, passa a ser aplicado em situações fáticas que não o sustentam (MARINONI, 2016b, p. 253).

Além da possibilidade de superação por incongruência com os padrões da sociedade ou inconsistência sistêmica, é possível rever um precedente quando a estabilidade não justifica a manutenção dos resultados do passado na solução dos casos atuais. A preservação do precedente se abona quando ainda persiste a *confiança justificada e prevenção contra a surpresa injusta*. Quando o precedente passa a ser controverso, contudo, a isonomia (reflexo dessa necessidade de estabilidade) não mais justifica sua permanência. Não mais se justifica, então, a confiança depositada pelos jurisdicionados que decidem pautar sua conduta pelas disposições trazidas no precedente enfraquecido. Não há, assim, justificativa a evitar

the court which rigidly adheres to precedent will sometimes be replicating errors – judges resist being bound by precedent absolutely’.

¹²⁷ “Evidentemente não basta, para alterar um precedente, uma nova compreensão pessoal e individualizada da questão de direito. A posição de um único doutrinador ou de apenas um juiz não importa quando se pensa em preservar ou não um precedente. Na verdade, a vontade da minoria, ou melhor, aquilo que não configura a expressão geral da comunidade jurídica, é absolutamente incapaz de interferir sobre a estabilidade dos precedentes. Bem por isso não é possível revogar um precedente em razão da alteração na composição do órgão julgador ou do tribunal, como se o direito pudesse variar ao sabor do acaso” (MARINONI, 2016, p. 259).

¹²⁸ Luiz Guilherme Marinoni cita a doutrina de Melvin Eisenberg: “Os entendimentos controversos preenchem a primeira condição do princípio básico do *overruling*. Eles são socialmente incongruentes; é por isso que passam a se sujeitar a exceções inconsistentes. São sistematicamente inconsistentes, em parte por causa da inconsistência entre o entendimento e as exceções, e em parte porque, em razão de sua incongruência social, são inconsistentes diante de outros entendimentos” (EISENBERG, 1998, p. 105 *apud* MARINONI, 2016b, p. 253).

sua revogação. De outra banda, não se pode falar em surpresa injusta se o precedente já é controverso, sendo dever dos advogados estarem bem informados acerca da evolução da doutrina e das decisões dos tribunais¹²⁹ (MARINONI, 2016b, p. 255-256).

Por conta dessa necessidade de observar a confiança justificada e a prevenção contra surpresa injusta, desenvolveu-se nos países da *common law* a teoria do *prospective overruling*¹³⁰, que limita os efeitos da superação do precedente para casos futuros¹³¹. Esse efeito é excepcional, sendo mais comum a aplicação retroativa da superação¹³²

Em sentido semelhante, Benjamin Nathan Cardozo¹³³ já afirmava que há evidente dificuldade no *common law* quando não há regra a ser aplicada, ou quando deve haver *superação* da regra de precedente anterior e a decisão é retroativa aos

¹²⁹ “Não há como se pensar em surpresa injusta quando a doutrina e os tribunais estão a demonstrar a perda de congruência social e a falta de consistência sistêmica do precedente” (MARINONI, 2016, p. 257-258).

¹³⁰ Na conceituação de José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 180), “[...] a *prospective overruling*: instituída pela Suprema Corte Americana, na qual o precedente é revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática, como precedente vinculante, aos fatos anteriormente ocorridos”. Gilmar Mendes aponta que a teoria do *prospective overruling* tem seu desenvolvimento ligado à evolução do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, podendo haver a superação prospectiva limitada (abarcando os processos iniciados após o julgamento e o processo que dá motivo ao julgamento) ou ilimitada, que somente se aplica aos casos futuros. Como se vê: “A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited re-trospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que nem sequer se aplica ao processo que lhe deu origem” (MENDES, 2012, p. 769).

¹³¹ Como explica Ronaldo Cramer (2016, p. 154): “No *common law*, a prática tem origem no caso *Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refitting Company*, julgado pela Corte Suprema norte-americana em 1932. A *Sunbursts* ajuizou ação contra a *Northern Railway Company* para o reembolso de cobranças excessivas com base em um precedente de 1921 da Corte Suprema de Montana. Quando o caso chegou à Corte Suprema de Montana, o tribunal superou o precedente de 1921, mas decidiu que a mudança somente se aplicaria aos casos futuros (*prospective overruling*). Inconformada, a *Great Northern* recorreu à Corte Suprema norte-americana, requerendo a aplicação imediata da mudança do precedente. A Corte Suprema manteve a decisão da Corte de Montana”.

¹³² Nesse sentido: “Deixe-se claro que a doutrina de *common law* entende que a revogação, em regra, deve ter efeitos retroativos. Apenas excepcionalmente, em especial quando há confiança justificada no precedente, admite-se dar efeitos prospectivos ao *overruling*. E isso sem se enfatizar que as Cortes não devem supor razão para a tutela da confiança sem consideração meticulosa, analisando se a questão enfrentada é daquelas em que os jurisdicionados costumam se pautar nos precedentes, assim como se os tribunais já sinalizaram para a revogação do precedente ou se a doutrina já demonstrou a sua fragilidade” (MARINONI, 2011, p. 228).

¹³³ Tal assertiva se refere aos julgamentos das mais altas cortes de um país, não sendo aplicável ao homem que confia em um julgamento de uma corte inferior: nesse caso o indivíduo tomou uma decisão baseado em um risco calculado de que o entendimento em que confiou poderia ser posteriormente alterado (CARDOZO, 1946, p. 148).

fatos (o que, via de regra, ocorre nos julgamentos judiciais). É o caso de corte que declara um determinado estatuto inválido e depois volta atrás em sua decisão e o declara válido – como ficam as situações ocorridas nesse interregno? Como resolver as situações fáticas em que a conduta das partes foi pautada pelo precedente superado? Quando a corte exprime decisão retroativa, onde a linha deve ser traçada? O autor defende que essa linha deve ser traçada no momento em que a injustiça e a opressão de uma recusa ao direito passem a ser intoleráveis.

De outra forma, quando não há esta preocupação com a modulação dos efeitos da superação do precedente que caracteriza o *prospective overruling*, se está diante do *retrospective overruling*, que se dá quando a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão, então, substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos que aguardam julgamento. Outro tipo de superação se dá quando, sem qualquer alusão ao posicionamento jurisprudencial assentado, a nova decisão siga diferente vetor. Em tais hipóteses se tem a revogação implícita do precedente (*implied overruling*). Por fim, há, ainda, a possibilidade da superação antecipada, assim conceituada por José Rogério Cruz e Tucci:

[...] *anticipatory overruling*: introduzida, com inescandível arrojo, pelos tribunais dos Estados Unidos. Consiste na revogação preventiva do precedente, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, como já teria sido reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*. Basta, portanto que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo precedente. Ocorre aí “uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overruling*”. (TUCCI, 2004, p. 179-180).

Havendo motivo e argumentos para a superação do precedente, a corte superior pode a realizar sobre as das decisões de corte inferior a ela subordinada¹³⁴. Mais delicadas, no entanto, são as situações em que a corte deve superar seu

¹³⁴ Nesse aspecto, importante diferenciar a reversão (*reversing*), do *overruling* e da coisa julgada. A reversão ocorre quando a decisão tomada por uma corte é modificada por uma corte superior através de um recurso. A reversão pode coincidir com a superação (*overruling*) do precedente, em caso do julgamento da corte inferior se basear em precedente da corte superior e caso a corte *ad quem* venha a alterar seu entendimento, alterando as razões de decidir que constituiu a *ratio decidendi* anterior. A reversão afeta as partes do processo: e a alteração do precedente vai afetar os julgamentos dos casos futuros na corte prolatora e cortes inferiores, mas não vai afetar as partes no processo que teve a *ratio decidendi* superada, uma vez que, sobre este recai a disciplina da coisa julgada (KEENAN, 1995, p. 142).

próprio precedente ou precedente de corte de mesmo nível hierárquico¹³⁵. Nesses casos deve restar demonstrado cabalmente que o precedente deve ser superado para trazer uma evolução no direito; que não leve a uma ruptura com as expectativas dos cidadãos que regularam seus atos com base naquele precedente (confiança justificada); ou que a mudança desejada não pode ser atingida através de uma intervenção do legislativo (DUXBURY, 2008, p. 199).

O objeto deste trabalho é a investigação da possibilidade de aplicação ao sistema brasileiro de precedentes do *anticipatory overruling*, situação em que a superação do precedente (ou o afastamento de sua aplicação) se dá por corte inferior em relação à decisão (vinculante) de corte superior. Dessa forma, passa-se à análise detalhada dessa forma de *overruling*.

3.2 DO ANTICIPATORY OVERRULING NO DIREITO ESTRANGEIRO

Como visto, a regra é a força obrigatória do precedente. Existindo precedente ele deve ser aplicado. O *overruling* é uma exceção que confirma essa regra – e o *anticipatory overruling* é o extremo da exceção. A questão que se coloca é saber se esse instituto se amolda a uma teoria de precedentes vinculantes¹³⁶, e se pode ser aplicado no sistema de precedentes brasileiro. Para tanto, verificar-se-á se é permitido a cortes inferiores superarem ou deixarem de aplicar precedente de corte superior.

O *anticipatory overruling* é um exercício de previsibilidade das cortes inferiores em imaginar que as cortes superiores já admitem a superação de um precedente¹³⁷. É distinto do *overruling* propriamente dito, que só é permitido à corte

¹³⁵ Como traz Neil Duxbury (2008, p. 118, tradução nossa): “A razão mais óbvia para anular um precedente é que o tribunal inferior que o criou cometeu um erro. Mas a anulação tende a ser uma questão mais delicada quando um tribunal está considerando uma decisão própria ou de um tribunal de igual autoridade. Nessas circunstâncias, o tribunal superior – supondo que o tribunal tenha a capacidade de anular – desejará, no mínimo, convencer-se de que o precedente impugnado está claramente errado”. No original: “*The most obvious reason for overruling a precedent is that the inferior court which created it made a mistake. But overruling tends to be a more delicate matter when a court is considering a decision of its own or of a court of equal authority. In these circumstances, the overruling court – assuming the court has the capacity to overrule – will at the very least want to be convinced that the impugned precedent is clearly wrong*”.

¹³⁶ “A questão permanece, no entanto, se o *stare decisis* é suficientemente flexível para acomodar a anulação antecipada” (KNIFFEN, 1982, p. 56, tradução nossa). No original: “*The question remains, however, whether stare decisis is sufficiently flexible to accommodate anticipatory overruling*”.

¹³⁷ Acerca do conceito de *anticipatory overruling*, Eugênio Facchini Neto e Karine da Silva Cordeiro (2016, p. 34): “Ele lida com a situação em que a anulação do precedente anterior não é muito

proladora do precedente. Traz um forte ônus argumentativo aos juízes em demonstrar a necessidade de superação antecipada, diante do princípio da inércia em que a vinculação vertical é baseada (ATAÍDE JR.; PEIXOTO, 2014, p. 289).

O instituto tem origem no ordenamento jurídico norte-americano, sendo a superação antecipada, em princípio, admitida no ordenamento dos Estados Unidos, onde o *stare decisis* é flexibilizado, pois se permite a superação de precedentes – ou melhor, o afastamento de aplicação em caso que não seja de distinção – por corte inferior que imagine (e demonstre) ser o *overruling* o caminho que será inevitavelmente tomado pela corte superior.

Portanto, o *anticipatory overruling* se dá com a atuação antecipada das Cortes de Apelação nos Estados Unidos em relação a precedente que entendem que a Suprema Corte irá, provavelmente, revogar. Portanto, em que pese a nomenclatura utilizada, não é, em si, uma revogação, mas se trata da *não aplicação* de precedente em vias de ser superado pela Suprema Corte, o que só é admitido nos casos que não comportam *distinguish*. Em sendo aplicável o precedente e não sendo caso de superação antecipada, deixando a corte inferior de segui-lo incorre em *error in judicando* ou *in procedendo*¹³⁸.

A prática tem como fundamento, no direito norte-americano: (a) no desgaste (erosão) do precedente em comparação com outras decisões da Suprema Corte¹³⁹; (b) na percepção de tendência da Suprema Corte à revogação do precedente¹⁴⁰; ou (c) por ter a Suprema Corte sinalizado que está aguardando o caso correto para a

clara, mas há uma expectativa razoável de que o tribunal superior não siga o precedente em casos futuros. Esse construto apareceu na década de 1940, quando foi formulado e aplicado por Jerome Frank e Learned Hand, juízes federais de apelação”. No original: “*It deals with the situation when the overruling of the previous precedent is not very clear, but there is a reasonable expectation that the higher court will not follow the precedent in future cases. This construct appeared in the 1940s, when it was formulated and applied by Jerome Frank and Learned Hand, federal appellate judges*”.

¹³⁸ Como traz Ravi Peixoto (2019, p. 211): “Mesmo que uma determinada corte incompetente para tanto não adote aquele entendimento, ela não terá poder para modificar a eficácia do precedente, inexistindo, por consequência, sua superação, permanecendo a *ratio decidendi* em vigor. No máximo, essa não aplicação será caracterizada como uma superação antecipada. Em sendo aplicável, e não sendo a hipótese de superação antecipada, tratar-se-á de decisão em *error in judicando* ou *in procedendo*”.

¹³⁹ “Decisões da Suprema Corte com fundamentos incompatíveis àqueles que sustentam um seu precedente geram o seu desgaste, permitindo, assim, o *anticipatory overruling*” (MARINONI, 2016b, p. 262).

¹⁴⁰ O precedente não é erodido, mas a corte superior, nas decisões subsequentes, revela tendência que se afasta da tese que o sustenta (MARINONI, 2016b, p. 262).

superação do precedente¹⁴¹, de forma que a superação é apenas uma questão de tempo. Esses requisitos serão normalmente associados com: (a) a identificação de inconsistência do precedente com decisões anteriores; (b) a percepção que o precedente não surtiu os efeitos esperados; (c) a alteração da composição da Suprema Corte ou do entendimento dos juízes (KNIFFEN, 1982, p. 53-54).

Exemplo de superação antecipada por (a) erosão de precedente é evidenciada no caso *Rowe v. Pyton* (1967), quando o *Fourth Circuit* deixou de aplicar um precedente da Suprema Corte de 1934, pois percebeu que *um conceito mais liberal, menos técnico* do mandado de *habeas corpus* havia sido posteriormente adotado pelo Tribunal superior. A questão perante o *Fourth Circuit* era se o *habeas corpus* estava disponível para prisioneiros que ainda não tinham começado a cumprir suas sentenças. A Corte de Apelação sustentou que, apesar de a Suprema Corte ter afirmado em 1934 que o *writ* não estaria disponível para questionar uma sentença a ser cumprida no futuro, as manifestações posteriores da Suprema Corte mostravam inconsistências com esse precedente. Nos casos mais recentes havia uma reanálise do devido processo legal e das garantias da décima quarta emenda. Com esse fundamento, houve a *não aplicação* do precedente de 1934, *erodido*, e a concessão do *habeas corpus*¹⁴².

¹⁴¹ Embora as evidentes diferenças, a doutrina estrangeira já chegou a confundir *anticipatory overruling* com a sinalização. Equívoco cometido por Richard L. Hasen (2012, p. 783, tradução nossa): “A anulação antecipatória ocorre quando o Tribunal não anula o precedente, mas sugere sua intenção de fazê-lo em um caso futuro”. No original: “*Anticipatory overruling occurs when the Court does not overrule precedent but suggests its intention to do so in a future case*”.

¹⁴² Como traz Margaret N. Kniffen (1982, p. 61-62, tradução nossa): “Por exemplo, em 1967, o Quarto Circuito descobriu, em *Rowe v. Peyton*, que desde o estabelecimento de um precedente da Suprema Corte em 1934, ‘um conceito mais liberal e menos técnico’ do mandado de *habeas corpus* havia sido adotado pelo Alto Tribunal. Nenhum dos casos que indicaram essa abordagem alterada lidou, no entanto, com a questão antes do Quarto Circuito: se a ação estava disponível para os prisioneiros que ainda não haviam começado a cumprir as sentenças específicas pelas condenações que procuravam contestar. O tribunal de apelações declarou que, no precedente, o Supremo Tribunal havia declarado que o mandado não estava disponível para questionar uma sentença a ser cumprida no futuro. O tribunal de apelações determinou, no entanto, que a atitude geral da Suprema Corte em casos recentes envolvendo *habeas corpus* era ‘completamente inconsistente’ com o precedente. Além disso, constatou que a ‘abordagem doutrinária’ do precedente e sua ênfase nas preocupações jurisdicionais foram ‘completamente rejeitadas pelo Supremo Tribunal’. O tribunal de apelações também observou a ‘atualmente procedendo com a reinterpretação em andamento do devido processo e cláusulas de proteção igualitária da décima quarta emenda’. Consequentemente, o precedente não foi seguido e o *habeas corpus* foi mantido para estar disponível para os prisioneiros”. No original: “*For example, in 1967 the Fourth Circuit found, in Rowe v. Peyton, that since the establishment of a Supreme Court precedent in 1934, ‘a more liberal, less technical concept’ of the writ of habeas corpus had been adopted by the High Court. None of the cases that indicated this altered approach had dealt, however, with the issue before the Fourth Circuit: whether the writ was available to prisoners who had not yet commenced serving the particular sentences for the convictions that they sought to challenge. The court of*

A diferença em relação ao *anticipatory overruling* por (b) mudança de entendimento da Suprema Corte é que não há, nesse caso, deterioração do precedente, que fica *intacto* para ser seguido em decisões futuras. O que ocorre é o desvio do entendimento original. Um exemplo citado é da Corte de Apelação do *Second Circuit*, caso *Pekins v. Endicott Johnson Corp.* Nesse caso, a Corte deixou de aplicar dois precedentes da Suprema Corte, que tinham, à época, cerca de trinta anos. A questão envolvia o limite do poder investigativo de agências administrativas e da obrigação da indústria de apresentar dados (JUSTIA, 1943, s.p.). Argumentou-se que havia uma tendência da Suprema Corte em lidar de maneira mais liberal com as agências, mudando entendimento anterior. Os precedentes referidos não foram então aplicados, com o fundamento de que houve mudança do entendimento original. Nesse sentido, esclarece Margaret N. Kniffen:

O tribunal de apelações concluiu que “quando um tribunal inferior percebe uma nova tendência doutrinária pronunciada nas decisões da Suprema Corte, é seu dever, com cautela para ter certeza, segui-la e não a resistir”. O juiz Frank, autor da opinião da maioria, acrescentou em uma nota de rodapé: “Para usar palavras que encham a boca, é necessária uma extrapolação cautelosa”.¹⁴³ (KNIFFEN, 1982, p. 64).

Já a superação antecipada por (c) conhecimento de que a Suprema Corte está apenas aguardando um caso apropriado para superar o precedente ocorre quando a corte inferior se depara com o caso que, acredita, é aquele que a Corte Suprema estava esperando. Então, a corte inferior antecipa o resultado e não aplica o precedente. Por exemplo, o *Fifth Circuit* concluiu que o julgamento de *Andrews v. Louisville & Nashville Railroad* era o caso aguardado pela Suprema Corte para superar o precedente de *Republic Steel Corp. v. Maddox*. A questão discutida era se necessário um trabalhador esgotar as instâncias administrativas antes de ingressar

appeals stated that in the precedent, the Supreme Court had ‘held that the writ was unavailable to question a sentence to be served in the future. The court of appeals determined, however, that the Supreme Court’s general attitude in recent cases involving habeas corpus was ‘thoroughly inconsistent with’ the precedent. Moreover, it found that the ‘doctrinaire approach’ of the precedent and its emphasis on jurisdictional concerns had been ‘thoroughly rejected by the Supreme Court.’ The court of appeals also noted the ‘currently proceeding reinterpretation of the due process and equal protection clauses of the Fourteenth Amendment’. Consequently, the precedent was not followed, and habeas corpus was held to be available to the prisoners”.

¹⁴³ No original: “The court of appeals concluded that ‘when a lower court perceives a pronounced new doctrinal trend in Supreme Court decisions, it is its duty, cautiously to be sure, to follow not to resist it.’ Judge Frank, author of the majority opinion, added in a footnote: ‘To use mouth-filling words, cautious extrapolation is in order”.

com ação privada de danos contra a empresa. Para justificar o *anticipatory overruling*, a corte inferior argumentou que se encontrava de acordo com a opinião dissidente do Justice Black e que a Suprema Corte, ainda que tivesse declinado expressamente do *overruling*, havia levantado o martelo da superação tão alto que sua queda era uma certeza, como o passar das estações¹⁴⁴.

Quanto ao ponto, alerta Luiz Guilherme Marinoni (2016b, p. 263) que a sinalização por parte da corte superior que estará aguardando o caso apropriado para superação do precedente *limita* o *anticipatory overruling*, uma vez que a precaução da corte superior é evitar a violação da *confiança justificada* ou da *proibição de surpresa injusta*. Nesses casos, a Corte de Apelação somente poderá realizar a superação antecipada se no caso concreto demonstrar não haver qualquer indício de quebra da confiança das partes e que a aplicação do precedente vai causar grave prejuízo à parte.

Há outras hipóteses de *anticipatory overruling*, normalmente associadas a uma das situações acima apresentadas. É o caso de mudança da composição da Suprema Corte, ou de alteração do próprio posicionamento individual dos *Justices*, como ocorrido no caso *United States v. White*, julgado pela Corte de Apelação do *Seventh Circuit*. Quando do julgamento, a Corte de Apelação percebeu que quatro juízes da Suprema Corte não haviam concordado com o precedente e que, em julgamentos posteriores, outros *Justices* declararam que o precedente deveria ser considerado *letra morta*, sendo declarado pelo *Chief Justice Warren* que havia sido *wrongly decided and should not be revitalized* (erroneamente decidido e não deve ser revitalizado) (KNIFFEN, 1982, p. 97).

Outra forma é quando as decisões da Suprema Corte passam a demonstrar inconsistência com decisões anteriores. Isto é, a decisão precedente que se pretende aplicar não está em harmonia com outros precedentes anteriores a ele (sem que tenha havido a superação dos antigos). Como se aquela decisão fosse um

¹⁴⁴ Como traz Margaret N. Kniffen (1982, p. 65): “Ao concluir que o Supremo Tribunal, após tal consideração, superaria o precedente, o tribunal de apelações declarou que se encontrava de acordo com a opinião divergente do juiz Black em Maddox. A Justiça declarou que a Suprema Corte, 'embora recusando expressamente superar', 'elevou o machado da superação tão alto que sua queda [era] quase tão certa quanto a mudança das estações’”. No original: “*In concluding that the Supreme Court would, after such consideration, overrule the precedent, the court of appeals stated that it found itself in agreement with Justice Black’s dissenting opinion in Maddox. The Justice had declared that the Supreme Court, ‘while declining expressly to overrule,’ had ‘raised the overruling axe so high that its falling [was] just about as certain as the changing of the seasons’.*”.

ponto fora da curva. Não há mitigação da força do precedente pela erosão de suas razões, mas sim, uma inconsistência com o pensamento dominante na corte superior¹⁴⁵. Por fim, se o precedente não alcança os efeitos almejados pela corte superior quando da sua prolação, pode esse argumento reforçar (somado a um dos fatores visto acima) a necessidade de superação antecipada (KNIFFEN, 1982, p. 69).

O que parece restar claro é que a superação antecipada realizada pela corte inferior deve ser explícita. Deverá estar claramente exposta nas razões do julgamento¹⁴⁶ que se deixou de aplicar precedente válido de corte superior (sem realizar distinção) por antever que o entendimento daquela não mais sustenta o precedente.

Ademais, parece que o *anticipatory overruling* não retira o precedente do conjunto de normas jurídicas. A decisão de corte inferior que realiza a superação antecipada *não tem efeito vinculante para as demais cortes* e não retira a eficácia do precedente, que pode continuar sendo aplicado por outras cortes. Dessa forma, Marinoni defende que a superação antecipada não é o rompimento completo da hierarquia dos órgãos julgadores, mas uma decorrência desse. As Cortes de Apelação têm o dever de seguir o entendimento da Suprema Corte e manter a coerência do ordenamento, e aí está a legitimidade do *anticipatory overruling*. A corte inferior deixa de aplicar o precedente imaginando que essa seria a prática da corte superior ao julgar o caso. Não serve para criticar o posicionamento da corte superior, nem para forçar nova manifestação sobre a matéria:

Assim, tudo se resume a uma questão de forte probabilidade de revogação do precedente por parte da Suprema Corte. Frise-se que não importa o entendimento da Corte de Apelação a respeito do precedente, mas sim a

¹⁴⁵ “Uma segunda razão apresentada em combinação com outras para a superação antecipada é que, como um precedente é inconsistente com as decisões anteriores da Suprema Corte, o Supremo Tribunal, quando tiver oportunidade, anulará esse precedente” (KNIFFEN, 1982, p. 68, tradução nossa). No original: “A second reason given in combination with others for anticipatory overruling is that because a precedent is inconsistent with previous Supreme Court decisions, the High Court will, when afforded an opportunity, overturn that precedent”.

¹⁴⁶ “O afastamento do precedente por omissão, ou seja, deixar de mencionar a existência do precedente, seja acidental ou talvez ‘consciente’, também não será considerado. Quando um tribunal não reconhece que antecipou, sua consequente falha em declarar o motivo da antecipação interfere na análise convincente” (KNIFFEN, 1982, p. 59, tradução nossa). No original: “Departure from precedent by omission, i.e., failure to mention the existence of the precedent, whether accidental or perhaps ‘conscious’, will also not be considered. When a court does not acknowledge that it has anticipated, its consequent failure to state its reason for anticipating interferes with cogent analysis”.

sua percepção acerca da probabilidade de sua revogação pela Corte Suprema, o que significa que a razão de ser do *anticipatory overruling* está apenas na necessidade de se fazer valer o entendimento anunciado, mas ainda não expresso, da Suprema Corte. (MARINONI, 2016b, p. 264).

De se destacar, portanto, que o *anticipatory overruling* não se confunde com outras formas de superação, como a superação implícita¹⁴⁷. Como visto, não pode haver *superação antecipada implícita* pela corte inferior. Sempre deverá ser explicitada e justificada na fundamentação da decisão. Tampouco haverá superação antecipada caso a corte superior já tenha realizado a superação do precedente de maneira implícita – nesse caso a corte inferior estará apenas seguindo a orientação da corte superior de norma que já não mais integra aquele ordenamento jurídico.

A superação implícita pela corte superior ocorre quando essa julga sem mencionar expressamente estar superando entendimento anterior, apesar de a consequência de seu julgamento ser o *overruling*.

O *anticipatory overruling* só ocorre, logicamente, quando a corte superior ainda não superou (explicitamente ou implicitamente) seu precedente. A corte inferior realiza uma análise que identifica que o precedente acabará sendo revogado se analisado pela corte superior¹⁴⁸, por isso afasta, desde já, sua aplicação.

Ou seja, não se pode confundir a superação antecipada com a aplicação incorreta do precedente¹⁴⁹.

¹⁴⁷ “O afastamento por um tribunal de apelação de um precedente superado implicitamente pelo Supremo Tribunal não deve ser confundido com superação antecipada. A superação implícita ocorre quando o Supremo Tribunal, sem mencionar que está anulando sua decisão anterior, determina que a regra de direito que o precedente enunciou não é mais correta” (KNIFFEN, 1982, p. 57, tradução nossa). No original: “*Departure by a court of appeals from a precedent impliedly overruled by the Supreme Court should not be confused with anticipatory overruling. Implied overruling occurs when the Supreme Court, without mentioning that it is overturning its previous decision, determines that the rule of law that the precedent enunciated is no longer correct*”.

¹⁴⁸ “A superação antecipada, por outro lado, ocorre quando um tribunal inferior parte da decisão de um tribunal superior que incorpora uma regra de direito que o tribunal superior não repudiou explicitamente ou implicitamente” (KNIFFEN, 1982, p. 57, tradução nossa). No original: “*Anticipatory overruling, by contrast, occurs when a lower court departs from a higher court’s decision embodying a rule of law that the higher court has not repudiated either explicitly or by implication*”.

¹⁴⁹ Exemplificativamente, seria o caso de a corte inferior acabar seguindo orientação que não corresponde à *ratio decidendi*, fundamentando seu julgamento em *dictum* (que não tem força vinculante) da decisão precedente. Houve erro na aplicação do precedente, não superação antecipada. O mesmo poderia ser dito quanto a Corte Superior realiza o *prospective overruling* e a corte inferior continua a aplicar a tese anterior. Ainda, quando realizada *distinção inconsistente* igualmente não se pode falar *anticipatory overruling*, embora distinções inconsistentes pela corte superior podem ser motive de erosão do precedente (KNIFFEN, 1982, p. 58).

Também não se pode confundir o *anticipatory overruling* com a *disapproved precedent*, quando o magistrado aplica a *ratio decidendi* da corte superior pela força obrigatória dos precedentes, mas realiza ressalva de discordância, expondo sua divergência (PEIXOTO, 2019, p. 212). Mayara de Carvalho e Juliana Coelho Tavares da Silva (2015) apontam que essa *ressalva de entendimento* serve para incluir no processo de superação juízes e tribunais locais, podendo dar sua contribuição para eventual superação de precedente *pela corte superior*¹⁵⁰. Não há, como na superação antecipada, o afastamento da força vinculante do precedente. A contribuição dos julgadores é válida e a prática pode ser adotada em qualquer caso, mesmo naqueles em que não há indícios para a superação antecipada. No entanto, em havendo elementos para a realização do *anticipatory overruling*, esse é o melhor caminho para aplicação da justiça ao caso concreto.

O *disapproved precedent* deixa claro, portanto, que o *anticipatory overruling* não deve ser usado quando o juiz simplesmente *não concorda* com a *ratio decidendi*. Se assim fosse, haveria a quebra total do sistema de precedentes. Para superação antecipada, como visto, deve haver uma incompatibilidade do precedente a ser aplicado com o atual estado do direito, com alguma modificação legislativa ou de outros precedentes correlatos, por exemplo. Se a corte não competente para *overruling* não adota precedente válido, pode estar decidindo *per incuriam* (ATAÍDE JR.; PEIXOTO, 2014, p. 290).

A doutrina aponta pontos favoráveis à adoção do *anticipatory overruling*, que traria benefícios ao direito ao proporcionar justiça ao caso a ser julgado. Se é uma questão de tempo para a Corte Suprema superar o precedente, é justo que o caso seja julgado de acordo com as novas tendências já apontadas pelas cortes superiores. Outro ponto positivo é evitar que grave dano seja causado à esfera de direitos de um litigante; com o cuidado de não criar situação desfavorável ao outro litigante, que está albergado pelo precedente¹⁵¹.

¹⁵⁰ Como trazem as autoras: “A fundamentação em sentido diverso, portanto, não resulta no descumprimento de precedente vinculante, tendo a finalidade exclusiva de conduzir a potencial modificação no entendimento do órgão originário, o que pode levar a posterior *overruling*. Desse modo, respeita-se as partes e os precedentes sem limitar-se a reproduzir entendimentos irrefletidos ou a tolher a liberdade decisória” (CARVALHO; SILVA, 2015, p. 746).

¹⁵¹ Deve-se observar a ocorrência de dano grave, tanto para aplicação do *anticipatory overruling*, quando para evitar o seu uso. Explica Luiz Guilherme Marinoni (2016b, p. 266): “Em outros termos, ressalta-se que o uso da antecipação deve ser estimulado para evitar prejuízo grave, mas

Adicionalmente, a teoria de precedentes vinculantes traz risco do esvaziamento e desvalorização dos julgamentos de primeira instância e dos tribunais locais¹⁵², uma vez que o entendimento das cortes superiores, mesmo *desatualizados*, devem ser aplicados de maneira obrigatória¹⁵³. Admitir a superação antecipada pode garantir a aplicação de entendimento mais justo (de acordo com o entendimento que se percebe ser o da corte superior) e evitar que os litigantes sejam compelidos sempre a buscar o acesso à corte superior, o que importa no dispêndio de tempo e recursos das partes e do Poder Judiciário.

Partindo do ponto de que é possível a realização da superação antecipada, um dos argumentos desfavoráveis ao *anticipatory overruling* é a violação à confiança justificada. Argumenta-se, como visto, que essa confiança depende de como está sendo aplicado o precedente pelas cortes superiores e que – estando ele a ponto de poder ser superado – não se justifica a confiança em sua aplicação (MARINONI, 2016b, p. 265).

A utilização da superação antecipada parece ter sido admitida nos Estados Unidos, ainda que sem manifestação expressa da Suprema Corte a respeito do tema¹⁵⁴ (KNIFFEN, 1982, p. 59). Robert S. Summers¹⁵⁵ aponta que, no Sistema de

que, quando a não aplicação do precedente puder ocasionar a mesma situação, a sua utilização deve ser evitada”.

¹⁵² Ao tratar do sistema recursal brasileiro e das súmulas vinculantes, o professor Ovídio A. Baptista da Silva já apontava o esvaziamento do papel do juiz e realizava crítica à uma ideologia de positivismo jurídico que aponte a lei como fonte capaz de regular na totalidade os desafios postos pela sociedade. Segundo o autor esta ideologia é “[...] mais uma expressão do componente autoritário da cultura jurídica da modernidade, incapaz de lidar com a diferença, com a riqueza do individual e conseqüentemente, com os casos concretos” (SILVA, 2004, p. 239), entendendo que se busca sistematizar o direito através de diversas instituições processuais, com o objetivo de o tornar mais simples e objetivo, se afastando das agruras de ter que julgar o caso concreto – no que conceitua como ideologia racionalista.

¹⁵³ Quanto à vinculação obrigatória, José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 449) pontua que: “É indiscutível que o juiz não pode ser escravo do precedente judicial, porque certamente haveria aí uma abdicação da independência da livre persuasão racional, assegurada pelo art. 131 do Código de Processo Civil. Contudo, se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus do argumento contrário”.

¹⁵⁴ “Ao examinar as razões apresentadas pelos tribunais de apelação que se comprometeram com a superação antecipada, deve-se lembrar que a Suprema Corte não avaliou este dispositivo. Confirmou, de fato, decisões nas quais um tribunal de apelações declarou que havia recusado seguir um precedente da Suprema Corte. Em cada um desses casos, no entanto, o Supremo Tribunal decidiu sobre o mérito, sem manifestar aprovação ou desaprovação pelo fato de o tribunal inferior ter antecipado. O Supremo Tribunal também reverteu, novamente por mérito, pelo menos uma decisão em que um tribunal de apelações previu a anulação de um precedente da Suprema Corte. Nessa reversão, o Tribunal não discutiu a aceitabilidade de superação antecipada. Raramente a Suprema Corte reconheceu que ocorreu uma anulação antecipada” (KNIFFEN, 1982, p. 60, tradução nossa). No original: “*In examining the reasons advanced by courts of appeals that have engaged in anticipatory overruling, it should be remembered that the Supreme*

Cortes Federais dos Estados Unidos, o *anticipatory overruling* não era incomum antes de 1989, salientando que a noção majoritária era de que as cortes inferiores poderiam desconsiderar as decisões da Suprema Corte replicando o pensamento dessa em caso de superação do precedente. A doutrina norte-americana defendia que a superação antecipada tornava a lei mais sensível à mudança, conferia um tratamento mais justo e igualitário para os litigantes, aumentava a previsibilidade do direito e promovia a eficiência judicial – ainda mais que os tribunais de apelação acabam sendo os tribunais de última instância para a maioria dos casos, sendo que a Suprema Corte analisa poucos casos por ano.

Após 1989, no entanto, passa a haver expressa desautorização da Suprema Corte à prática do *anticipatory overruling*. Nesse sentido de não ser o *anticipatory overruling* permitido nos Estados Unidos, Gustavo Santana Nogueira (2013) traz que a Suprema Corte dos Estados Unidos já teria apontado que a prática do *overruling* sobre suas decisões é limitada a ela somente, não podendo um tribunal inferior – no

Court has not evaluated this device. It has, indeed, affirmed decisions in which a court of appeals stated that it had declined to follow a Supreme Court precedent. In each such instance, however, the Supreme Court ruled on the merits, without voicing either approval or disapproval of the lower court's having anticipated. The High Court has also reversed, again on the merits, at least one decision in which a court of appeals had forecast the overturning of a Supreme Court precedent.³⁵ In this reversal the Court did not discuss the acceptability of anticipatory overruling. Rarely has the Supreme Court even acknowledged that anticipatory overruling has occurred'.

¹⁵⁵ “Pode-se argumentar que 'a anulação antecipatória torna a lei mais sensível à mudança, garante aos litigantes tratamento justo e igualitário, aumenta a previsibilidade da lei e promove a eficiência judicial'” (Bradford, 1990, p. 42). Outro estudioso argumentou que o poder de anular antecipadamente é apropriado, particularmente no contexto da corte federal (Eisenberg, 1988, p. 191, n. 43). Como a Suprema Corte dos Estados Unidos analisa muito poucos casos a cada ano, os tribunais federais de apelação são geralmente o tribunal de última instância para a grande maioria dos litigantes. Essas possibilidades limitadas de revisão pela Suprema Corte significam que, se os tribunais federais de apelação não tiverem o poder de anular antecipadamente, precedentes desatualizados da Suprema Corte poderão, no entanto, permanecer em vigor por um período muito longo, até que a Suprema Corte decida finalmente rever um caso. Assim, este estudioso argumenta que a justiça e as considerações institucionais sugerem que, ao determinar se um caso deve ser antecipadamente anulado, os tribunais federais inferiores devem replicar o raciocínio que o Supremo Tribunal usa para determinar se um caso deve ser realmente anulado” (SUMMERS, 2016, p. 398-399, tradução nossa). No original: “*It might be argued that 'Anticipatory overruling makes the law more responsive to change, it ensures litigants fair and equal treatment, it enhances the predictability of the law and it promotes judicial efficiency' (Bradford, 1990, p. 42). Another scholar has argued that the power to overrule anticipatorily is appropriate, particularly in the federal court context (Eisenberg, 1988, p. 191, n. 43). Because the United States Supreme Court reviews very few cases each year, the federal courts of appeal are generally the court of last resort for the vast majority of litigants. Such limited possibilities for review by the Supreme Court mean that, if the federal courts of appeal have no power to overrule anticipatorily, outdated Supreme Court precedent may nonetheless stay in effect for a very long time, until the Supreme Court finally decides to review a case raising the issue. Thus this scholar argues that both fairness and institutional considerations suggest that in determining whether a case should be anticipatorily overruled, the lower federal courts should replicate the reasoning the Supreme Court uses to determine whether a case should be actually overruled'.*”

plano hierárquico – superar os precedentes que lhes estão acima. Cita um precedente da Suprema Corte, de 1953, no caso *Wilko v. Swan*, onde se decidiu acerca da possibilidade de o Judiciário intervir na decisão proferida pelo árbitro contratado pelas partes para resolver um litígio particular, quando a decisão da arbitragem estivesse em desacordo com os princípios de Direito e do contrato. Já em 1988, a *U.S. Court of Appeal for the Fifth Circuit*, situada em Nova Orleans, Louisiana, decidiu que o precedente *Wilko* era obsoleto e que por essa razão deixaria de adotar a sua *ratio decidendi* na solução do caso *Rodriguez de Quijas c. Shearson/American Express*¹⁵⁶.

No ano seguinte, em 1989, a Suprema Corte, julgando o caso *Rodriguez de Quijas*, em sede recursal, pronunciou-se de forma negativa ao julgamento da corte, como se a estivesse advertindo a não proceder novamente da mesma forma, mesmo que o julgamento na Suprema Corte tenha, como efetivamente o fez, superado o precedente *Wilko*, confirmando o julgado da *Court of Appeals*¹⁵⁷ (NOGUEIRA, 2013, p. 197). Pelo que Robert S. Summers parece ser taxativo: “Obviamente, a decisão de 1989 da Suprema Corte, acima, continua sendo lei no

¹⁵⁶ “Por outro lado, no sistema judicial federal, a anulação antecipada não era incomum antes de 1989, quando a opinião da maioria era que os tribunais inferiores deveriam desconsiderar as decisões [federais] da Suprema Corte quando estavam razoavelmente certos de que a Suprema Corte as anularia, dada a oportunidade (Bradford, 1990, p.41). No caso de *Rodriguez de Quijas v. Shearson / American Express, Inc.*, 490 US 477 (1989), em 1989, porém, a Suprema Corte falou pela primeira vez sobre a adequação da doutrina e a condenou veementemente: ‘Se o precedente deste Tribunal tiver aplicação direta em um caso, ainda que pareça fundamentar-se em razões rejeitadas em alguma outra linha de decisões, o Tribunal de Apelações deverá seguir o caso que controla diretamente, deixando para este Tribunal a prerrogativa de anular suas próprias decisões’ (Rodriguez, 490 US em 484)” (SUMMERS, 2016, p. 398-399, tradução nossa). No original: “By contrast, in the federal court system, anticipatory overruling was not uncommon prior to 1989, when the majority view was that lower courts should disregard [federal] Supreme Court decisions when they are reasonably sure that the Supreme Court would overrule them given the opportunity (Bradford, 1990, p.41). In the 1989 case of *Rodriguez de Quijas v. Shearson / American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989), however, the Supreme Court spoke for the first time on the appropriateness of the doctrine and strongly condemned it: ‘If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions’ (Rodriguez, 490 U.S. at 484)”.

¹⁵⁷ A decisão pode ser encontrada no site <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/490/477.html>, e traz o voto do magistrado Kenedy (FINDLAW, 1989, s.p., tradução nossa): “Não sugerimos que o Tribunal de Apelações, por sua própria autoridade, deveria ter dado o passo de renunciar a *Wilko*. Se um precedente deste Tribunal tem aplicação direta em um caso, mas parece basear-se em razões rejeitadas em alguma outra linha de decisões, o Tribunal de Apelações deve seguir o caso que controla diretamente, deixando para este Tribunal a prerrogativa de anular suas próprias decisões”. No original: “We do not suggest that the Court of Appeals on its own authority should have taken the step of renouncing *Wilko*. If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative of overruling its own decisions”.

sistema federal: nenhuma superação antecipada dos precedentes da Suprema Corte dos EUA” (SUMMERS, 2016, p. 399)¹⁵⁸.

De outra forma, na Inglaterra percebe-se que não houve uma abertura para a possibilidade de superação antecipada. Há notícia que Lord Denning, Presidente da Corte de Apelação da Inglaterra e País de Gales da década de 60 ao início da década de 80, usou sua posição na corte para experimentar o *anticipatory overruling* na Inglaterra. Mas a prática não foi aprovada. Em seu lugar, usa-se o expediente do *leapfrogging appeals*, um recurso que *pula etapas*, recorrendo-se de uma decisão da *High Court* diretamente para a *House of Lords*, quando o julgamento do caso depende de um *overruling* de um precedente de uma das cortes superiores, seja da *Court of Appeal*, seja da própria *House of Lords* (BANKOWSKI; MACCORMICK; MARSHALL, 2016, p. 344-345).

Mesmo assim, Neil MacCormick¹⁵⁹ questiona se não seria mais lógico ao sistema (por ser mais barato, eficiente e justo) a possibilidade de superação de precedentes pelas cortes inferiores, poupando os litigantes a ter que levar até as mais altas cortes seus recursos para ver alterado determinado entendimento superado. Esse conceito é refutado por Neil Duxbury¹⁶⁰, que entende que não deve haver essa permissão para que cortes inferiores superem o entendimento de cortes

¹⁵⁸ No original: “Of course, the 1989 ruling of the Supreme Court, above, remains law in the federal system: no anticipatory overruling of US Supreme court precedents”.

¹⁵⁹ Segundo D. Neil MacCormick (1966, p.199 apud DUXBURY, 2008, p. 131, tradução nossa): “[Se] não formos além da nova regra de que somente a Câmara dos Lordes deixará de ser vinculada por suas decisões passadas, seremos confrontados com o espetáculo ridículo de litigantes sendo forçados a arcar com todas as despesas de apelos à mais alto tribunal ... [Não] seria mais barato, mais eficiente e mais justo se o precedente fosse rejeitado em primeira instância? (‘Stare Decisis Abolished?’, 199)”. No original: “[i]f we go no farther than the new rule that the House of Lords alone will cease to be bound by its past decisions, we shall be faced with the ludicrous spectacle of litigants being forced to take all the expense of appeals to the highest tribunal ... [W]ould it not be cheaper, more efficient and more just if the precedent were rejected at first instance? (‘Can Stare Decisis be Abolished?’, 199)”.

¹⁶⁰ “Permitir que os tribunais inferiores superem os precedentes dos tribunais superiores pode prejudicar seriamente o sistema de autoridade e apelos da lei comum. Um sistema que geralmente permite que tribunais de primeira instância superem seus próprios precedentes corre o risco de gerar imprevisibilidade: se advogados de potenciais litigantes não puderem prever, ou não puderem tentar decentemente, as chances de sucesso de seus clientes, é provável que haja um aumento nos litígios, incluindo um número razoável de casos que não deveriam ter chegado ao tribunal em primeiro lugar” (DUXBURY, 2008, p. 131, tradução nossa). No original: “Allowing lower courts to overrule the precedents of higher courts might seriously undermine the common law system of authority and appeals. A system which generally allows courts of first instance to overrule their own precedents risks generating unpredictability: if lawyers of potential litigants cannot predict, or cannot make a decent attempt at predicting, their clients’ chances of success, there is likely to be an increase in litigation, including a fair number of cases that should not have made it to court in the first place”.

superiores, sob pena de minar os fundamentos de autoridade na *common law* e seu sistema de apelação; além de gerar imprevisibilidade para partes e advogados, aumentando o número de casos.

Por sua vez, nos países da tradição do *civil law*, devido à natureza (via de regra) persuasiva do precedente – com exceção das decisões das cortes constitucionais, será mais natural se falar em superação de *precedente* e ainda *superação antecipada*, dada a ausência de uma força vinculante forte na decisão precedente. Poderia melhor se referir a um caso de superação de *jurisprudência*¹⁶¹ pelas cortes inferiores.

É o que ocorre na Alemanha, onde o precedente é considerado como uma decisão possivelmente relevante para o caso em julgamento, sem que haja uma vinculação clara e forte ao julgamento anterior¹⁶². Assim, não havendo uma força vinculante forte, a própria corte pode mudar seu entendimento (*overruling*) e as cortes inferiores não estão obrigadas a seguir mecanicamente a tese construída pela corte superior, mas delas também se espera que adotem uma visão crítica acerca

¹⁶¹ Nesse sentido, Raimo Siltala (2000, p. 134, tradução nossa): “A técnica de distinguir um caso anterior com base em fatos não parece ser muito sofisticada no sistema jurídico alemão, como é bastante comum nos sistemas continentais de direito civil da Europa. Como os precedentes não são formalmente vinculativos, com a única exceção das decisões do Tribunal Constitucional Federal, não há, de fato, nenhuma necessidade ou incentivo, primeiro, para discernir a razão normativa do ditado de um caso e, em segundo lugar, encontrar alguma distinção legalmente relevante entre os dois casos ou evitar o efeito normativo do precedente por outros meios tecnicamente corretos. No entanto, a anulação de um precedente é frequentemente realizada em termos explícitos no sistema de direito alemão. Mesmo a superação antecipada de um precedente por um tribunal inferior pode ocasionalmente ocorrer”. No original: “*The technique of distinguishing a prior case on factual grounds does not appear to be very sophisticated in the German legal system, as is quite common place in the continental civil law systems of Europe. Since precedents are not held to be formally binding, with the one exception of decisions of the Federal Constitutional Court, there is, in fact, no need or incentive, first, to discern the normative ratio from the dicta of a case, and secondly, to find some legally relevant distinction between the two cases or evade the normative effect of the precedent by some other technically correct means. However, the overruling of a precedent is frequently performed in explicit terms in the German system of law. Even the anticipatory overruling of a precedent by a lower court may occasionally occur*”.

¹⁶² Quanto ao significado de precedente na Alemanha: “‘Precedente’ (*Prajudiz*) é geralmente considerado como significando qualquer decisão prévia possivelmente relevante para um caso a ser decidido. A noção pressupõe algum tipo de vinculação, mas seu uso no discurso jurídico não implica nada definitivo sobre a natureza ou a força dessa vinculação. Também não é necessário que o tribunal de decisão adote ou formule expressamente uma decisão para orientar futuras tomadas de decisão, a fim de falar sobre isso como um precedente. Ser relevante para qualquer decisão futura é suficiente” (ALEXY, DREIER, 2016, p. 23, tradução nossa). No original: “‘*Precedent*’ (*Prajudiz*) is usually taken to mean any prior decision possibly relevant to a present case to be decided. The notion presupposes some kind of bindingness, but its use in legal discourse does not imply anything definitive about the nature or the strength of that bindingness. Also it is not necessary that the deciding court expressly adopt or formulate a decision to guide future decision making in order to talk about it as a precedent. Being relevant for any future decision is sufficient”.

das razões da tese firmada, por vezes afastando sua aplicação (*anticipatory overruling*)¹⁶³.

De maneira similar ocorre na França, onde não se tem um precedente vinculante estabelecido em lei. Na França há o entendimento que o *anticipatory overruling* de precedentes é obviamente autorizado, sendo comum que tribunais inferiores decidam de maneira contrária ao Tribunal de Cassação – que não é um terceiro grau de apelação, julgando apenas questões de direito e não de fato. Assim, a função do Tribunal de Cassação é verificar se o tribunal de apelação *violou a lei* – o que por vezes é deliberadamente realizado na expectativa de que a corte superior supere seu entendimento¹⁶⁴.

Por sua vez, na Itália, fazendo a ressalva que não há propriamente uma conceituação de *anticipatory overruling* pela ausência de precedentes vinculantes

¹⁶³ “A superação antecipada é, de fato, praticada no sistema alemão. Existe a possibilidade de que um tribunal inferior se recuse a seguir um precedente de um tribunal superior, antecipando a probabilidade de que o tribunal superior ao ouvir uma apelação a anule também, ou seja, sustentará a decisão anulatória da primeira instância. Pode-se dizer que uma das principais razões para os precedentes não serem estrita e formalmente vinculativos no sistema alemão consiste em manter a oportunidade de revisão ainda aberta. Os tribunais inferiores não devem seguir os tribunais superiores mecanicamente, mas também devem seguir uma linha crítica onde a razão existe” (ALEXY, DREIER, 2016, p. 58, tradução nossa). No original: “*Anticipatory overruling is, indeed, practised in the German system. There is the possibility that a lower court refuses to follow a precedent of a higher court in anticipation of the likelihood that the higher court when hearing on appeal will overrule it as well, that is, will uphold the overruling decision of the lower court. One could say that one of the main reasons for precedents not being strictly and formally binding in the German system consists in keeping the opportunity of review still open. The lower courts are not supposed to follow the higher courts mechanically but are expected also to take a critical line where reason exists*”..

¹⁶⁴ “É obviamente permitida a superação antecipatória por tribunais inferiores, pois nenhum precedente é oficialmente obrigatório e, na prática, são muito frequentes. Isso pode ser explicado pela própria hierarquia dos tribunais e pelo procedimento perante o Tribunal de Cassação. O tribunal de primeira instância não é, em princípio, um terceiro grau de recurso e um *pourvoi* só pode ser feito porque existe uma questão legal e nunca uma questão puramente factual. Portanto, o Tribunal de Cassação tratará apenas dos casos em que se argumenta que um Tribunal de Apelação violou a lei. Frequentemente, essa violação é consciente e deliberada, porque os tribunais inferiores tentam alterar a regra, desconsiderando um precedente do Tribunal de Cassação, com a esperança de que o tribunal superior anule seu próprio precedente. (‘Tribunais inferiores’ aqui incluem os tribunais de julgamento de jurisdição geral.)” (TROPER; GRZEGORCZYK, 2016, p. 134, tradução nossa). No original: “*Anticipatory overruling by lower courts is obviously permitted, since no precedent is officially binding and in practice they are very frequent. This can be explained by the very hierarchy of the courts and the procedure before the Court of Cassation. The highest court is not, in principle, a third degree of appeal and a pourvoi can only be made because there is a legal issue and never on a purely factual issue. The Court of Cassation will therefore only deal with cases where it is argued that a Court of Appeal has violated the law. Frequently, that violation is conscious and deliberate, because the lower courts make an attempt to change the rule, by disregarding a precedent of the Court of Cassation, with the hope that the highest court will overrule its own precedent. (‘Lower courts’ here includes the trial courts of general jurisdiction.)*”.

propriamente ditos, Michele Taruffo e Massimo La Torre¹⁶⁵ indicam que há possibilidade de a corte inferior refutar a aplicação de corte superior quando puder antever que essa irá superar o precedente, realizando assim uma superação antecipada. Adicionam, contudo, que essa recusa em aplicar o precedente não está limitada à previsão de mudança de entendimento pela corte superior, também podendo as cortes inferiores decidirem de maneira diversa quando entenderem que suas razões são mais adequadas ou legalmente corretas, quando fundamentam sua decisão e arrazoam para deixar de aplicar a decisão superior.

Um pouco diferente ocorre na Espanha, onde se tem a aplicação do princípio da aplicabilidade direta da Constituição, autorizando os juízes, mesmo de níveis inferiores, a recusarem a aplicação de precedentes baseados na legislação pré-constitucional, antecipando o que uma corte superior poderia vir a entender, realizando, ao seu modo, a superação antecipada – embora o caminho mais comum para atingir esse objetivo seria levar à Corte Constitucional o julgamento de *questão de inconstitucionalidade*¹⁶⁶.

¹⁶⁵ “A superação antecipatória não é especificamente conceituada como tal na Itália. Do mesmo modo, não há nenhum problema legal em relação à sua permissão ou não. O que acontece na prática é que, com bastante frequência, os tribunais inferiores se recusam a seguir os precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores. Pode depender da previsão de que o tribunal superior provavelmente superará o precedente, mas essa não é a única situação. De fato, muitas vezes os tribunais inferiores se rebelam contra precedentes dos tribunais superiores apenas porque não concordam com as soluções adotadas pelos precedentes (independentemente de qualquer previsão do comportamento futuro do tribunal superior). A razão para tal rebelião é simplesmente que o tribunal de primeira instância acredita que uma decisão diferente é mais apropriada e justa, ou mais legalmente correta, para o caso em questão. Em seguida, o precedente é deixado de lado como ‘não adequado’ para o caso ou como legalmente errado. Quando isso acontece, o tribunal de primeira instância geralmente emite uma opinião contendo os argumentos que sustentam sua decisão e justificam a escolha de não aplicar o precedente” (TARUFFO; LA TORRE, 2016, p.180, tradução nossa). No original: “*Anticipatory overruling is not specifically conceptualized as such in Italy. Correspondingly, there is no legal problem concerning whether it is permitted or not. What happens in practice is that, rather frequently, lower courts refuse to follow precedents set by higher courts. It may depend on the foresight that the higher court will probably overrule the precedent, but this is not the only situation. Quite often, in fact, lower courts ‘rebel against precedents’ of higher courts just because they do not agree with the solutions adopted by the precedents (independently of any prediction of the future behaviour of the higher court). The reason for such a rebellion is simply that the lower court believes that a different decision is more proper and just, or more legally correct, for the case at hand. Then the precedent is set aside as ‘not fit’ for the case, or as legally wrong. When this happens, the lower court usually delivers an opinion containing the arguments supporting its decision and justifying the choice not to apply the precedent*”.

¹⁶⁶ “Como consequência do princípio da aplicabilidade direta da constituição por todas as autoridades e juízes, houve casos nos últimos 15 anos em que um juiz, mesmo um juiz de nível inferior, recusou-se a seguir precedentes por se basearem em legislação pré-constitucional, antecipando a probabilidade de um tribunal superior ou o próprio Tribunal Constitucional anular esses precedentes, declarando a legislação inconstitucional. No entanto, a maneira usual de obter o mesmo resultado é o juiz submeter a ‘questão da inconstitucionalidade’ ao Tribunal Constitucional, sempre que uma regra legal ele deve aplicar e ‘da validade da qual a decisão depende’ (artigo 163

Outro exemplo de país de *civil law* que adota *precedentes* e autoriza o *anticipatory overruling* é a Finlândia, onde a corte superior tem uma clara intenção prospectiva de estabelecer precedentes que guiarão a aplicação do direito pelas cortes inferiores – mas não há uma vinculação forte da decisão, tendo uma força persuasiva para os casos futuros (AARNIO, 2016, p. 80). Pode haver a superação do precedente pelas cortes inferiores que apontem em suas fundamentações que as justificativas do precedente não são duradouras; a *ratio decidendi* não corresponde mais à situação social ou social-moral predominante; ou as leis em que se baseavam o precedente foram alteradas, modificando o sistema jurídico¹⁶⁷.

Depreende-se, assim, que, no tocante ao *anticipatory overruling*, os países que não adotam um sistema de precedentes vinculantes não enxergam problemas na superação de entendimento de cortes superiores por cortes inferiores. Claro, não se está a dizer que não há a busca por unidade e uniformidade na aplicação do direito¹⁶⁸, com cortes destinadas a essa finalidade, mas por serem os *precedentes* (jurisprudência) persuasivos nesses países, não há uma ruptura com a lógica do sistema se uma corte inferior diverge do entendimento da corte superior.

da constituição) poderia ser considerado inconstitucional. Naturalmente, a inconstitucionalidade da regra implica a superação de todos os precedentes com base nela” (MIGUEL; LAPORTA, 2016, p. 287, tradução nossa). No original: “As a consequence of the principle of direct applicability of the constitution by all authorities and judges, there have been cases during the last 15 years where a judge, even a judge of a lower level, has refused to follow precedents because they were based on preconstitutional legislation, so anticipating the likelihood that a superior court or the Constitutional Court itself would overrule these precedents by declaring the legislation unconstitutional. However, the usual way to achieve the same result is for the judge to put the ‘question of unconstitutionality’ before the Constitutional Court, whenever a legal rule he or she must apply and ‘on the validity of which the decision depends’ (Article 163 of the constitution) could be deemed unconstitutional. Naturally, the unconstitutionality of the rule entails the overruling of all the precedents based on it”.

¹⁶⁷ “A superação no sentido fraco da palavra também pode ocorrer nos tribunais inferiores. Um precedente é desconsiderado porque (a) não é considerado como um caso em apreço (os fatos e as circunstâncias não são analógicos no precedente na Finlândia); (b) as justificativas do precedente não são consideradas legalmente duradouras; (c) a *ratio decidendi* não corresponde à situação social ou social-moral predominante; ou (d) os estatutos nos quais o precedente se baseia foram alterados (o sistema não é o mesmo que era no momento em que o precedente foi dado)” (AARNIO, 2016, p. 96, tradução nossa). No original: “Overruling in the weak sense of the word can also take place in the lower courts. A precedent is disregarded because (a) it is not considered to concern the case in hand (the facts and circumstances are not Precedent in Finland analogical); (b) the justifications of the precedent are not considered legally enduring; (c) the ratio decidendi does not correspond to the prevailing social or social-moral situation; or (d) the statutes on which the precedent is based have been amended (the system is not the same as it was at the time the precedent was given)”.

¹⁶⁸ Como bem aponta Ravi Peixoto (2019, p. 210), referindo-se tanto a precedentes vinculantes quanto persuasivos: “Afinal, um elemento essencial no Estado de Direito é a estabilidade *relativa* do direito e, para que um precedente possa servir como base para a tomada de decisão de longo prazo, ele deve permanecer em vigor por um certo período de tempo”.

3.3 UMA TEORIA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A adoção de uma teoria de precedentes vinculantes no Brasil se inspira, em parte, nos elementos da teoria anglo-americana vista acima. As diferenças, contudo, são evidentes. No Brasil, é o direito positivo que define quais decisões vão ter força vinculante, bem como determina os requisitos para a superação dos precedentes. O precedente não é uma decisão predecessora que, analisada no futuro de maneira retrospectiva, tem sua *ratio decidendi* extraída para aplicação no caso presente. O Código de Processo Civil de 2015 reforça, no plano infraconstitucional, a presença de provimentos vinculantes e define quais pronunciamentos refletem o entendimento jurisprudencial, quais órgãos podem produzir tais pronunciamentos e os mecanismos aptos a produzirem normas de obrigatoria observância.

A oportuna implementação de um sistema de precedentes no Brasil é resultado da circulação de modelos jurídicos e, no entender antes exposto, uma necessidade em um Estado neoconstitucional que deve primar pela aplicação isonômica do direito a todos os jurisdicionados. Nesse contexto, a teoria de precedentes inclui regras de aplicação geral, provenientes do Poder Judiciário, no ordenamento jurídico. Em ambos os sistemas, havendo legislação a respeito da matéria, o ponto de partida interpretativo deve ser a lei. Não se sustenta a crítica de que o pronunciamento vinculante acaba sendo forma de ofensa à tripartição de poderes, ao princípio da legalidade, ou que leva ao engessamento do direito ou à limitação de uma suposta liberdade do juiz de decidir¹⁶⁹. Sabe-se que a separação de poderes não é um princípio absoluto; a legalidade pressupõe a interpretação para alcance da norma jurídica; o direito não fica engessado em face às técnicas de distinção e superação do precedente; e o juiz não tem total liberdade para decidir, pois deve decidir enquanto membro do Poder Judiciário e deve prezar pela segurança jurídica e pela unidade do direito (MONNERAT, 2019, p. 40-41).

¹⁶⁹ Hugo Chacra Carvalho e Marinho aponta que a independência funcional do juiz seria uma prerrogativa da magistratura de decidir diferentemente de outros, estando o magistrado vinculado apenas à lei. Teria, assim, um amplo poder de interpretar a lei, visando a melhor solução para o caso concreto – livre de pressões e corporativas ou institucionais. A solução para eventual discricionariedade estaria no duplo grau de jurisdição e na hierarquia entre as instâncias do Poder Judiciário (MARINHO, 2015, p. 88-89).

Pode-se dizer que o caso brasileiro é, portanto, *sui generis* em relação às famílias do direito ocidental. Por um lado, notadamente integra uma família de *civil law* na aplicação da legislação infraconstitucional (com uma vinculação forte ao princípio da legalidade). Por outro, adota ferramentas inspiradas no *common law* norte-americano, como a jurisdição constitucional e o controle difuso de constitucionalidade. Nesse contexto de um modelo híbrido, o uso de um sistema de precedentes torna a máquina judiciária mais eficiente, pois uma orientação jurídica clara dá coerência à aplicação do direito. A obrigatoriedade de observar precedentes tornam as decisões mais previsíveis, o que contribui para o favorecimento de acordos, desestimula a litigância e promove a duração razoável do processo (AMORIM, 2015, p. 72).

Ainda, de se acrescentar que no Brasil há um destacado papel do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais. Isso porque, no ordenamento constitucional brasileiro, os direitos fundamentais constituem princípios e regras autoaplicáveis com eficácia imediata, desde a promulgação da Constituição de 1988. Assim, exige a manifestação do Poder Judiciário quando presente antinomia entre regras e princípios atinentes à matéria, ou mesmo quando há lacunas da legislação, sendo comum a alteração do direito posto através da decisão judicial. Com a alteração do direito, necessário buscar novas ferramentas, tal como os precedentes vinculantes, para estabelecer a isonomia entre os jurisdicionados (ZANETI JR., 2017, p. 317).

Como referido no capítulo anterior, a aplicação de um modelo de estado neoconstitucionalista e pós-positivista determina a importância do Poder Judiciário na densificação da norma de direito fundamental extraível da Constituição. É a corte que realizará a construção de norma de direito fundamental específica na solução do caso concreto. A norma produzida é dotada de maior *determinabilidade*, explicitando o direito fundamental e resultado em *norma atribuída*¹⁷⁰. Uma vez consolidado um

¹⁷⁰ Como traz Robert Alexy (2008, p. 75): “Uma tal definição geral sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais. Para as normas diretamente estabelecidas normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional. Uma fundamentação mais profunda, que demonstre porque aquilo que a Constituição diz é válido, normalmente tem, para a prática da fundamentação referida a direitos fundamentais, um interesse apenas teórico. Isso demonstra que a generalização da definição baseada em uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais não elimina, de forma nenhuma, a diferença entre normas de direitos fundamentais estabelecidas direta e indiretamente. No caso de uma norma diretamente

entendimento acerca de uma *norma atribuída* por diversas decisões (ou melhor dizendo, formada a jurisprudência), esses enunciados passam a integrar o ordenamento jurídico e devem ser observados pelos demais órgãos do Judiciário (MONNERAT, 2019, p. 25).

Dessa maneira, o Judiciário tem papel central na densificação dos direitos fundamentais, concretizando a norma. Ressaltando que *norma* não se confunde com *texto da norma*, mas é alcançada através desse processo de concretização. Esse processo considera o texto da norma e o vincula a outros elementos da realidade, os quais, por sua vez, são classificados em: (a) do âmbito da norma, dogmáticos; (b) da teoria da constituição, técnicos; e (c) político-jurídicos ou político-constitucionais (MONNERAT, 2019, p. 28). Como J. J. Gomes traz Canotilho:

Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando se transforma em norma de decisão aplicável a casos concretos, conclui-se que cabe ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que, no fim do processo, colocam a norma em contacto com a realidade. No específico plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma das suas manifestações mais relevantes. Em face do carácter aberto, indeterminado e polissêmico das normas constitucionais, torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou concretização – legislativo, judicial, administrativo –, e aproxime a norma constitucional da realidade. (CANOTILHO, 2003, p. 1222).

Em suma, as normas produzidas após a interpretação pelo Judiciário serão encontradas na *ratio decidendi* das decisões prolatadas. No caso do novo CPC, a vinculação de juízes e tribunais é estabelecida pelo ordenamento jurídico positivo: como forma de reduzir a ambiguidade e trazer igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados (MONNERAT, 2019, p. 30).

Essa transformação gradual no *civil law* pelo neoconstitucionalismo leva a uma mudança de paradigma do que já foi a resposta para garantir isonomia e segurança jurídica. Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 263-265) aponta que a lei não é mais a garantidora do tratamento isonômico aos jurisdicionados. O direito posto está cheio de parâmetros de decisão nublados ou *fuzzy*. Isso gera indeterminabilidade que deve ser preenchida pelo juiz. Quanto mais flexíveis os parâmetros que orientam as decisões dos juízes, maior a relevância em se respeitar

estabelecida, uma fundamentação correta é sempre diferente da fundamentação no caso de uma norma indiretamente estabelecida”.

as decisões dos Tribunais Superiores. No mesmo sentido do já apontado, quando essas decisões alteram o direito, esses novos precedentes devem ser respeitados. Refere, assim, que o juiz cria sim o direito, mas suas decisões são baseadas na lei, com a interpretação dada pela jurisprudência à luz da doutrina. Uma vez realizada a concretização da norma e fixada a tese, o tratamento deve ser isonômico¹⁷¹ a todos os jurisdicionados (WAMBIER, 2015, p. 267).

Pela necessidade de harmonização entre a legislação e os provimentos judiciais trazidos no precedente é importante termos provimentos vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro. Tal situação também é posta no *common law* norte-americano, que opera com diversas disposições legais provenientes do legislativo. Também nos Estados Unidos, a interpretação realizada pelos tribunais pode atuar de maneira a expandir ou restringir a política legislativa¹⁷² ao proferir a decisão no caso concreto¹⁷³. Assim, dada a profusão de leis provenientes do Poder Legislativo, a lei, e não mais o precedente, pode ser considerada o ponto de partida da interpretação¹⁷⁴. Ademais, quando se for estudar o precedente deve-se ter em mente quais as disposições legislativas que aquele precedente interpretou.

De fato, a Constituição Federal de 1988 permite ampla possibilidade de interpretação pelos magistrados. No Brasil, os juízes em qualquer instância têm poder de afastar a aplicação de lei ou ato que julguem inconstitucional. Disso resulta a maior necessidade de se buscar racionalidade, igualdade, previsibilidade e

¹⁷¹ A autora defende que, dependendo do ambiente decisional, haverá maior margem para a criação do direito pelo juiz no ordenamento jurídico brasileiro. “O ambiente decisional é a área de direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito submetido ao juiz, deve ser resolvido” (WAMBIER, 2015, p. 266). Classifica os ambientes como frouxos (dando exemplo do direito de família) e rígidos (dando o exemplo do direito tributário), diferenciando os ramos do direito de acordo com seus princípios inerentes para distinguir àqueles mais propensos a permitir espaço para decisões mais criativas.

¹⁷² E destaca a participação do legislativo nos Estados Unidos, chegando a ser referido que o direito norte-americano deveria ser classificado como da *civil law*, como se vê: “Entretanto os Estados Unidos possuem uma peculiaridade, pois têm um direito codificado e uma Constituição escrita, sendo que o Estado da Lousianna, por exemplo, adota o sistema *civil law*, possuindo intensa legislação codificada. *Justice* Scalia, da Suprema Corte americana, chega a dizer que os Estados Unidos adotam a *civil law*” (NOGUEIRA, 2008, p. 102).

¹⁷³ Como traz Edward D. Re (1994, p. 51): “A legislação pode direta e abruptamente alterar ou repelir uma definição legal, princípio ou regra. E, os tribunais só podem legislar para preencher uma omissão ou lacuna na provisão legal. [...] Não há dúvida de que os juízes, naturalmente, devem decidir um *casus* omissos, ou seja, na falta de provisão legal. Tanto quanto nos precedentes judiciais, os tribunais podem e, de fato fazem por expandir ou restringir a aplicação da política legislativa. Isso, como se sabe, é feito no exercício da função judicial de interpretar a intenção expressa ou implícita do legislador ao redigir determinado provimento aplicável ao caso”.

¹⁷⁴ Destaca Edward D. Re (1994, p. 51), que “[...] o juiz não pode olvidar-se que o governo comporta três poderes e que, ao decidir o processo ele está cumprindo uma responsabilidade institucional da Corte”.

efetividade ao direito. Entende-se que a teoria de precedentes oferece uma resposta a esse cenário de insegurança, com o fortalecimento e sistematização do instituto da *stare decisis* no ordenamento brasileiro. Os benefícios, assim, justificam a adoção de uma teoria de precedentes vinculantes no Brasil (ZANETI JR., 2017, p. 319-320).

Dessa forma, a adoção de uma teoria de precedentes busca trazer racionalidade ao sistema, garantindo a aplicação da Constituição e das leis: considerando que o juiz está a elas vinculado. No ordenamento jurídico brasileiro os precedentes não são uma regra de direito consuetudinário, mas racionalmente elaborados com pretensão de universalização (ZANETI JR., 2017, p. 326-327). Os precedentes não se equiparam à legislação, estabelecendo com essa uma relação de *complementaridade*.

Assim, demonstrada brevemente a necessidade da implementação de uma teoria de precedentes no direito brasileiro. Para além da coerência e integridade do direito há ainda outra finalidade presente no sistema de precedentes trazidos no Código de Processo Civil. Há uma preocupação evidente no cenário nacional com as ações repetitivas, que são as provenientes de relações massificadas e que, realizada corretamente a presença da similitude entre os casos, são decididas pela mesma tese jurídica. A preocupação é com a isonomia do tratamento de casos semelhantes, com administração processual. Ronaldo Cramer defende que os objetivos do sistema brasileiro são bem definidos: “[...] conservar a integridade do Direito e dar tratamento isonômico e coerente às ações repetitivas” (CRAMER, 2016, p. 76).

O Código de Processo Civil de 2015 traz em sua estrutura um microsistema de precedentes vinculantes. Reconhecendo o desenvolvimento e um direito judicial, propõe uma mudança na mentalidade da comunidade jurídica acerca da aplicação da jurisdição no Brasil. Fredie Didier Jr. (2018, p. 89-104) afirma que o CPC inova ao dispor, em seu art. 926, que os tribunais devem (a) uniformizar sua *jurisprudência* e mantê-la (b) estável, (c) íntegra e (d) coerente; atribuindo deveres às cortes em criar um sistema de precedentes persuasivos e obrigatórios. Esses deveres seriam decorrência de princípios constitucionais, como o dever de motivação, do contraditório, da isonomia e da segurança jurídica.

Em um sistema que preza pelo tratamento igualitário, a divergência jurisprudencial decorrente da ambiguidade dos textos jurídicos e da pluralidade de intérpretes deve ser combatida. O Estado deve primar pela atenção à segurança

jurídica, à estabilidade e continuidade da ordem jurídica e à previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta. Até então os precedentes e a jurisprudência tinham característica eminentemente persuasivas no ordenamento brasileiro, salvo as decisões de controle concentrado e, desde 2004, as súmulas vinculantes.

Como no art. 926 e art. 927, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, há referência à *jurisprudência*, é importante realizar diferenciação entre essa e o precedente.

A jurisprudência é, na teoria das fontes, uma fonte secundária e persuasiva. Não obstante, o ordenamento buscar evitar a divergência jurisprudencial com a possibilidade de manejo de recursos, como o recurso especial (art. 105, III, “c”, CF/1988). Para Ronaldo Cramer (2016, p. 72), a diferença entre precedente e jurisprudência seria quantitativa, precedente seria a decisão de um caso concreto que cria uma tese jurídica e a jurisprudência seria um coletivo de decisões que, considerando o precedente, passam a adotá-lo como parâmetro e a replicá-lo quanto há a mesma questão novamente em julgamento. A jurisprudência seria o precedente reiterado, que pode redundar na prolação de um enunciado de jurisprudência, ou súmula.

A diferenciação entre precedente e jurisprudência, para Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 324), é que jurisprudência são várias decisões exemplificativas (poderia se dizer persuasivas) da opinião dos Tribunais, ao passo que os precedentes são decisões racionalmente vinculantes, principalmente para o próprio órgão que prolata a tese jurídica e que deverá observá-la nos casos futuros.

Hermes Zaneti Jr. (2017) ainda diferencia precedentes de decisão judicial – mesmo que exarada por uma corte superior. Isso ocorreria quando a decisão judicial *apenas* aplicar uma interpretação da lei não objeto de controvérsia, sendo a obrigatoriedade decorrente da aplicação da própria lei. Isto é, não cria ou modifica tese jurídica. Ou quando a decisão judicial se reporta à precedente anterior e não acrescenta nada novo à tese. Essa decisão não é precedente. O precedente está na decisão citada e aplicada no caso atual. Será precedente, assim, a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para o futuro. Nesse sentido, resume o autor:

Serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas. Neste último caso, quando o precedente aplicar a lei sem acrescentar

conteúdo relevante, a vinculação decorrerá diretamente da lei. Nem toda a decisão, portanto, será um precedente. (ZANETI JR., 2017, p. 334).

Por sua vez, Alexandre Freitas Câmara também estabelece uma distinção quantitativa e qualitativa e aponta que o precedente seria uma decisão específica que cria uma regra universalizável a partir do julgamento de um caso concreto:

Distinguem-se os conceitos de precedentes e de jurisprudência. Há, em primeiro lugar, uma distinção quantitativa. Quando se fala de precedente, faz-se referência a uma só decisão, relativa a um caso particular, e quando se trata de jurisprudência se faz alusão a uma pluralidade, bastante ampla, de decisões relativas a vários e diferentes casos concretos. E há, também, uma diferença qualitativa: o precedente fornece uma norma universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão em casos sucessivos, em função da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso, enquanto na jurisprudência não se emprega a análise comparativa dos fatos (ao menos na maior parte dos casos), mas se identifica uma norma, que é apresentada como de caráter genérico. (CÂMARA, 2018, p. 121).

A jurisprudência é a reiteração de decisões – fundamentos e conclusões – em um mesmo sentido, corroborando a norma produzida anteriormente, almejando “[...] promover a redução das ambiguidades normativas e buscar a uniformização da jurisprudência” (MONNERAT, 2019, p.32). A atividade do Poder Judiciário pressupõe que o entendimento exarado integre o ordenamento jurídico.

Além da diferenciação entre jurisprudência e precedente, deve ser realizada a diferenciação entre jurisprudência e súmula. As súmulas podem ser consideradas como precedentes vinculantes, como trazido nos termos do art. 927: inciso II, à súmula vinculante; inciso IV, súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Súmula é o enunciado representativo da jurisprudência de determinado tribunal. A súmula não é o precedente, mas representa um precedente que lhe deu origem. Sua aplicação não deve se dar de maneira autônoma ao caso concreto, uma vez que nesse se encontrará a *ratio decidendi* e os fatos relevantes. Não pode ser considerada como um texto normativo a ser interpretado pelo aplicador. Essa prática forense de aplicação, errônea da súmula, decorre da antiga ideia de aplicação do *civil law* por subsunção do texto aos fatos. A aplicação deve se dar nos termos do art. 486, § 1º, V, do CPC, isto é, realizando a identificação da tese jurídica (*ratio decidendi*) do precedente e isso só pode ser obtido se analisado o julgamento (concreto) que originou o precedente. A própria súmula só pode ser editada

considerando as circunstâncias fáticas de seu precedente, nos termos do art. 926, § 2º, do CPC (CRAMER, 2016, p. 82). Assim, quando se fala em edição de pronunciamentos que visam aclarar e sintetizar entendimento ou tese jurídica, como ocorre com as súmulas, não se pode falar em usurpação pelo Poder Judiciário de funções que não são a ele atribuídas¹⁷⁵.

Ante essa diferenciação entre precedentes, Alexandre Câmara (2018, p. 220) escolhe fazer referência a um sistema de *padrões decisórios*, quanto ao caso brasileiro, utilizando essa expressão para diferenciar precedente e súmula. Tendo como base a análise da teoria anglo-americana, aponta que o precedente será sempre uma decisão judicial, ao passo que uma súmula é um repositório de enunciados que representam o resumo de jurisprudência predominante do tribunal, se descolando dos fatos concretos das decisões que levaram à sua construção e buscando enunciado com abstração para ser aplicado *erga omnes*. Súmula, então, não se confunde com jurisprudência e tampouco com precedente.

Assim, os enunciados sumulados – vinculantes ou não –, embora tragam em seu bojo uma jurisprudência assentada, devem ser interpretados para sua *correta* compreensão e verificação de sua extensão, além de verificação do enquadramento do caso concreto àquela mesma *fattispecie* do enunciado: que também será decorrente de um processo interpretativo. Não se sustenta a máxima *in claris cessat interpretatio*¹⁷⁶, mesmo em texto que pareça evidente, essa clareza deve ser verificada se está realmente presente na espécie¹⁷⁷. A prolação de súmula pode não resolver o problema do conflito entre as partes (isso no tocante a ter a exata ciência se o caso julgado se encontra, ou não, albergado pela súmula), podendo levar a

¹⁷⁵ “Nesse sentido, conclui-se que o papel reservado ao Poder Judiciário não se resume apenas à produção de normas concretas e individuais, pois, pelas diversas técnicas processuais constantes no ordenamento e com base no direito posto, cabe a esse Poder a produção de normas gerais, menos abstratas que a lei e menos concretas do que a norma individual que integra o dispositivo da decisão” (MONNERAT, 2019, p. 30).

¹⁷⁶ Exemplo pode ser encontrado na Súmula Vinculante nº 2 do STF: “É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias” (MANCUSO, 2014, p. 32). Trata-se de todos os jogos de azar? Esse rol é exemplificativo ou não?

¹⁷⁷ Nesse sentido, Miguel Reale (2002, p. 497), acerca das possibilidades interpretativas de um enunciado legal: “Quando passamos, porém, para as ciências sociais ou humanas, encontramos palavras que albergam uma multiplicidade de sentidos, razão pela qual Bergson já nos disse que as palavras são prisões capazes de receber múltiplos conteúdos. É preciso, às vezes, partir tais esquemas e estruturas formais, para penetrarmos na riqueza de seus significados. A multiplicidade de acepções é, aliás, muito maior quando se trata daquelas palavras que o homem emprega com mais frequência, porque dizem respeito a exigências essenciais à própria vida”.

novos litígios processuais. O labor exegético é parte integrante da atividade jurídica, seja na análise da lei proveniente do parlamento, seja igualmente na análise de precedentes (vinculantes ou não) (MANCUSO, 2014, p. 30).

A noção de enunciado de súmula parece se distanciar quando se compara à teoria de precedentes anglo-americana. Não é a única diferença¹⁷⁸. A lógica no *common law* é que o operador vai analisar o julgamento inicial e suas características. Isso é, vai analisar a decisão que inova e cria a tese jurídica. Desse julgamento vai identificar a *ratio decidendi* e os fatos relevantes. Se essa tese jurídica for firmemente aplicada pelas cortes nos julgamentos de casos similares posteriores é que a *ratio* vai acabar se convertendo em precedente. Isso revela, como se viu, que o precedente no *common law* tem um caráter predominantemente retrospectiva: somente no futuro, analisando-se a decisão, poder-se-á perceber que, caso criada tese jurídica, aquela foi a decisão precedente¹⁷⁹.

Essa definição *retrospectiva* não se encaixa na utilização de precedente pelo CPC – e talvez por isso a parcimônia em utilizar a expressão em sua literalidade no Código. No Brasil a legislação já determina o que é precedente. Assim, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao prolatar uma decisão em controle concentrado de Constitucionalidade, já sabe de antemão que essa decisão servirá de precedente vinculante para a interpretação constitucional de todo o ordenamento a partir de então. O Tribunal, quando produz a tese, já tem conhecimento que a decisão será vinculante – e isso não é novidade alguma dentro de nossa sistemática de controle de constitucionalidade.

Parte da doutrina critica tanto o modelo brasileiro de uma teoria de precedentes (uma vez que a legislação, antes mesmo da prolação da decisão, teoricamente já define que ali estará presente um precedente), quanto o conceito de precedente em si. A crítica é trazida por Georges Abboud, para quem o precedente, na *common law*, só será *precedente* se o caso concreto julgado pelo tribunal

¹⁷⁸ Para parte da doutrina que entende que os enunciados de súmula podem ser considerados precedentes vinculantes, não há tal distanciamento, uma vez que na aplicação de enunciado sumulado vinculante se deve voltar aos casos concretos para extrair a *ratio decidendi* e os fatos relevantes (ZANETI JR., 2017, p. 377).

¹⁷⁹ Mas igualmente, no *common law* já se deve ter a Corte essa preocupação em vir a produzir um precedente em cada decisão tomada. O que muda é apenas o momento do reconhecimento da vinculatividade do precedente, posteriormente ou de forma já antecedente, concomitante, à decisão. Neil Duxbury (2008, p. 4) traz que tanto a atividade de criar um precedente como de interpretar um precedente pode ser realizada com olhos no futuro. O tomador de decisão deve ter ciência que sua decisão pode gerar um precedente.

superior for seguido pelos demais juízes e tribunais no julgamento de casos futuros similares. Defende que a *ratio decidendi* não pode ser capturada e expressa por um texto ou súmula, sob pena de deixar de ser *ratio decidendi*. Não pode haver uma aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização de precedente judicial. Sintetiza: “Em termos simples, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde sempre precedente” (ABBOUD, 2015, p. 404). Essa visão do conceito de precedente leva a uma série de dificuldades, como quais cortes deveriam aceitar os precedentes e como deveriam recebê-los e como os jurisdicionados devem se comportar até a *aceitação* do precedente pela comunidade jurídica (PEIXOTO, 2019, p. 149).

Não se justifica a crítica ao modelo brasileiro por esse ponto. Os tribunais, ao decidirem, têm que saber que sua decisão pode comprometer o futuro e formar precedente.

O tribunal, quando profere decisão, deve ter em mente que poderá estar produzindo precedente e que sua decisão será vinculante. Há um aumento de responsabilidade das cortes, que julgam não apenas o caso concreto, mas também terá efeito nos casos futuros e na confiança depositada pelas partes. Por isso a crescente preocupação das cortes com a eficácia temporal da decisão em caso de superação de precedente anterior, uma vez que se sabe que essa alteração será obrigatória e não dependerá da aceitação dos magistrados por ela vinculados (PEIXOTO, 2019, p. 150). E por isso há inteligência do § 3º do art. 927 do CPC/2015, que determina que nos casos de *overruling* da “[...] jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”, pode haver modulação dos efeitos (demonstrando a preocupação com a eficácia temporal) em observância ao interesse social e segurança jurídica.

Assim, precedente no Brasil é, então, a decisão de tribunal que vai criar uma tese jurídica (ou norma jurídica). A força obrigatória pode ser reconhecida *aprioristicamente* (no caso brasileiro) ou a *posteriori*. Deve ser aplicada a casos idênticos por necessidade de unidade e coerência do sistema. Assim, seus requisitos serão uma decisão colegiada que cria uma nova norma jurídica (seja através de aplicação de uma nova lei ou nova interpretação do ordenamento jurídico) que tenha se tornado estável e não mais alvo de recurso (CRAMER, 2016, p. 77).

Quanto à organização de precedentes vinculantes no Código de Processo Civil de 2015, a sistematização traz para o ordenamento brasileiro uma série de novidades, como a possibilidade de abreviação do procedimento com base em precedente, como o julgamento liminar do pedido do art. 332 do CPC/2015 e a decisão do relator em âmbito recursal, seja para negar provimento ao recurso sem contraditório (art. 932, IV) ou dar provimento a recurso após o contraditório (art. 932, V).

A inclusão no art. 926 do CPC/2015 do dever de uniformizar a jurisprudência e *mantê-la estável, íntegra e coerente*, estipulando obrigatoriedade ao tribunal em não permitir divergência interna de seus órgãos fracionários, redundante, ao final, na possibilidade de uniformização e edição de enunciados de súmula contendo sua jurisprudência dominante (art. 926, § 1º). Esses enunciados deverão sempre se ater às *circunstâncias fáticas* dos precedentes que motivaram sua criação (art. 926, § 2º), produzindo norma geral a partir dos casos concretos.

Fredie Didier Jr. (2018, p. 91-92) defende que esse dever de manter a jurisprudência estável pressupõe que o próprio tribunal vai observar os precedentes (vinculatividade horizontal do precedente) e que a superação do entendimento (*overruling*) deve ser justificada adequadamente (art. 927, § 4º), podendo sua eficácia ser modulada em nome da segurança jurídica (art. 927, § 3º). O autor defende que desse dever decorre um princípio da *inércia argumentativa*, que eleva o ônus argumentativo para aquele que quer afastar (*distinguish*) ou superar (*overruling*) o precedente para caso similar e diminui a carga de argumentação necessária para aquele que quer ver aplicado o precedente a caso semelhante, bastando identificar os fundamentos determinantes.

Esse entendimento leva à conclusão de que a necessidade de fundamentação adequada é elemento essencial da sentença, nos termos do art. 489 do CPC/2015. Tal artigo traz, em seu § 1º, incisos V e VI, que não se considera fundamentada a sentença que apenas invoca precedente ou enunciado de súmula sem determinar seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; bem como deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem realizar distinção (*distinguish*) ou superação (*overruling*) do entendimento.

Quanto à integridade e coerência da jurisprudência, Fredie Didier Jr. (2018, p. 93) defende serem dois deveres distintos, que se somam e por vezes exigem a

mesma conduta do tribunal. São enunciados normativos que devem receber interpretação dogmática. A jurisprudência, para ser íntegra e coerente, tem que estar lastreada em precedentes bem fundamentados capazes de serem universalizados.

Como visto no capítulo anterior, a integridade do direito é uma necessidade do pós-positivismo, que fortaleceu a normatividade dos princípios e o uso de cláusulas abertas, além do neoconstitucionalismo, que dá à Constituição o papel de vértice do ordenamento, servindo de base e controle de o todo sistema jurídico. Assim, para evitar a indefinição do significado da norma, os precedentes atuam como parâmetro normativo para o julgador, principalmente os exarados pelas cortes superiores (CRAMER, 2016).

A coerência traz a ideia de não contradição (dimensão formal da coerência) e conexão de sentido entre os precedentes do tribunal (dimensão substancial). Os precedentes devem ser coerentes entre si, para que tragam densidade à norma jurídica construída a partir do caso concreto, à medida que se consolidam novas decisões em mesmo sentido, também na concepção de uma vinculatividade horizontal. É um dever de *autorreferência* – sendo possível em um sistema de precedentes segui-los, distingui-los ou superá-los, nunca os ignorar. Por fim, a coerência ainda deve estar presente internamente no precedente, levando a um dever de fundamentação adequada na formação da decisão vinculante (DIDIER JR. 2018).

A aferição desse dever dar-se-á através da análise do resultado da norma precedente, que deve estar de acordo com a Teoria Geral do Direito e da Ciência Dogmática do Direito, precisando ser coerente com os conceitos jurídicos fundamentais do direito. Ainda, se dois ou mais precedentes se reportarem à mesma matéria (e não foi o caso de distinção ou superação), têm obrigação de disciplinar em mesmo sentido, sob pena de quebra da isonomia e segurança jurídica (DIDIER JR. 2018).

Por sua vez, o dever de integridade se relaciona com a noção de unidade do direito, um dever do tribunal de decidir em conformidade com o direito e afastar qualquer possibilidade de voluntarismo judicial e argumentação arbitrária. A decisão deve respeitar a hierarquia das normas legais, decidindo de acordo com a Constituição e compreendendo o direito como um *sistema* de normas (DIDIER JR., 2018).

Dito isso, traz o art. 927 do CPC/2015 o dever de os juízes e tribunais *observarem* as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; as súmulas vinculantes; os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência, além daqueles provenientes dos recursos repetitivos (especial e extraordinário, mais o recurso de revista repetitivo do art. 896-B, CLT); as súmulas de matéria constitucional do STF e infraconstitucional do STJ; e a orientação do plenário ou órgão especial ao que estiverem vinculados.

3.4 DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS BRASILEIRAS ACERCA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Uma questão que divide a doutrina é se o rol do art. 927 do CPC/2015 traz os precedentes vinculantes admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, se cada decisão ou enunciado previsto nos incisos do art. 927 é uma decisão a ser obrigatoriamente respeitada pelos membros do Poder Judiciário. O entendimento acerca do que se constitui precedente vinculante no Brasil vai impactar diretamente a aplicação do instituto, bem como a possibilidade de superação da decisão e da superação antecipada.

Seis correntes doutrinárias sobre o precedente judicial no CPC/2015 são identificadas. As cinco primeiras correntes são identificadas por Ronaldo Cramer (2016, p. 183-188). A sexta corrente é identificada por Antônio Aurélio de Souza Viana e Dierle Nunes (2018, p. 215).

A primeira corrente defende que o art. 927 do CPC/2015 contém um rol de precedentes vinculantes¹⁸⁰. Defende um argumento semântico, afirmando que o texto traz a determinação dos juízes e tribunais em respeitar os precedentes arrolados.

Por exemplo, Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 369) destaca que o sistema de precedentes adotado pelo Código de Processo Civil é pensado para um de *civil law* ou híbrido (como no caso brasileiro), fundado nas premissas da racionalidade, estabilidade, coerência, integridade e vinculado aos fatos da causa.

¹⁸⁰ São identificados, nessa corrente, entre outros, Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., Humberto Theodoro Jr., Cândido Rangel Dinamarco, Araken de Assis e Arruda Alvim.

Aponta como principais dispositivos legais do Código de Processo Civil, o art. 10, quanto ao contraditório forte (vedação de não surpresa); art. 489, § 1º, incisos V e VI, em relação ao controle da motivação da sentença, que deverá apontar os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) para aplicação de precedente ou súmula; além do art. 926, que diz estabelecer os precedentes horizontais (*stare decisis*), ao apontar que os tribunais têm o dever de uniformizar a jurisprudência (seus precedentes) e a manter estável, íntegra e coerente; e art. 927, que determina por lei, em seus incisos I a V, que as decisões e orientações dos tribunais terão força vinculante. Ainda, destaca que a obrigatoriedade de se ater às circunstâncias fáticas (*material facts*) dos casos-precedentes (art. 926, § 2º, do CPC/2015) afasta a criação de súmulas abstratas e genéricas com força de lei – eliminando, assim, as críticas à inclusão de súmulas no rol de precedentes (ZANETI JR., 2017, p. 370-373). Esse seria o núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro em seus aspectos materiais (norma) e formais (previsão das decisões vinculantes).

Reafirma o autor que os precedentes no Brasil devem se ater à consideração do caso concreto, sob pena de não ser fundamentada a decisão que aplica precedente sem esclarecer a relação entre a causa em julgamento e com os fundamentos determinantes do caso precedente; bem como não fundamentada a decisão que deixa de aplicar o precedente sem realizar a distinção (*distinguish*) ou superação (*overruling*).

A força vinculante das decisões e enunciados de súmula trazidos no art. 927 são vinculantes por expressa estipulação legislativa¹⁸¹. Geram vinculação horizontal e vertical, estabelecendo hierarquia entre as cortes brasileiras e estabelecendo o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo nas matérias constitucionais e o Superior Tribunal de Justiça nas matérias infraconstitucionais. Ainda, existiria uma distinção interna no rol do art. 927, havendo os chamados precedentes com *vinculatividade normativa formal em senso forte*, isso é, precedentes que admitem reclamação direta ao órgão prolator em caso de descumprimento através da reclamação, prevista no art. 988 para decisões em ação direta de controle de constitucionalidade, súmulas vinculantes (inciso III) e acórdão incidente de resolução

¹⁸¹ No mesmo sentido, Ravi Peixoto (2019, p. 151), para quem o rol do art. 927 “[...] significa dizer que o precedente no direito brasileiro tem uma força vinculante que deriva diretamente da lei – não dependendo da aceitação posterior –, mas a qualidade do precedente é importante para fortalecê-lo ou enfraquecê-lo”.

de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (inciso IV) (ZANETI JR., 2017, p. 380).

A segunda corrente aponta a inexistência de precedentes vinculantes no referido artigo¹⁸². Só são vinculantes os precedentes acobertados pela proteção da reclamação. Assim, o rol de precedentes vinculantes estaria no art. 988, III e IV, do CPC/2015. Limitaria o rol de precedentes vinculantes e estabeleceria graduação entre precedentes fortes (obrigatórios), médios e fracos (persuasivos). Seriam vinculantes apenas as decisões do controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões no incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, pois detêm meio (a reclamação) para correção da decisão que as desrespeitou. Nos precedentes de força média, o seu desatendimento pode ser impugnado pelos meios permitidos pelo sistema (como embargos declaratórios e recursos) e os de força fraca (que seria o caso do art. 927, V, do CPC/2015: “[...] a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”), os quais não teriam meios de serem impugnados¹⁸³ (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 1315).

De se destacar, quanto ao ponto, que a redação original do inciso IV do art. 988 trazia a seguinte redação: “IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”, o que autorizaria o manejo de reclamação por descumprimento de decisões em regime de recursos repetitivos. Tal redação foi substituída pela atual (limitando ao incidente de assunção de competência e incidente de resolução repetitiva) pela Lei nº 13.256/2016. Como se verá adiante, tal modificação traz impacto na possibilidade de revisão da tese e possível *overruling* em caso de recursos repetitivos.

A terceira corrente é a afirmada por Alexandre Freitas Câmara, que traz que o art. 927 tem a finalidade de exigir que os juízes e tribunais levem em conta tais

¹⁸² Seriam os representantes dessa corrente Teresa Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello.

¹⁸³ Lucas Buriel de Macêdo (2016b, p. 285-290) faz crítica a esse entendimento, afirmando não ser possível admitir que a previsão de reclamação seja o fator para considerar determinada decisão precedente vinculante. Pontua que sendo o precedente obrigatório fonte de direito, se equipara à lei. Não seria possível reservar ao tribunal superior o papel de único órgão legitimado para afirmação do direito, através de um procedimento específico e direto que leva a questão diretamente ao tribunal, sem passar pelo trâmite recursal. Sustenta que o meio de impugnação de uma decisão que deixa de aplicar um precedente deve ser o recurso, até como forma de preservar a participação de juízes, partes, juízes e tribunais na formação de um precedente.

precedentes, mas que a força vinculante estaria no regime jurídico de cada instituto. O autor na obra “Levando os Padrões Decisórios a Sério”, defende que tanto na formação quanto aplicação de um *sistema de padrões decisórios* deve ser observado o modelo da Constituição Federal de 1988, com a observância de uma *compartilhação qualificada, tanto subjetiva quanto objetivamente*. Defendendo que há dois momentos importantes, a criação dos padrões decisórios e sua aplicação posterior e que em ambos os momentos deve ser observado o princípio do contraditório. Destaca que se deve observar como se dá a deliberação do órgão jurisdicional quando da formação e se é atendido o ônus argumentativo quando do afastamento da aplicação do padrão decisório (CÂMARA, 2018, p. 177-178).

Entende que nem todas as previsões do art. 927 do CPC podem ser consideradas como dotadas de eficácia vinculante. A forma como se desenvolve o contraditório (que deve ser através de uma *compartilhação subjetivamente ampliada*) vai definir o que será vinculante, além de requisitos objetivos de uma deliberação qualificada dos órgãos judiciais (CÂMARA, 2018, p. 181-182).

O Brasil, ao filiar-se à família da *civil law*, estabeleceu a eficácia vinculante de determinados padrões decisórios na lei. Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 182) defende que as decisões em controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2º, CF/1988) e os enunciados de Súmula Vinculante (art. 103-A, CF/1988), são vinculantes por expressa previsão constitucional. Entende que são vinculantes por expressa previsão legal do art. 927, III, os acórdãos decorrentes do julgamento de incidente de assunção de competência (art. 947, § 3º, do CPC/2015), de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985, do CPC/2015) e de recursos especiais e extraordinário repetitivos (art. 1.040, do CPC/2015). Por fim, seriam precedentes meramente persuasivos os enunciados de súmula do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV, do CPC/2015) e a orientação do plenário ou do órgão especial (art. 927, V, do CPC/2015).

O autor se filia à tese de Lênio Streck de que o art. 927 do CPC/2015 refere que juízes e tribunais *observarão* aqueles julgamentos, não falando em vinculação. Assim, quanto aos itens acima, a vinculação seria decorrente da aplicação da Constituição ou do Código de Processo Civil (CÂMARA, 2017, p. 181). Refuta o entendimento de que somente por estar no rol do art. 927 a decisão adquiriria força vinculante.

Defende Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 180) que a forma como se dá o desenvolvimento do contraditório na formação do padrão decisório vai estabelecer se é (formalmente) vinculante ou persuasivo. O contraditório é princípio fundamental do novo CPC, nos termos dos artigos 7º e 10, devendo igualmente ser observado quando da formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. Quanto ao momento de formação do padrão decisório, delibera que tal atividade não é encargo exclusivo do Poder Judiciário, devendo ser observada a atuação de outros atores. É uma imposição do modelo constitucional que a formação do precedente seja um processo democrático (CÂMARA, 2018, p. 179). A decisão deve atender ao modelo constitucional de processo, uma vez que irá vincular os demais e, assim, possibilitar que haja julgamento sem que a parte tenha participado do processo com um amplo contraditório. Para tanto, o sistema deve compensar essa relativização do contraditório, possibilitando uma maior participação da sociedade nas deliberações para criação do precedente (CÂMARA, 2018, p. 184).

Essa participação da sociedade se daria através de representantes adequados dos interesses em discussão, como *amici curiae*, realização de audiências públicas e participação e manifestação de interessados no resultado do julgamento (CÂMARA, 2018, p. 185)¹⁸⁴. Esta *comparticipação*, realizada de maneira substancial e não meramente formal, é o que legitima do ponto de vista do Estado Democrático de direito a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes e enunciados de súmulas. Nesse sentido:

Resulta, pois, do paradigma do Estado Democrático de Direito a necessidade de assegurar a todos os grupos sociais que podem vir a ser

¹⁸⁴ Como visto, é baseado na possibilidade de comparticipação na criação que realiza análise da obrigatoriedade de decidir conforme os precedentes e súmulas. Assim, como no controle concentrado de constitucionalidade, há possibilidade de participação através de *amicus curiae* e audiências públicas, e como no procedimento da súmula vinculante há na disciplina do art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006, a possibilidade de manifestação de terceiros (*amici curiae*) no procedimento de edição de enunciado de súmula vinculante, bem como no entendimento por parte da doutrina de possibilidade de realização de audiências públicas na edição, revisão ou superação de súmula vinculante. Quanto ao microsistema de julgamento de recursos repetitivos, há previsão quanto ao recurso especial e extraordinário repetitivo há possibilidade de *amicus curiae*, participação dos interessados (art. 1.038, I, CPC/2015) e realização de audiência pública (art. 1.038, II, CPC/2015; por sua vez, quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas prevê tal participação no art. 983, com possibilidade de as partes da ação elegida como representativa participarem e dos demais influenciados pela decisão em ações isomórficas e audiência pública (art. 983, § 1º, CPC/2015); por fim, quanto ao incidente de assunção de competência, esse não integra o microsistema de resolução de demandas repetitivas, mas integra o microsistema de formação de precedentes, devendo a normatização dos demais precedentes integrar seu conjunto de normas (CÂMARA, 2018, p. 219-254).

afetados pela eficácia vinculante do padrão decisório um espaço garantidor de participação com influência na formação daquela decisão judicial. A ampliação subjetiva da comparticipação que resulta do princípio do contraditório é, pois, essencial para a validade democrática – e, pois, constitucional – daqueles padrões. (CÂMARA, 2018, p. 193-194).

Por sua vez a quarta corrente defende que a tentativa de estipulação de força vinculante aos precedentes enumerados no art. 927 é inconstitucional, pois só a Constituição pode atribuir força vinculante aos precedentes. Assim, precedentes vinculantes seriam a decisão em controle concentrado e súmula vinculante. Violaria os princípios da legalidade e separação de poderes. José Rogério Cruz e Tucci (2015), ao analisar o art. 927, o classifica como lamentável equívoco, ao estabelecer que os magistrados *observarão* os mencionados precedentes como se todos tivessem a mesma força vinculante. Entende que a regra é inconstitucional, uma vez 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. (TUCCI, 2015, p. 454).

Para a quinta corrente¹⁸⁵, o rol do art. 927 não é exaustivo, pois quaisquer decisões emanadas das Cortes Supremas (STJ e STF) são hábeis a serem consideradas precedentes obrigatórios. Luiz Guilherme Marinoni (2016b, p. 285) defende que o sistema de precedentes é decorrência da função das Cortes Supremas de atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais, devendo decisões com essas características integrarem o ordenamento para ser aplicado para toda a sociedade. A força vinculativa dos precedentes decorre da autoridade desses órgãos, como traz:

Portanto, o art. 927 do CPC/2015, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo. De lado as súmulas – que obviamente não são precedentes e só existem por terem que ser respeitadas –, decisões lembradas nos seus incisos I e III estão situadas entre os precedentes das cortes supremas. Precedente é gênero, que obviamente encarta os precedentes firmados em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I, do CPC/2015) e os precedentes estabelecidos em “julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (art. 927, III, CPC/2015). Já as decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de

¹⁸⁵ Seriam representantes dessa corrente os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero.

resolução de demandas repetitivas – deixando-se de lado, por enquanto, a questão da ilegitimidade constitucional das decisões que prejudicam os que não participaram –, deveriam ser observadas em razão de sua natureza erga omnes. (MARINONI, 2016b, p. 288).

Sendo o rol exaustivo, para além do trazido no art. 927 do CPC/2015, poderia ser incluído como precedente vinculante a decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral (art. 102, § 3º, CF/1988). Luiz Guilherme Marinoni (2016b, p. 307) destaca que a repercussão geral (art. 1.035 do CPC/2015) serve para o Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos que tratam de matéria de relevância para a sociedade e para o Estado que devem ser conhecidos pela corte, na sua função de trazer unidade ao direito. Pela importância da matéria entende que a decisão tomada no regime de repercussão geral *assume outro status*¹⁸⁶. Aponta que a decisão *acerca da repercussão geral* (isto é, sobre a questão ser ou não caracterizada enquanto repercussão geral) compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, § 3º da CF/1988 e art. 1.035, § 2º do CPC/2015)¹⁸⁷ com eficácia vinculante horizontal, vinculando à própria corte (possibilitada a revisão). Uma vez reconhecida a repercussão geral, os tribunais inferiores ficam impedidos de tratar essa questão¹⁸⁸.

Por sua vez, a sexta corrente traz que não se pode falar em precedentes no Código de Processo Civil de 2015. Seriam representantes os professores Lênio Streck e Georges Abboud, que pontuam que se trata não de um sistema de precedentes, mas de um sistema de vinculação jurisprudencial (VIANA; NUNES,

¹⁸⁶ Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, a decisão em repercussão geral (em recursos que não tenham caráter repetitivo) poderá gerar precedente vinculante, desde que o Supremo Tribunal Federal opte por realizar incidente de assunção de competência sobre a matéria. Nesse sentido: “Em tais situações, uma vez reconhecida a repercussão geral, caberá à turma do STF um das duas opções: a) julgar o recurso; b) entender que, pela relevância do tema, o caso deve ser afetado ao Plenário, observado o procedimento do incidente de assunção de competência (art. 947, CPC), hipótese que resultará em precedente vinculante.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 371).

¹⁸⁷ Sobre o tema: “O pronunciamento do Plenário do STF sobre a repercussão geral de determinada questão vincula os demais órgãos do tribunal e dispensa, inclusive, que se remeta o tema a um novo exame do Plenário, em recurso extraordinário que verse sobre a questão cuja amplitude da repercussão já tenha sido examinada, haja ou não enunciado sumulado a respeito. Note, porém, que o precedente vinculante é do Plenário do STF (reconhecendo ou negando); reconhecida a repercussão geral pela turma do STF (turma não pode negar repercussão geral, lembre-se), não há precedente vinculante” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 373).

¹⁸⁸ Parece não haver vinculação quanto à matéria de fundo do recurso, uma vez que o art. 1.030, II, do CPC/2015, traz a possibilidade do juízo de retratação, que não precisa necessariamente aplicar a tese firmada na corte superior; nos termos da alínea “c” do inciso V do mesmo artigo, que traz que será realizado exame de admissibilidade que, se positivo, importa a remessa do recurso para julgando caso “o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação” (BRASIL, 2015, s.p.).

2018, p. 215). Há a expressa preocupação dos autores acerca da introdução pelo art. 927 do CPC/2015 de *provimentos vinculantes* e se desse ponto se deve dar a estruturação de teoria de precedentes no Brasil. Aduzem que não se pode retornar a um momento do positivismo em que o texto (do enunciado vinculante) passa a se equiparar à norma, pretendendo resolver em abstrato os casos futuros. Entendem que a aplicação se dá em concreto através da hermenêutica (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 175). Pontuam que o *common law* desenvolveu sua teoria de precedentes vinculantes durante séculos e que não seria possível reproduzir essa experiência através de provimento legislativo. O que o Brasil teria realizado seria um *sistema de vinculação jurisprudencial* e não propriamente precedente vinculante: não descartando o sistema e o estudo dos precedentes de maneira comparada, apenas defendendo não se tratar de igual espécie.

A crítica centra-se na impossibilidade de uma aplicação dedutiva-subsuntiva-mecânica de qualquer texto, seja norma legal, seja enunciado jurisprudencial ou súmula vinculante. O sentido é que não haveria enunciado linguístico que dispensasse interpretação e que essa interpretação deveria manter a integridade e coerência do direito. Não seria necessário o desenvolvimento de uma teoria de precedentes, mas sim a compreensão do pós-positivismo e do trabalho hermenêutico necessário para aplicação do direito: criticando a corrente doutrinária que entende, ao contrário, ser vital essa construção no Brasil, afirmando que o interesse por precedentes e súmulas seria um neopositivismo lógico, já refutado. Não se deve substituir o juiz *boca-fria-da-lei* pelo juiz *boca-fria-da-súmula* (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 176).

Seguem afirmando que sempre deve ser realizado esse movimento hermenêutico de interpretação do direito pelo julgador, bem como deve ser possibilitado o contraditório às partes para correta aplicação do caso precedente. Não se trata de uma proibição de interpretar. Senão se estaria retornando à exegética francesa e ao pandectismo alemão. Entendem que o que os julgadores devem utilizar as súmulas vinculantes e acórdão vinculantes na fundamentação de suas decisões como forma de trazer estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência, não através do silogismo, mas sim de novo ato hermenêutico. Como referem:

Em síntese, na aplicação dos provimentos do art. 927 deverá haver interpretação pelas instâncias inferiores perante a especificidade de cada caso concreto com o intuito de se proferir a solução constitucionalmente adequada para o caso concreto bem como assegurar a integridade e coerência do sistema. Trata-se, pois, de levar a sério a advertência de Dworkin: juízes decidem por princípio, e não por políticas (e muito menos de acordo com a sua consciência ou vontade pessoal). Direito se aplica a partir do respeito à coerência e à integridade. Há sempre um DNA do(s) caso(s) e/ou enunciados, que vem a ser um elemento que proporciona um elo de ligação na cadeia discursiva. (STRECK; ABOUD, 2015, p. 180).

Em suma, para a primeira corrente todas as espécies de decisões trazidas no art. 927 do CPC/2015 são vinculantes, isto é, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos proferidos em resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência e julgamento de recursos repetitivos, os enunciados de Súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e as orientações do plenário ou órgão especial aos que os juízes e tribunais estiverem vinculados.

A segunda corrente limita esse rol de precedentes vinculantes (padrões decisórios) para apontar como vinculantes as decisões e súmulas cujo descumprimento autoriza o manejo da reclamação (art. 988, III e IV, do CPC/2015), realizando graduação entre precedentes vinculantes (cujo descumprimento é atacável pela reclamação) e precedentes persuasivos. Afastaria assim o julgamento de recursos repetitivos e enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a matéria e as orientações do plenário ou órgão especial aos que os juízes e tribunais estiverem vinculados.

O rol da terceira corrente se assemelha ao da segunda, apenas incluindo o julgamento de recursos repetitivos, pela fundamentação já exposta de respeito ao processo constitucional em sua formação e aplicação (possibilidade de exercício do contraditório). Assim, afasta do rol de precedentes vinculantes os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e as orientações do plenário ou órgão especial aos que os juízes e tribunais estiverem vinculados.

A quarta corrente entende como inconstitucional o rol do art. 927 do CPC/2015. A força obrigatória do precedente seria encontrada na Constituição

Federal. Assim, seriam precedentes vinculantes apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado e súmulas vinculantes. Afastaria os demais tipos trazidos no rol do referido artigo.

A quinta corrente estabelece que o rol do art. 927 do CPC/2015 é taxativo, mas só podem ser consideradas como precedentes as decisões emanadas pelas cortes superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Parece que busca aproximar a aplicação da teoria de precedentes no Brasil ao que é realizado no direito anglo-americano. Assim, afasta do rol de precedentes vinculantes os incidentes de resolução repetitiva e assunção de competência (que devem ser respeitados pelo seu caráter *erga omnes*)¹⁸⁹ e as orientações do plenário ou órgão especial aos que os juízes e tribunais estiverem vinculados.

Por fim, a sexta corrente traz que não se pode falar em precedentes vinculantes no Brasil, mas em um sistema de vinculação jurisprudencial. Os autores buscam trazer sua preocupação e alertar que esse sistema de vinculação jurisprudencial não pode ser aplicado de forma dedutiva-substantiva, que cada julgamento se constitui em novo ato hermenêutico. Utilizaria o juiz das súmulas vinculantes e acórdãos como forma de trazer estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência. Parece que talvez haja exagero em classificar tal posicionamento como uma corrente doutrinária, bem como que pelo seu posicionamento negaria a vinculação de todo o rol do art. 927 do CPC/2015 – o que não é possível afirmar, pois talvez abarcasse, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade realizada em controle concentrado, evidentemente vinculante.

¹⁸⁹ Quanto a ser o instituto do IRDR integrante do microssistema de precedentes vinculantes, como preceitua o art. 927 do CPC/2015, Sérgio Arenhart e Gustavo Osna (2019, p. 384) realizam crítica afirmando não se tratar de precedente propriamente dito, na acepção da teoria de precedentes anglo-americana. Sustentam se tratar, a decisão do IRDR, muito mais afeita à coisa julgada da questão de direito, como defende Marinoni. Assim, retira-se do magistrado a jurisdição sobre matéria de direito que, depois, não poderá ser julgada de maneira diversa – o que restaria evidenciado que a hipótese de rediscussão do tema só é possível no mesmo tribunal que prolatou a decisão, nos termos do art. 986 do CPC/2015. Afirmam que sequer a hipótese de superação da tese referida no mesmo artigo seria capaz de afastar a aplicação da coisa julgada sobre a questão de direito. Isso porque a revisão da tese só pode ocorrer em caso de modificação das circunstâncias jurídicas existentes ao tempo da decisão – não sendo possível, sob pena de violação à isonomia e à segurança jurídica, alterar a tese por nova reflexão ou novo argumento sobre o tema, sob pena de contradição com a própria justificativa da existência do instituto. Se não houve essa modificação das circunstâncias jurídicas, o tribunal apenas estará impondo seu novo entendimento aos demais magistrados, em quebra da confiança justificada e estimulando a demanda de massa, na esperança dos jurisdicionados de alteração de entendimento pelo tribunal a respeito da correta aplicação do direito. Concluem reafirmando que a vinculatividade da decisão em IRDR se dá pela coisa julgada, não pela lógica de precedentes, uma vez que “[...] o instituto não está preocupado – nem pode estar – com a evolução do Direito”.

Para o presente trabalho, consideram-se pertinentes as críticas trazidas pelos autores, mas refuta-se a noção de impossibilidade e adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil. A aplicação da teoria de precedentes pressupõe a análise do caso concreto para extração da *ratio decidendi* e dos fatos jurídicos relevantes, para verificação da aplicação ou necessidade de distinção quanto ao caso a ser julgado. Assim, entende-se que a crítica serve de importante alerta, mas não invalida uma teoria de precedentes no Brasil.

Tampouco entende-se que a estipulação de uma teoria de precedentes seja inconstitucional como trazido pelo entendimento da segunda corrente – por entender que não há uma usurpação de poderes pelo Judiciário, mas o atendimento de sua função constitucional de realizar a jurisdição e concretizar os direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, § 1º, CF/1988.

A entendimento do que é considerado precedente vinculante no direito brasileiro irá impactar diretamente a análise do que será necessário para a superação (*overruling*) de precedente e da necessidade/possibilidade ou impossibilidade de realização de superação antecipada (*anticipatory overruling*) da decisão, tendo em vista os requisitos trazidos no § 4º do art. 927 do CPC/2015.

3.5 DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A experiência da *common law* traz que a regra é a manutenção dos precedentes ao longo do tempo e a superação é exceção. Como visto, só ocorre quando o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social, de consistência sistêmica, quando for apoiado em premissa fática incorreta ou em interpretação evidentemente equivocada do ordenamento jurídico. Além disso, de maneira concomitante, é necessário que a manutenção do precedente não mais se justifique sobre análise da estabilidade do ordenamento, isto é, dos princípios da isonomia, proteção da confiança e segurança jurídica (PEIXOTO, 2019, p. 231). A experiência da *common law* demonstrou que a força do precedente não pode ser absoluta, sob pena de engessar o desenvolvimento do direito e podendo levar à

perpetuação de injustiças, replicadas à medida que o precedente vai sendo aplicado¹⁹⁰.

Por sua vez, o sistema de precedentes vinculantes instituído no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente a possibilidade de superação de precedentes. Como visto no ponto anterior, há várias correntes doutrinárias acerca do que é precedente vinculante no direito brasileiro. O acolhimento de determinada corrente amplia ou restringe as decisões com aplicabilidade obrigatória no direito brasileiro – bem como da necessidade do enfrentamento dos requisitos para superação do entendimento.

Em consonância com sua teoria que aponta a necessidade de atenção ao princípio do contraditório na formação e aplicação dos precedentes vinculantes, Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 300) pontua que o contraditório também deve ser considerado quando da superação de *padrões decisórios*¹⁹¹ – seja superação total, como superação parcial. Nas palavras do autor:

Trata-se, como facilmente se percebe, da necessária observância do contraditório efetivo, substancial, exigido pelo art. 7º do CPC/2015 e – principalmente – pelo inc. LV do art. 5º da Constituição da República, como fator responsável pela construção de um procedimento participativo de superação de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante. E se assim não fosse, estaria violado o modelo constitucional de processo, o que retiraria toda a legitimidade dos pronunciamentos que revissem precedentes vinculantes (e, pois, tais precedentes, não obstante superados, teriam de continuar a ser observados em razão da invalidade do procedimento de sua superação). (CÂMARA, 2018, p. 311).

Essa superação, para o autor, tem previsão expressa no art. 927, § 2º do Código de Processo Civil. No dispositivo, está prevista a possibilidade de realização

¹⁹⁰ Em sentido contrário, apontando precedentes que não admitem a superação, parte da doutrina entende que poderá haver no Brasil *superprecedentes*, como ocorreria nos Estados Unidos. Utilizando o exemplo do caso *Marbury v. Madison*, que serve de fundamento para teoria do *judicial review*, e que pela sua importância não admitiria superação, Ronaldo Cramer (2016, p. 164-165) busca transpor ao direito brasileiro essa figura, afirmando que um *superprecedente* no Brasil seria a decisão advinda do Supremo Tribunal Federal que acabasse por criar uma norma com status diferenciado, como exemplo de um direito fundamental que tivesse origem no Supremo Tribunal Federal em decisão com eficácia vinculante. Seria uma cláusula pétrea de jurisdição só passível de alteração pelo Poder Constituinte originário.

¹⁹¹ O autor considera como precedentes vinculantes (ou melhor, em suas palavras, os *padrões decisórios*) aqueles tipos do rol do art. 927 do CPC, que atendem ao processo constitucional (seria as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e julgamento de casos repetitivos). Para o autor, esses padrões decisórios podem ser objeto de superação no Direito brasileiro (CÂMARA, 2018).

de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir na “[...] alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos”. Ainda, no § 4º do mesmo artigo, estão os requisitos para a superação total ou parcial de “[...] enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”, sendo esses a necessidade de fundamentação adequada¹⁹² e específica e a consideração dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Fabio Victor Monnerat (2019, p. 423) aponta que a disciplina para superação é trazida no art. 927, § 4º, e art. 985, II c/c art. 986, do CPC/2015, que serviriam à revisão de tese consagrada em súmulas ou precedentes qualificados. Seria necessária a apresentação de fundamentação adequada e específica para o *overruling*, considerando ainda os princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia.

Ainda, integrariam os elementos necessários para a superação dos precedentes os trazidos no art. 896-C da CLT, que, ao tratar dos recursos de revista repetitivos traz que caberá a “[...] revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica [...]”, elementos esses que o Código de Processo Civil não pontua textualmente.

Haveria, além das já trazidas, outra possibilidade de superação de precedente, caso admitido um *stare decisis* mais brando. Seriam os casos do precedente criado em erro evidente na interpretação do direito e de julgamento realizado com base em interpretação claramente equivocada da lei. Nesses casos poder-se-ia admitir uma superação com um ônus argumentativo mais fraco, uma vez que a manutenção implicaria aplicação de entendimento claramente errado. Assim, ainda que exigida a ponderação sobre se o precedente passou a ser aplicado pelo Poder Judiciário e pelos jurisdicionados, isso é, se depositada confiança jurídica sobre o precedente, não seria necessário demonstrar a incongruência social ou inconsistência sistêmica (PEIXOTO, 2019, p. 235)

¹⁹² Quanto à necessidade de fundamentação adequada e específica, ainda traz o art. 489, §1º, VI, que a decisão não será considerada fundamentada se afastar a aplicação de precedente (e enunciado de súmula e jurisprudência) invocado pela parte sem demonstrar a realização de distinção ou superação do entendimento.

De outra forma, Ronaldo Cramer destaca que a modificação da composição da corte não é um dos elementos a autorizar a superação de precedente. Pontua que:

A superação do precedente pode se dar em virtude de alteração da lei, mudança de entendimento da comunidade jurídica, modificação econômica, política, cultural ou social, ou porque o precedente a ser modificado encontra-se errado. (CRAMER, 2016, p. 150).

Assim, para ocorrer a superação do precedente um dos elementos acima tem que restar demonstrado – além da análise feita acerca da isonomia e segurança jurídica recomendar seja realizada a revisão da tese jurídica, do que recomendar a manutenção do precedente. Isto é, quando a superação do precedente sirva mais para restabelecer a isonomia e a segurança jurídica do que sua manutenção (PEIXOTO, 2019, p. 232).

O juiz ou corte que busque revisar um entendimento tem o ônus argumentativo de justificar que a medida se justifica sob o prisma dos princípios “[...] da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”, como preceitua o art. 927, § 4º, do CPC/2015. O julgador deverá demonstrar “[...] que a necessidade de mudança supera a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e a imposição de igualdade de tratamento para casos semelhantes” (PEIXOTO, 2019, p. 233).

Como trazido anteriormente, a lógica de um sistema de precedentes é a manutenção da *ratio decidendi*. A segurança jurídica traz ao jurisdicionado previsibilidade do entendimento do direito na tomada de decisão e confiança no precedente. A superação do entendimento deve ser, portanto, a última opção da corte, uma vez que a mudança gera instabilidade no ordenamento jurídico. De igual modo, um precedente que começa a ser alvo de exceções inconsistentes deixa de ser isonômico, uma vez que passa a dar tratamento diferente para situações semelhantes. A superação do precedente, dessa forma, deve buscar restabelecer o tratamento igualitário e a própria segurança jurídica (PEIXOTO, 2019, p. 233).

Quanto à segurança jurídica e previsibilidade, o esperado é que a necessidade de revisão de um precedente ocorra através de um processo paulatino de erosão, com perda de confiança, afastamento da segurança jurídica ou isonomia. Em caso de uma necessidade abrupta da superação do entendimento o julgador

pode se valer da superação prospectiva (*prospective overruling*), mantendo a força do precedente *desatualizado* por certo período de tempo, pela sua importância sistêmica. No Brasil, o instituto do *prospective overruling* serviu de inspiração para a modulação dos efeitos na superação de precedentes vinculantes (art. 927, § 3º, do CPC/2015). É autorizada a modulação de efeitos em havendo interesse social *ou* como forma a preservar a segurança jurídica¹⁹³ (CRAMER, 2016, p. 157). Destaca-se que o tema não é uma novidade no ordenamento pátrio, que já previa a modulação de efeitos na ação direta de inconstitucionalidade, na ação direta de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e art. 11 da Lei nº 9.882/1999.

Ainda de se destacar que o Código de Processo Civil traz um dever de fundamentação qualificado no art. 489, § 1º, incisos IV e V. Igual é no tocante à aplicação e superação de precedentes. A legislação aponta que não estará fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, modificar a conclusão adotada. Também não tem fundamentação a decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar distinção do caso em julgamento, ou a superação do entendimento. Assim, para além da demonstração da necessidade de superação do precedente, a decisão deve enfrentar os argumentos trazidos pelas partes no caso específico¹⁹⁴ (PEIXOTO, 2019, p. 240).

A sistematização do precedente no direito pátrio demonstra que, no ordenamento jurídico brasileiro, a superação implícita parece não ser admitida, uma vez que é vício, no plano da validade, a prolação de decisão não justificada, nos termos do art. 489, § 1º, VI, do CPC (PEIXOTO, 2019, p. 213). Considera-se, pelo texto legal, não fundamentada decisão que deixa de aplicar precedente sem realizar a distinção ou superação do mesmo¹⁹⁵. Ademais, o art. 927, § 4º, do CPC/2015, traz

¹⁹³ Nesse sentido, pontua José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 453): “Estipulada a ‘regra do jogo’ deve ser evitada, com efeito, a perversa retroatividade de novel posicionamento pretoriano, circunstância que impede a perpetração de qualquer emboscada aos advogados, preservando-se, como precípua escopo da jurisdição, o direito material dos litigantes”.

¹⁹⁴ Caso admitida a participação do *amicus curiae*, seja nos termos do art. 138 do CPC/2015 (para qualquer caso), seja no caso específico trazido pelo art. 927, § 2º do CPC/2015 (nas hipóteses de superação de enunciados de súmulas ou precedentes advindos de causas repetitivas), nos parecer que os argumentos trazidos também devem ser considerados na fundamentação da decisão.

¹⁹⁵ No mesmo sentido, a transformação do precedente (*transformation*) não pode ser admitida no direito brasileiro, uma vez que também não é realizada de maneira expressa pelo tribunal. Nesse

como requisito para a superação a existência de fundamentação adequada e específica, afastando, portanto, a possibilidade de superação implícita¹⁹⁶.

A superação de precedentes pode se dar de maneira concentrada ou incidental, ou seja, pode seguir um procedimento específico, como visto, ou ser decidida à medida que os casos vão sendo apresentados nos tribunais. Não permitir a superação incidental restringe a superação a poucos legitimados – que podem até escolher manter a inércia para não atingir precedente que era passível de superação. A possibilidade de superação caso a caso mostra-se mais democrática e salutar ao desenvolvimento do direito (PEIXOTO, 2019, p. 215).

Ainda, encontra-se de maneira esparsa na legislação a previsão expressa da possibilidade de superação no ordenamento brasileiro dos tipos de precedentes vinculantes, como se passa a ver.

Quanto ao controle concentrado de constitucionalidade, o art. 102, § 2º da Constituição Federal, aponta que as decisões produzem efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas não ao próprio STF¹⁹⁷. Certamente, enfrentando seus precedentes anteriores cabe também ao STF um ônus argumentativo para realização da superação¹⁹⁸. Justifica-se essa medida para evitar o engessamento da interpretação constitucional.

sentido: “Diante dessa percepção, deve-se concluir que a transformação não deve ser internalizada como uma técnica própria do *stare decisis*, o que seria um contrassenso. Não se pode ter como permitido aos tribunais, diante dos precedentes obrigatórios, realizar a transformação de uma norma de precedente em outra, mantendo-se o mesmo referencial e evitando a consideração da confiança legítima ensejada pela norma que, na verdade, foi superada. Isso é, certamente, algo que se deseja evitar no *stare decisis*. A correta compreensão da transformação, portanto, é de um conceito para descrever essa anomalia prática” (MACÊDO, 2016b, p. 101). Ainda, “[...] a meu juízo, a transformação constitui uma superação implícita, o que, como visto acima, não pode ocorrer com o precedente vinculante, por força da regra expressa no § 4º do art. 927 do NCPC” (CRAMER, 2016, p. 153).

¹⁹⁶ Acerca do § 4º do art. 927, Ronaldo Cramer (2016), p. 152) pontua: “Sublinhe-se que, a despeito de o referido § 4º não referir textualmente a precedente, não pode haver dúvidas, para o bem da interpretação sistemática dos artigos sobre precedentes vinculantes no novo CPC, e, principalmente, dos parágrafos e incisos do art. 927 do NCPC, que esse dispositivo se refere a qualquer precedente vinculante”.

¹⁹⁷ “É, pois, perfeitamente possível que o próprio STF supere seus precedentes formados por meio dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, o que depende, para ocorrer, do reconhecimento de alguma modificação substancial do ordenamento, capaz de permitir que se afirme ser inconstitucional uma norma que anteriormente se declarara constitucional” (CÂMARA, 2018, p. 308).

¹⁹⁸ Nesse sentido: “É evidente que, para a atualização e evolução de suas orientações vinculativas, deve a corte contrapesar conscientemente o valor da continuidade e da coerência de seus critérios de decisão para a eficácia de suas próprias funções, a resultar muito provavelmente comprometida diante de bruscas ou camufladas inflexões. Tais fatores impõem à corte constitucional, para a hipótese de *overruling*, acendrado empenho em torno de uma fundamentação idônea, crítica e explícita” (PAULO NETO, 2011, p. 204).

Em relação a essa hipótese, é necessário fazer ressalva em relação ao *objeto* da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal. É que, em caso de declaração de inconstitucionalidade, o ato normativo tido por inconstitucional é retirado do ordenamento jurídico. A superação não se dá, nesses casos, sobre o ato normativo, que não volta a ser aplicado, mas sim sobre a *ratio decidendi* do julgamento – no caso de haver novamente a discussão da matéria em juízo. Situação diversa ocorre quando o julgamento é pela constitucionalidade da norma – pois daí pode ocorrer a superação de precedente anterior. Por exemplo, caso se passe a entender que o ato normativo é inconstitucional (PEIXOTO, 2019, p. 216).

Os enunciados de súmula vinculante, por sua vez, podem ser revistos ou cancelados, conforme expressa previsão do art. 103-A da Constituição Federal, desde que cumprido o requisito do art. 2º, § 3º, da Lei nº 11.417/2006, qual seja, desde que a decisão seja tomada por dois terços dos ministros do STF em sessão plenária (CÂMARA, 2018, p. 308).

A superação da súmula vinculante pode se dar através de dois tipos de procedimentos: de maneira concentrada ou incidental. Concentrada é a instauração a *procedimento concentrado de revisão de súmula* (PEIXOTO, 2019, p.219) por um dos legitimados para sua propositura, trazidos no art. 3º da Lei nº 11.417/2006. Nesse procedimento é admitida a participação de terceiros, nos termos do § 2º do referido art. 3º, que remete a participação aos termos do regimento interno do STF. A hipótese incidental dá-se quando no curso de algum processo em que esteja sendo discutida a súmula vinculante as partes requerem ao Supremo Tribunal Federal¹⁹⁹ a revisão do enunciado.

Seguindo, tem-se os incidentes de formação concentrada de precedentes, o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Quanto ao incidente de assunção de competência, o art. 947, § 3º, do CPC/2015, prevê expressamente que o acórdão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, *exceto se houver revisão de tese*. Fazendo parte do microsistema de formação concentrada de precedentes, a revisão da tese ocorrerá nos termos do art.

¹⁹⁹ Ravi Peixoto (2019, p. 220) argumenta que a possibilidade de qualquer parte requerer incidentalmente a revisão da súmula decorre da legitimidade que tem o STF de assim proceder de ofício nos termos do art. 3º, inciso XI, Lei nº 11.417/2006). Destaca que o § 1º do referido artigo concede essa faculdade apenas aos Municípios, mas entende que a interpretação deve ser extensiva. Segundo o texto legal, entende-se, o processo não seria suspenso com a instauração do procedimento de revisão de Súmula.

927, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC/2015, admitindo a possibilidade de realização de audiência públicas e participação de *amici curiae* (CÂMARA, 2018, p. 310-311).

Já no incidente de resolução de demandas repetitivas, é o art. 985, II, do CPC/2015, que prevê igualmente a vinculação da tese a todos os processos individuais e coletivos em que tramitem na jurisdição do tribunal (incluindo Juizados Especiais) e processos futuros, *salvo revisão na forma do art. 986*. A superação da tese jurídica (*overruling*) do incidente de resolução de demandas repetitivas está prevista no art. 986 do CPC/2015. Será realizada de ofício pelo Tribunal ou a requerimento de dois dos legitimados (a Defensoria Pública e o Ministério Público). Quanto à possibilidade de ocorrer a revisão por provocação incidental, a doutrina se divide, havendo entendimento que apenas os legitimados no inciso III do art. 977 do CPC/2015 (Ministério Público e Defensoria Pública) podem requerer a instauração de incidente de revisão (MENDES; SILVA, 2015, p. 582) e entendimento de que as partes também podem requerer a instauração de procedimento de revisão ao tribunal (pelo fato de esse poder requerer de ofício) (PEIXOTO, 2019, p. 221).

A decisão deverá ser fundamentada, considerando a segurança jurídica, a proteção da confiança e isonomia, precedida da possibilidade de participação e audiência públicas, dando-se as mesmas possibilidades para a sua revogação que quando da sua formação (sendo a possibilidade de comparticipação trazida no art. 983, *caput* e §1º, do CPC/2015). Poderá haver modulação dos efeitos (sendo *ex nunc – prospective overruling*) em prol da segurança jurídica (MENDES; SILVA, 2015, p. 582).

De se destacar que a previsão do art. 986 do CPC/2015, ao estabelecer que a revisão só poderá ser realizada *pelo mesmo tribunal*, pode indicar, *prima facie*, que há expressa *vedação* de superação antecipada no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas. Como procurar-se-á demonstrar no próximo tópico, essa não é a conclusão que será encontrada.

Nesse ponto passa a ficar mais marcada a diferença de entendimentos jurisprudenciais acerca do que é precedente no direito brasileiro²⁰⁰. Como todas as espécies de formação de decisões e enunciados de súmula acima são albergadas

²⁰⁰ Mesmo entendendo pela inconstitucionalidade do sistema de precedente do Código de Processo Civil, José Rogério Cruz e Tucci (2015, p. 454) elogia o sistema de superação de precedentes, entendendo que o legislador se mostrou cuidadoso e democrático na disciplina da superação de precedentes, inclusive quanto “ao tormentoso problema de sua eficácia retroativa.”

pela reclamação (art. 998, III e IV, do CPC/2015), ao menos três correntes doutrinárias indicariam essas espécies entre as decisões com força vinculante, como visto no ponto anterior deste capítulo. Para a corrente que entende que somente precedente vinculante das decisões e enunciados podem ser objeto de reclamação, se limitariam os precedentes aos já vistos. Para a teoria representada por Alexandre Freitas Câmara (2018), de ser incluído os julgamentos em recursos repetitivos. Para a quarta corrente, somente decisões das cortes supremas podem ser consideradas precedentes (incluindo recursos em regime de repercussão geral).

Para a primeira corrente, por sua vez, o julgamento de recurso repetitivo, os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados também geram decisões e enunciados vinculantes. Assim, a alteração do entendimento também deve passar pela análise e argumentação própria do *overruling*. E, em caso de superação antecipada, também devem ser enfrentados os requisitos adiante vistos para a não aplicação por juízes e tribunais hierarquicamente inferiores.

Cumpra assim dizer que, quanto aos recursos excepcionais repetitivos, as alterações realizadas pela Lei nº 13.256/2016 tornaram dificultosa a possibilidade de superação de precedentes. Referida lei *ressuscitou* o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais pelos tribunais de origem. Na redação original, o parágrafo único apontava que o recurso especial ou extraordinário subiria ao tribunal de superposição correspondente, onde seria realizado o exame de admissibilidade²⁰¹.

Com a alteração realizada antes mesmo da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, passou a trazer o art.1.030, inciso I, do CPC/2015, que o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* negará seguimento ao (a) recurso extraordinário que não tenha reconhecido a existência de repercussão geral; (b) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja de acordo com o entendimento do STF exarado em repercussão geral; e (c) a recurso especial ou

²⁰¹ Esclarece Alexandre Freitas Câmara (2018, p. 315): “Assim não era, porém. O texto original do Código de Processo Civil de 2018 estabelecia dois sistemas de processamento distintos, um para os recursos excepcionais não repetitivos e outro para os repetitivos. E a disposição do parágrafo único do art. 1.030 só se aplicava aos recursos não repetitivos. Quando se tratasse de recurso especial ou extraordinário repetitivo, haveria um sistema de gerenciamento do recurso no tribunal de origem, ali se fazendo um primeiro exame de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário”, pelo que a doutrina chegou a entender que o agravo em recurso extraordinário e especial seriam o meio de se buscar a superação do precedente.

extraordinário que contiver pedido contrário a precedente proveniente do julgamento de recursos excepcionais repetitivos. Dessa decisão, que nega seguimento, caberá agravo interno no próprio tribunal, nos termos do § 2º, não podendo ser objeto de agravo aos tribunais superiores²⁰².

Isso é, não há (aparentemente) meio de levar a matéria ao tribunal superior. O agravo interno é realizado no mesmo tribunal e dessa decisão não cabe agravo em recurso especial ou agravo em recurso extraordinário (art. 1.042, *caput*, do CPC/2015²⁰³). A reclamação, por sua vez, só seria admitida em caso de não aplicação do precedente, após esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC/2015). Hermes Zaneti Jr. realiza crítica:

O problema aqui se dá em relação à extensão da regra de inadmissibilidade do agravo em caso de ele ser interposto de decisão que negou a admissibilidade de recurso especial ou extraordinário com fundamento em acórdão decorrente de repercussão geral ou de recurso repetitivo. Qual o problema? Nestes casos se não se admitir a possibilidade de recurso de revisão a tese jamais será alterada, pois o tribunal somente irá conhecer do recurso em matéria ainda não decidida, portanto, a regra eliminaria a possibilidade de *overruling* e *distinguish* pelo STJ e STF nos casos repetitivos. (ZANETI JR., 2017, p. 385).

Haveria, assim, caso de engessamento do precedente vinculante estipulado em recurso especial ou extraordinário repetitivo; e uma quebra na possibilidade de um contraditório efetivo pelas partes, no sentido de possibilidade de influência, base de um processo justo desenhado no processo constitucional do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o precedente passa a ser uma medida de fechamento discursivo, uma vez que não haveria meio de as partes se defenderem e buscarem a superação do precedente²⁰⁴.

²⁰² Ronaldo Cramer (2016, p. 145) refere: “Infere-se, assim, que caso a parte queira superar um daqueles mencionados precedentes, não conseguirá fazer seu recurso chegar aos tribunais que os fixaram, o que torna impossível a superação”.

²⁰³ Vale a transcrição do *caput* do artigo: “Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos” (grifo nosso).

²⁰⁴ Crítica trazida por Diogo Bacha e Silva e Alexandre Melo Franco Bahia (2016, p. 1003): “Se, portanto, os precedentes servem como meio de fechamento argumentativo e extinção da discussão processual, as mudanças havidas com a lei nº 13.256/2016 significam não apenas um retrocesso – um andar para trás, para a sistemática do CPC/73 –, mas também um perigoso golpe ao sistema dinâmico dos precedentes, uma vez que os entendimentos dos Tribunais Superiores deixam de ser passíveis de ‘superação’ justamente quando tal oportunidade se lhes aparece através de RE./REsp. – ou, mais exatamente, através dos respectivos Agravos. Ora, que poder

Em face ao problema da impossibilidade de acesso aos tribunais superiores e, dessa forma, havendo impedimento de buscar a superação do precedente vinculante, a doutrina nacional busca encontrar solução para esse problema, havendo, segundo Ravi Peixoto (2019, p. 221-227), cinco correntes: (a) a primeira defende a interposição do agravo interno e, sendo esse negado, a interposição de novo recurso especial ou extraordinário; (b) a segunda aponta que, para uma interpretação conforme a constituição do art. 1.030, § 1º do CPC/2015, trazendo que a competência definitiva para admissibilidade do recurso seria dos tribunais superiores, o que permitiria a interposição de novo agravo após o improvimento do agravo interno; (c) a terceira corrente sugere uma ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação, para possibilitar o manejo de reclamação a fim de resguardar a competência do tribunal superior (art. 988, I, do CPC/2015), após o não provimento do agravo interno; (d) a quarta corrente também aponta para o manejo da reclamação, mas sob diferente fundamento, utilizando do raciocínio do STF na Reclamação nº 4.374, de que a reclamação é meio de atualização do precedente, permitindo a correção ou superação do mesmo – fundamentação utilizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso para receber reclamação que discutia a inexistência de repercussão geral na matéria referente à possibilidade de condenar ente federativo ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública que o integra; e (e) a quinta corrente defende que o art. 1.030, I, do CPC/2015, não se aplica a recurso que vise à superação da tese precedente, isto é, não poderia o tribunal *a quo* negar seguimento ao recursos nesses casos, podendo a parte requerer por petição ao tribunal superior a análise do recurso (PEIXOTO, 2019, p. 221-227).

Superada a fase de se chegar ao Tribunal Superior, o Regimento do Superior Tribunal de Justiça, traz nos artigos 256-S a 256-V, a possibilidade de instauração de um incidente de revisão de tese, de iniciativa do Ministro proponente (expondo os fundamentos da alteração) ou do representante do Ministério Público Federal. A revisão ocorrerá nos próprios autos do processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos, caso ainda esteja tramitando, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado. O regimento interno do Supremo

'supra-legislativo' é esse dado a tais Tribunais? Sim, porque mesmo uma lei é passível de ser modificada/suprimida, mas decisões do STF/STJ (art. 927, III), deixam de sê-lo".

Tribunal Federal não aponta como se daria a revisão de precedente em julgamento de recurso repetitivo.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, a superação de precedente em recursos repetitivos deve buscar apoio no art. 986 do CPC, que trata do incidente de resolução de demandas repetitivas, aplicável aos recursos repetitivos pela existência de um microssistema de resolução de recursos repetitivos. Assim, poderão pleitear a revisão o tribunal, de ofício, e os legitimados a suscitar o incidente de julgamento de casos repetitivos. Como trazem os autores, deve se respeitar o método de formação dos precedentes:

A modificação do entendimento somente poderá realizar-se incidentalmente no julgamento de recurso ou causa de competência originária do tribunal. Mas a revisão da tese, exatamente por redundar na formação de outro precedente obrigatório, deve ocorrer após a instauração de um novo incidente de julgamento de casos repetitivos. Novo precedente obrigatório, neste caso, deve ser formado da mesma maneira pela qual o precedente obrigatório revogado foi formado. (DIDIER; CUNHA, 2016, p. 614).

Por sua vez, quanto à superação do enunciado de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, o regimento interno da corte traz, em seus artigos 102 e 103, o procedimento para revisão. A iniciativa pode partir de qualquer Ministro, havendo possibilidade de sobrestamento do processo em julgamento até decisão: que cabe ao Plenário, por maioria absoluta. Não há previsão de participação do Ministério Público ou qualquer outro interessado.

Já quanto ao enunciado de súmula do STJ, o regimento interno traz, no art. 125, o procedimento para revisão. Igualmente, a iniciativa pode partir de qualquer Ministro de maneira incidental a um caso em julgamento, que poderá restar sobrestado. Se o pedido for realizado em julgamento da Turma, essa deverá acolher o mesmo, enviando o processo para parecer do Ministério Público Federal. A revisão ocorre na Corte Especial ou Seção, por maioria absoluta de seus membros, com a presença de, no mínimo, 2/3 dos integrantes.

Ante o exposto, a possibilidade de revisão de teses vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro é uma realidade. Ainda que cada espécie de decisão e enunciado sumular vinculante, como visto, tenha suas particularidades. Passa-se, portanto, à questão objeto do trabalho, que é a possibilidade de essa revisão ser antecipada por cortes inferiores.

3.6 DO *ANTICIPATORY OVERRULING* NO DIREITO BRASILEIRO

Ao longo deste capítulo foram apresentadas características importantes do *overruling* na *common law* anglo-americana, debruçando o estudo sobre institutos que, aplicados ao direito brasileiro, vão permitir analisar se é possível a transposição da prática do *anticipatory overruling* ao direito nacional. Restou demonstrado que a superação se dá em relação à *ratio decidendi*, e que só pode ser realizada em certas circunstâncias, havendo um ônus argumentativo ao julgador que busca revisar uma tese jurídica consolidada.

Para se chegar a condições de realizar a análise proposta, discorreu-se sobre a evolução do *anticipatory overruling* na *common law*. Foi destacado seu surgimento no direito norte-americano e em quais situações era permitida uma ruptura com a vinculação vertical, esclarecendo-se que o juiz na realidade deixa de aplicar o precedente, ao demonstrar que a corte superior, ao analisar o caso, provavelmente seguiria o caminho do *overruling*. Referiu-se que a prática, dada a rigidez da força vinculante, não foi admitida na Inglaterra (embora conte com defensores) e acabou sendo afastada pela Suprema Corte Norte-Americana em 1989 (em decisão que, de certo modo, se caracteriza mais como *obiter dicta* do que manifestação direta acerca do *anticipatory overruling*). Demonstrada, por fim, a relação no direito continental europeu, no qual países em que os precedentes judiciais têm característica persuasiva admitem com maior facilidade o afastamento de teses dos tribunais por juízes hierarquicamente inferiores.

Dessa forma, imperioso perceber que o entendimento acerca de quais decisões são precedentes vinculantes no Brasil acaba por impactar diretamente os requisitos para superação desses precedentes e a necessidade de demonstração desses requisitos. Afinal, só será necessário realizar o esforço argumentativo de afastar a aplicação de um precedente se esse for, de fato, vinculante.

Como visto no item anterior, a superação dos precedentes vinculantes no Brasil é prevista pelo ordenamento jurídico pátrio, embora em muitas situações não se apresenta um caminho de fácil percurso. Se elegido o caminho da superação concentrada, há uma limitação dos legitimados a requererem a instauração de incidente de revisão do precedente. De outra forma, para haver a revisão incidental do precedente, imperioso a parte acessar o tribunal através de recurso – o que,

como visto no caso dos recursos excepcionais repetitivos, sequer é previsto no Código de Processo Civil brasileiro.

Nesse sentido acredita-se ser válida a consideração da aplicação da superação antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo aos juízes e tribunais inferiores que, em condições específicas, afastem a aplicação de precedente – em caso que não haja distinção – se demonstrado que a superação antecipada é o caminho para evitar grave injustiça à parte.

Como visto anteriormente, o *anticipatory overruling* é um exercício de previsibilidade das cortes inferiores, que entendem que as cortes superiores já admitem a superação de um precedente. É distinto do *overruling* típico, como visto. Mas seu ônus argumentativo é semelhante, devendo os juízes demonstrar a necessidade de *anticipatory overruling* e justificar essa antevisão do *overruling* pela corte superior, diante do princípio da inércia que deve basear a vinculação vertical (ATAÍDE JR., PEIXOTO, 2014, p. 289).

Igualmente de se ressaltar novamente que o instituto não pode se confundir com a – inadmissível – hipótese de o juiz ou tribunal hierarquicamente inferior afastar o precedente por não concordar com a *ratio decidendi*. Como visto, deve haver uma incompatibilidade do precedente a ser aplicado com o atual estado do direito, com alguma modificação legislativa ou de outros precedentes correlatos, por exemplo (CRAMER, 2016, p. 159).

Ainda, mesmo que realizado o *anticipatory overruling* não há a retirada do precedente do conjunto de normas jurídicas. A decisão de corte inferior que realiza o *anticipatory overruling* não tem efeito vinculante para as demais cortes. Não retira a eficácia do precedente. Não se pode confundir *anticipatory overruling* com o *overruling implícito* realizado pelo tribunal prolator do precedente. Nesse segundo, é a própria corte competente para o *overruling* que de maneira implícita, pela sua fundamentação na decisão, realiza a superação do precedente. De igual modo não se confunde com a distinção, cujo ônus argumentativo para não aplicação do precedente é a existência de circunstâncias fáticas diversas; bem como a sinalização, que é realizada pela corte prolatora no sentido de indicar que aguarda o melhor momento para revisão da tese jurídica (ATAÍDE JR.; PEIXOTO, 2014, p. 291).

A título de contextualização, de se dizer que a aplicabilidade do *anticipatory overruling* já é debatida nos tribunais brasileiros, embora ainda de maneira tímida.

Foi realizada pesquisa em 04/05/2020 dos termos *anticipatory overruling* e *antecipatory overruling*, buscando jurisprudência cadastrada nos bancos de dados dos sites abaixo, obtendo os seguintes resultados:

- no site lexml.org.br não foi encontrada nenhuma informação;
- no site tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia não foi encontrada nenhuma informação;
- no site jusbrasil.com.br/jurisprudencia foram encontrados 155 resultados para *anticipatory overruling* e 303 resultados para *antecipatory overruling*;
- no site tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia foram encontrados 2 resultados para *anticipatory overruling* e nenhum resultado para *antecipatory overruling*;
- no site scon.stj.jus.br/SCON não foram encontrados resultados;
- no site stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp não foram encontrados resultados.

Desses resultados, foram lidos 30 acórdãos selecionados por amostragem de diferentes regiões e selecionados os três acórdãos abaixo, a título exemplificativo.

Cita-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 5518114-86.2018.8.09.0000, de relatoria da Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis, julgado pela 6ª Câmara Cível em 27/03/2019, em que foi afastada a aplicação da Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça sob expressa justificativa de realização de superação antecipada pela promulgação das Emendas Constitucionais nº 45/2004, 74/2013 e 80/2014, somada ao reconhecimento de repercussão geral pelo plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema²⁰⁵ (da possibilidade de condenação em honorários advocatícios em

²⁰⁵ Traz-se o voto da relatora: “Sobre a matéria, vale consignar que o Pretório Excelso assim pontuou: ‘Tratando sobre uma perspectiva fundamentalmente econômica, é de extrema relevância ressaltar que os recursos da Defensoria não são verbas à livre disposição do Estado ou da União, que possuiriam discricção ao dividir seu repasse a seus órgãos, as verbas destinadas a ela constituem, acima de tudo, imposição constitucional, em razão de sua autonomia.’ (STF. Plenário. ADPF 339, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/05/2016).

Com efeito, com o advento de prefalladas emendas constitucionais, conferiu-se às Defensorias Públicas indiscutível autonomia, sendo pressuposto, portanto, ao chamado *anticipatory overruling* (superação de um precedente) do enunciado sumular nº 421 do STJ, vez que superada a premissa base a ancorar a tese sustentada pelo STJ à época da edição de referida súmula.

Vale registrar que o plenário do STF reconheceu a repercussão geral no RE nº 1140005-RJ, onde o relator, Min. Roberto Barroso, citou o fato de que a maior parte das Defensorias enfrenta graves problemas de estruturação de seus órgãos, situação que, em muitos Estados, não corresponde ao grau de aparelhamento do Judiciário e do MP, ‘a indicar a existência de um desfavorecimento da

favor da Defensoria Pública em ação manejada contra o ente federativo do qual é parte integrante).

Para além da correção do julgamento da matéria de fundo, que aqui não interessa, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás afastou, à unanimidade, a aplicação de Súmula do STJ – precedente vinculante de acordo com o art. 927, IV, do CPC/2015 – com base em argumentação construída na superação das premissas que sustentavam a tese do Superior Tribunal de Justiça à época da edição do enunciado de Súmula (alteração da legislação pela superveniente de emendas constitucionais e pelo reconhecimento de repercussão geral em recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal). O julgamento acabou se tornando definitivo, pelo não manejo do recurso da decisão.

Quanto aos tribunais superiores, de se referir que o Tribunal Superior Eleitoral, embora não tenha realizado o *anticipatory overruling*, já cogita a sua realização se preenchidos os requisitos para tanto. Cita-se a decisão do Recurso Especial Eleitoral nº 75-86.2016.6.24.0071 (BRASIL, 2016, s.p.), de relatoria da Ministra Rosa Weber, em julgamento em 19/12/2016. O caso julgava recurso especial em face de acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina que julgou de forma a se afastar do precedente do Supremo Tribunal Federal firmado nos julgamentos das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 29 e 30, que decidiu pela constitucionalidade da LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Isto é, o tribunal hierarquicamente inferior afastou precedente vinculante (sem ser através do *distinguish*).

Em relação à matéria que interessa aqui, a possibilidade de afastamento de precedente por corte inferior, houve a discussão entre os Ministros integrantes (Ministras Rosa Weber²⁰⁶ e Luciana Lóssio, os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux,

instituição na escolha das prioridades orçamentárias'. Ressaltando, ainda, que 'Essa situação, inegavelmente, compromete a atuação constitucional da Defensoria e poderia ser atenuada pelo recebimento de honorários, que, segundo o art. 4º, XXI, da LC nº 80/1994 (incluído pela LC nº 132/2009, posteriormente ao julgamento do RE 592.730), devem ser destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores'" (GOIÁS, 2019, s.p.).

²⁰⁶ A Ministra Rosa Weber admitiu poder, no futuro, rever o entendimento, mas manteve a vinculação ao precedente, como trouxe em seu voto: "Participei dos julgamentos das ADCs no Supremo Tribunal Federal, e Vossa Excelência tem toda a razão ao afirmar que, quando julgamos, não havia a riqueza da vida e as controvérsias geradas pelos casos que vêm ao nosso exame não haviam aflorado ainda. Penso que, eventualmente, poderei rever minha compreensão, mas, por ora, peço vênua a Vossa Excelência para manter meu entendimento de que, no caso, não haveria aplicação retroativa" (BRASIL, 2016, s.p.).

Herman Benjamin²⁰⁷, Napoleão Nunes Maia Filho e Henrique Neves da Silva) acerca da possibilidade de afastamento de precedente do Supremo Tribunal Federal quando a tese firmada se encontra em situação de possível superação pelo Tribunal Superior.

O Ministro Henrique Neves da Silva destacou seu entendimento acerca da possibilidade da técnica do *anticipatory overruling* ganhar relevância no debate do afastamento de precedente de corte superior por corte inferior. Citando as doutrinas de Luiz Guilherme Marinoni e Margaret Kniffen (anteriormente trazidas quando apresentado o *anticipatory overruling*), a técnica tem lugar quando demonstrado o desgaste do precedente pelas próprias decisões da suprema corte; pela demonstração de uma indicação de tendência da corte superior de que o precedente será revogado; ou ter a corte sinalizado/demonstrado que está à espera de caso apropriado para realização do *overruling*. Citou esses fatores, somados à alteração da composição da corte superior ou mudança do entendimento dos magistrados que a compõem, a ocorrência de inconsistência do precedente ou a demonstração de que o precedente não surtiu os efeitos práticos que eram dele esperados²⁰⁸.

²⁰⁷ O Ministro Herman Benjamin, embora entendendo que a tese discutida estaria em processo de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, se manteve vinculado ao precedente: “Senhor Presidente, quero felicitar Vossa Excelência pelo voto, não só extremamente técnico, mas também erudito. Mas, na medida em que temos decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendo estar em processo de revisão, sigo o precedente em sua plenitude” (BRASIL, 2016, s.p.).

²⁰⁸ O Ministro Henrique Neves da Silva trouxe, em seu voto: “Também ganha relevância nesse debate a possibilidade de as Cortes submetidas à autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal procederem ao *anticipatory overruling*, ou seja, à desconsideração do precedente constitucional, em circunstâncias especiais. Essa técnica, contudo, não encontra raiz apenas no livre convencimento do julgador. A desconsideração dos precedentes constitucionais não pode partir apenas do critério de concordância do juiz com a tese assentada pela Corte Suprema. De outro modo, haveria grande risco para a segurança jurídica, pois cada juiz decidiria de acordo com a sua interpretação própria da lei, sem respeitar a palavra final do Supremo Tribunal Federal, ensejando a multiplicação de recursos, em detrimento da prestação jurisdicional e da segurança jurídica. Por isso é que o *anticipatory overruling* somente tem lugar quando: as Cortes de Apelação utilizam como fundamentos para a antecipação: i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) uma tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está à espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*. Esses motivos algumas vezes são associados aos seguintes: 1) alteração na composição da Suprema Corte ou mudança do ponto de vista pessoal dos *Justices*; ii) inconsistência do precedente em relação às decisões anteriores da Corte, a identificar provável equívoco; iii) percepção de que o precedente não surtiu, em termos práticos, o efeito de que dele se esperava (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 403). De igual modo, Margaret N. Kniffen, professora de Direito na *St. John's University School of Law*, exemplificando a partir de várias notas de rodapé que se remetem às decisões da Suprema Corte Americana, registra que “[...] o dispositivo do *anticipatory overruling* tem sido usado pelas cortes de apelação por um número de afirmadas razões, entre elas: crença de que o precedente foi corroído (mas não reformado) por decisões subsequentes da Suprema Corte; percepção de tendência da Suprema Corte em direção de outra regra; consciência de que a

Embora reconhecendo a possibilidade de aplicação da superação antecipada no direito brasileiro, no julgamento do caso concreto entendeu que o Tribunal Eleitoral de Santa Catarina, ao se distanciar do precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, não logrou demonstrar que haveria possibilidade de mudança de entendimento pela corte superior, apenas apontou contrariedade com a tese vinculante, não sendo caso de superação antecipada²⁰⁹.

Em sentido similar, o Ministro Luiz Fux, em julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 231-84.2016.6.09.0041 (BRASIL, 2018, s.p.), pelo Tribunal Superior Eleitoral em 01/02/2018, negou seguimento ao recurso especial que buscava a aplicação da superação antecipada. No entanto, seu voto abre margem para se considerar a possibilidade de aplicação da superação antecipada (*anticipatory overruling*) no sistema de precedentes brasileiro, ao trazer que o entendimento de que, em jurisdição constitucional, seria plenamente possível que as instâncias inferiores *revisitem* as conclusões da Suprema Corte, em situações excepcionais. Traz como possibilidade de revisão quando o caso concreto demonstrar a ocorrência de mudança do substrato fático-jurídico que fundamentou o pronunciamento vinculante, autorizando o *anticipatory overruling*²¹⁰.

Suprema Corte indicou nos seus julgados de que está esperando o caso apropriado para servir de veículo para alteração do precedente. Outras razões empregadas em combinação com essas, incluem: a probabilidade de que troca dos membros da Suprema Corte ou da visão particular de um Ministro irão resultar na alteração do precedente; o senso de que a Suprema Corte pode ter cometido ou sido induzida a erro na decisão anterior e, portanto pode decidir diferentemente agora; e a experiência da Suprema Corte e outras cortes na aplicação prática do precedente” (BRASIL, 2016, s.p.).

²⁰⁹ Trouxe o Ministro Henrique Neves da Silva: “No presente caso, o acórdão recorrido, ao se distanciar do precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, não identificou a presença de elementos capazes de autorizar – a partir de outros julgados da Suprema Corte ou de elementos fáticos apropriados – a existência de efetivas condições para que o entendimento consagrado nas ADCs 29 e 30 pudesse ser superado. Com a devida vênia, o que se apontou, em essência, foi apenas que as decisões não teriam interpretado corretamente os princípios constitucionais que regem a matéria, ou seja, em suma, que a decisão seria errada e injusta. Após refletir sobre o tema, a partir dos debates e dos votos proferidos neste feito, peço respeitosa vênia aos que entendem de forma diversa para afirmar que não identifiquei, no presente caso ou mesmo em relação à matéria nele versada, a presença dos elementos necessários para que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas mencionadas ações declaratórias de constitucionalidade possam ser superadas de forma antecipada por este Tribunal” (BRASIL, 2016, s.p.).

²¹⁰ Trouxe o Ministro Luiz Fux: “Em outras palavras, não desconheço que, em jurisdição constitucional, revela-se plenamente possível que, em bases excepcionais, as instâncias inferiores revisitem as conclusões a que chegou a Suprema Corte, sempre que verificar, à luz das singularidades do caso concreto, a perda do substrato fático-jurídico que lastreou o pronunciamento revestido de eficácia erga-omnes e efeito vinculante, circunstância que autorizaria a cognominada *anticipatory overruling* (SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New

A doutrina, por sua vez, se divide a respeito do tema. Em sentido similar ao trazido pelo Ministro Luiz Fux. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao tratarem da possibilidade de superação antecipada de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, entendem que somente pode haver *overruling* pela própria corte, mas deixam em aberto a possibilidade de impugnar a constitucionalidade da norma em ação em concreto; almejando a parte chegar à corte através de recurso extraordinário, único meio de impugnação que teria o jurisdicionado enquanto não houver a superação do precedente. Nesses casos, admitem a possibilidade de superação antecipada excepcionalmente, quando demonstrado de maneira notória e incontestável que o precedente perdeu substrato, admitindo a superação antecipada mesmo pelos tribunais ordinários. Como trazem em seu Curso de Direito Constitucional:

Não obstante, o fato de nenhum outro órgão judicial, que não o STF, poder revogar os precedentes relativos a decisões tomadas em ação direta de constitucionalidade não significa excluir a possibilidade de se impugnar a constitucionalidade da norma ao se exercer pretensão de tutela de direito em “ação concreta”. É possível admitir a incoação do controle difuso para se chegar ao STF, já que o jurisdicionado não dispõe de qualquer outro meio para fazer valer o seu direito enquanto o precedente não for revogado. [...] Contudo, é possível admitir, em hipóteses excepcionais, de notória e incontestável perda de substrato do precedente, uma espécie de revogação antecipada pelos tribunais ordinários, nos moldes do que ocorre no *common law* mediante o que se denomina *anticipatory overruling*. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 1.214).

Luiz Guilherme Marinoni (2016b, p. 269) reitera seu entendimento em sua obra “Precedentes Obrigatórios”, referindo a aplicabilidade do *anticipatory overruling* no direito brasileiro, destacando que a possibilidade de ser aplicado no ordenamento pátrio é maior que no direito estado-unidense. Entende que os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores que passam a identificar o desgaste do precedente e, dessa forma, o enfraquecimento da autoridade do precedente, pode deixar de adotá-lo, argumentando e demonstrando que as cortes superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) em posicionamentos concretos não estão mais de acordo com o precedente.

Ravi Peixoto (2019, p. 286) admite a utilização da técnica no Brasil, pontuando, entretanto, que a superação antecipada não possa ser admitida em

York State). In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 394 e ss)” (BRASIL, 2018, s.p.).

sistemas que adotem um *stare decisis* rígido e que a superação antecipada pode configurar um risco à segurança jurídica. Argui que o afastamento do precedente pela corte inferior supre uma dificuldade de acesso das partes aos tribunais superiores pelos recursos excepcionais e possibilita a revisão da tese. Ainda, destaca que no ordenamento jurídico brasileiro presente a reclamação para controle da correção do *anticipatory overruling*. Então, nesse sentido, entende que não há violação à segurança jurídica, que deve assumir um *aspecto dinâmico* para permitir a evolução do direito.

Para Peixoto, citando expressamente as hipóteses trazidas por Margaret N. Kniffen (já explicitadas acima), a técnica teria lugar em situações como a erosão do precedente por decisões posteriores; uma nova tendência de julgamento pelo tribunal, afastando-se da *ratio decidendi* do precedente; pela modificação de membros da Corte ou de suas opiniões, de modo que se modifique a maioria de votos em determinada matéria; pela sinalização da corte, mesmo que implícita, de que está aguardando para superar o precedente; e pela realização de distinções inconsistentes. Vê-se que amplas as possibilidades admitidas pelo autor para a superação antecipada.

Por sua vez, Lucas Buriel de Macêdo entende pela possibilidade de aplicação do *anticipatory overruling* no Brasil, limitando sua hipóteses ao cumprimento de critérios objetivos. O autor destaca a necessidade de fundamentação adequada e específica (art. 927, § 4º, do CPC/2015), entendendo que o instituto pode ser medida a conferir maior flexibilidade do sistema jurídico, sem se renunciar à coerência e integridade de que trata o art. 926 do CPC/2015. Limita a aplicação aos casos de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal que se apresentem objetivamente desgastados – e isso ocorreria quando o tribunal competente realiza a superação de precedente que implique, por suas razões, a necessidade de revogação de outros (esses, daí sim, que poderiam ser afastados pelos tribunais inferiores em *anticipatory overruling*). A revogação se explicaria pela necessidade de superar outros precedentes em virtude da fundamentação da corte prolatora ao realizar o *overruling*. O mesmo ocorre se esses fundamentos servirem para a revogação de outros precedentes. Limita-se, assim, a superação antecipada a critérios objetivos, afastando hipóteses subjetivas de revogação. Como se vê:

Há, portanto, viabilidade na recepção da superação antecipada, mas ela deve ser vista com ressalvas, fortalecendo o dever de fundamentação e apenas sendo aplicada em casos onde existam substanciais dados institucionais que apontem para a iminência da superação. Caso contrário, não é possível realizar a antecipação da superação. A superação antecipada, enfim, deve ser transplantada com adaptações, tornando mais estreitos os casos em que pode ser aplicada: apenas quando os precedentes recentes da Corte Superior tornem outros precedentes insustentáveis, viabilizando tal reconhecimento pelos tribunais e juízes inferiores. (MACÊDO, 2016b, p. 119).

O autor defende que o Estado Constitucional Democrático, com processo colaborativo, não pode prescindir da contribuição de juízes e tribunais inferiores na interpretação dos precedentes. Devem esses contribuir para a fundamentação da necessidade de manutenção, desvio ou mesmo superação do precedente, que poderia se dar de forma antecipada. Afasta a ideia de aplicação, por exemplo, por mudança dos integrantes da corte. Limita assim a casos em que novos precedentes prolatados pela corte superior tornem insustentável, segundo a coerência do sistema, a manutenção do precedente que deveria se aplicar ao caso concreto.

Por sua vez, Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte entendem que há expressa previsão legal da superação antecipada no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, podendo os juízes deixarem de seguir o precedente quando verificam o estado de superação. Como trazem os autores:

Esse é o sentido do art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), ao permitir que os juízes deixem de seguir o precedente quando apontem o estado de superação do entendimento.

Perceba-se, o art. 927 só trabalha com precedentes formados pelos tribunais, aos quais o juiz está verticalmente vinculado, pelo que a única inteligência possível que emana da autorização contida, a *contrario sensu*, no art. 489, § 1º, VI, do Código é a possibilidade conferida ao juiz de não aplicar o precedente qualificado enunciando sua superação antecipada (*anticipatory overruling*).

Posta assim a questão, sempre que se verifique que o precedente não assume mais a condição de estrela polar na navegação, tornando-se enfraquecido (*weaking* precedentes), pois certamente será alterado como marco referencial no futuro nos mapas a serem editados, ele pode ser ultrapassado pelo navegador. Se o caminho então apontado pelo precedente não é mais adequado ao tribunal que o editou, também, por identidade de razões, não deve mais ser trilhado pelos demais juízes e tribunais. (JOBIM; DUARTE, 2018, p. 348).

Assim, pela redação do art. 489, § 1º, V, a sentença ou acórdão estarão devidamente fundamentados caso o juiz, ou os tribunais hierarquicamente inferiores, demonstre que a superação é eminente no tribunal competente. Defendem que o *anticipatory overruling* é admitido no direito brasileiro em duas ocasiões: quando o

tribunal competente para superação já vem decidindo de forma diferente ao estabelecido no precedente e quando o tribunal que editou o precedente sinaliza (*technique of signaling*) que vai superá-lo pela sua inadequação atual.

No entanto, a utilização da técnica da sinalização no direito brasileiro sofre críticas. Lucas Buril de Macêdo (2016) entende que a sinalização traz insegurança ao jurisdicionado, uma vez que o tribunal retira validade de uma regra sem estabelecer outra em seu lugar. Entende que a possibilidade de suspensão do julgamento para realização de audiências públicas e participação de *amici curiae* afasta a necessidade da sinalização no direito brasileiro²¹¹. Nesse sentido:

Não se pode ver com bons olhos uma técnica que serve à Corte, que deveria garantir segurança, para transferir para os jurisdicionados o ônus da insegurança, tirando-lhes o norte. Lembre-se que, no íterim da sinalização para a efetiva fixação do novo paradigma decisório, os jurisdicionados ficarão em completo estado de incerteza, sem qualquer condição de antever como devem comportar-se. Ademais, sequer a justificativa do “tempo para debate” serve no direito brasileiro. Cabe ao tribunal suspender o julgamento – se já houver o iniciado – e, sendo o caso, determinar a realização de audiências públicas e instar a manifestação de *amici curiae* que possam ajudar no esclarecimento da controvérsia (art. 927, § 2.º, do CPC). Esta, sim, é uma atitude responsável com a função social das Cortes. (MACÊDO, 2016, p. 118).

Por sua vez, Alexandre Freitas Câmara (2018) entende no mesmo sentido, ao apontar o art. 489, § 1º, V, do CPC/2015 como sendo o dispositivo legal que expressamente autorizaria a superação antecipada no direito brasileiro. O órgão jurisdicional está autorizado a se afastar de um precedente (padrão decisório) demonstrando estar ele já superado pela corte superior²¹². Segundo o autor, a superação antecipada deve possibilitar, igualmente, o contraditório como direito de participação com influência e não surpresa: seguindo a lógica já demonstrada pelo autor que para considerar vinculante uma decisão ou enunciado de súmula essa

²¹¹ Em sentido inverso, admitindo o uso da sinalização, tem-se posição de Ronaldo Cramer (2016, p. 159): “O uso da superação antecipada é uma das legítimas consequências da sinalização, medida que se verá posteriormente. Se, num determinado julgado, o tribunal superior sinalizar que poderá superar o precedente futuramente, os tribunais inferiores terão motivos suficientes para realizar a superação antecipada”. No mesmo sentido, Ravi Peixoto (2019, p. 284): “A sinalização é um dos elementos que podem compor a argumentação para a utilização da técnica da antecipação da superação do precedente, mas são técnicas diversas”.

²¹² Nas palavras do autor: “Percebe-se, pois, que há uma expressa autorização legal para que o órgão jurisdicional se afaste de um padrão decisório previamente estabelecido demonstrado estar ele superado. E não se pode considerar que seria necessária uma superação formal, explícita, daquele padrão decisório pelo próprio tribunal que o prolatou” (CÂMARA, 2018, p. 336).

deve respeitar na sua formação e aplicação o modelo de processo constitucional brasileiro.

Para cumprimento da necessidade de participação, “[...] o que é essencial para que a decisão possa ser reputada legítima à luz do modelo constitucional de processo estabelecido no Brasil” (CÂMARA, 2018, p. 343), o autor defende a possibilidade de intervenção de *amici curiae*, embora reconheça que é uma possibilidade e não uma necessidade, o mesmo ocorrendo com as audiências públicas. Essa exigência menor se deve ao fato de a decisão que supera antecipadamente precedente de tribunal superior não ser vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Um pequeno apontamento gostar-se-ia de realizar à tese desenvolvida por Alexandre Freitas Câmara: quando refere a necessidade do juiz ou tribunal hierarquicamente inferior ter que demonstrar que o precedente já se encontra superado na corte prolatora. Nos parece necessário esclarecer que não seria o caso de o precedente já ter sido, de alguma, forma superado na corte superior: uma vez que, como visto, não se admite a superação implícita no direito brasileiro, por força do art. 489, § 1º, VI, do CPC. Assim, ao juiz que busca a superação antecipada cabe o ônus de demonstrar que o precedente se encontra em vias de ser superado pela corte superior.

Por fim, Alexandre Freitas Câmara cita como exemplo de caso para a superação antecipada a modificação da legislação que serviu de substrato para prolação do precedente, bem como a demonstração que a corte superior está em vias de superar expressamente o mesmo.

Quanto há a modificação da legislação que embasou a prolação do precedente, essa seria uma hipótese de superação antecipada que se relacionaria com a *teoria dos diálogos institucionais*. Assim, a última palavra acerca da interpretação constitucional não ficaria a cargo apenas do Judiciário ou do Legislativo, mas seria resultado do diálogo entre os poderes²¹³. Ravi Peixoto destaca

²¹³ O Poder Judiciário, em que pese o desejo de ser um protetor das minorias, imparcial no tocante à política, se demonstrou muito mais próximo a soluções políticas, ainda mais em jurisdição constitucional. A construção de soluções se daria sem que houvesse o predomínio de um poder sobre outro, mas com a solução sendo buscada através do diálogo, um processo deliberativo aberto e possível de revisão. O ponto positivo seria um maior acesso dos grupos interessados (através de Judiciário, Legislativo e Executivo); redução da possibilidade de atuação unilateral, prestigiando o sistema de freios e contrapesos; e a concretização da Constituição ser um processo

como uma das hipóteses em que as condicionantes para a superação do precedente não são aplicáveis é quando há a modificação da base normativa nesses casos, “[...] podendo os órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores deixar de aplicar o precedente mesmo que não haja propriamente a sua superação pelo órgão competente” (PEIXOTO, 2019, p. 253). De igual forma, não será exigido ao órgão competente para a superação o esforço argumentativo para a superação do precedente – isso porque o juiz estará aplicando o novo texto normativo, sendo imediata a revogação do precedente atingido pela mudança legislativa.

No caso brasileiro, esse diálogo institucional se dá através de leis infraconstitucionais e emendas constitucionais – e reflete diretamente a superação de precedentes. Por exemplo, uma emenda constitucional pode alterar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional²¹⁴.

Quanto à utilização da lei infraconstitucional como forma de alterar entendimento do Supremo Tribunal Federal: não há uma vedação constitucional à edição de lei, uma vez que o Poder Legislativo não é um dos vinculados à eficácia vinculante do controle concentrado ou da súmula vinculante. A alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal através da legislação, no entanto, é vista com ressalvas pela própria corte suprema. No caso de lei declarada inconstitucional, a nova lei não teria em seu favor a presunção de constitucionalidade, não sendo necessária a observância da cláusula de plenário (art. 97, CF/1988) para sua declaração de inconstitucionalidade, isso fundamentado pela interpretação sistemática decorrente da aplicação do art. 949, parágrafo único, que dispensa a exigência de reserva de plenário quando já houver sido declarada a inconstitucionalidade pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, combinado com a leitura do art. 927 do CPC/2015, que estabelece a vinculação aos precedentes. (PEIXOTO, 2019, p. 251). Caso a técnica utilizada pelo Supremo Tribunal Federal seja a interpretação conforme a constituição, legislação que vá de encontro à *ratio decidendi* não teria em seu favor a presunção de constitucionalidade; caso a técnica

deliberativo, ocasionando uma contribuição mais específica de cada poder, tornando a interpretação constitucional mais adequada (PEIXOTO, 2019, p. 243-247).

²¹⁴ O exemplo trazido pela doutrina é a Emenda Constitucional nº 97/2017, que incluiu o § 7º ao art. 225 da CF/1988, afirmando que não se considera cruel a prática desportiva de natureza cultural que utilize animais, alterando entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a vaquejada na ADI 4.983. Assim, ocorre a alteração da base normativa sobre a qual o precedente foi firmado, com conseqüente revogação automática do precedente (salvo se a própria emenda constitucional foi considerada inconstitucional, materialmente ou formalmente) (PEIXOTO, 2019, p. 248).

seja a declaração de nulidade sem redução de texto, quando há limitação de *certas* interpretações da lei, a nova lei que não viole expressamente a *ratio decidendi* da decisão do Supremo Tribunal Federal pode ter a presunção de constitucionalidade a seu favor (PEIXOTO, 2019, p. 252).

Ainda, já apontado que José Rogério Cruz e Tucci tem entendimento pela inconstitucionalidade da teoria de precedentes vinculantes trazida pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015. Entende que somente a Constituição, em virtude do princípio da separação de poderes, pode estabelecer a vinculação de juízes, assim sendo vinculantes as decisões em controle concentrado e enunciados de súmula vinculante. Quanto à vinculação obrigatória, pontua que:

É indiscutível que o juiz não pode ser escravo do precedente judicial, porque certamente haveria aí uma abdicação da independência da livre persuasão racional, assegurada pelo art. 131 do Código de Processo Civil. Contudo, se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus do argumento contrário. (TUCCI, 2015, p. 449).

Assim, por não emprestar força vinculante à maioria das decisões e enunciados de súmula trazidos no art. 927 do CPC/2015, suas colocações apontam como possível de realização a superação antecipada por juízes e tribunais inferiores, ressaltando a necessidade de enfrentar o ônus argumentativo.

Em sentido contrário, afastando a admissibilidade da superação antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, cita-se o professor Hermes Zaneti Jr. (2017, p. 351). Esclarecimento anterior é necessário, no entanto. O autor classifica os precedentes entre: (a) *precedentes normativos vinculantes*, (b) *precedentes normativos formalmente vinculantes (de iure)* e (c) *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes (de iure)*. Estabelece que todas as decisões enquadradas nessa classificação de precedentes vinculam tanto horizontalmente, quanto verticalmente. A primeira não encontra *reforço* para sua força obrigatória na legislação, o que ocorre com os outros dois tipos. O que vai diferenciar entre precedentes normativos vinculantes e precedentes normativos vinculantes fortes é a possibilidade de esse último ter seu descumprimento impugnado, além através do recurso cabível, *per saltum* por via autônoma extraordinária, diretamente ao tribunal (a reclamação).

No tocante ao *anticipatory overruling* traz em suas palavras: “[...] vale reforçar que nos casos das alíneas b) e c) não se admite a superação do caso-precedente

pelo órgão de hierarquia inferior” (ZANETI JR., 2017, p. 351). Quanto aos precedentes normativos vinculantes (que não encontram apoio na legislação), igualmente entende que a técnica da superação antecipada deve ser refutada, como se vê:

Esta pesquisa visa afirmar a força normativa dos precedentes mesmo quando estes não são formalmente vinculantes, decorrentes da própria racionalidade da argumentação jurídica. Evidentemente no caso a), em um ordenamento que leve a sério os precedentes, aos tribunais de hierarquia inferior estará vedado o *overruling* das decisões dos tribunais superiores. (ZANETI JR., 2017, p. 351).

Segue o autor:

Os precedentes não são imutáveis, podem, portanto, ser modificados, alterados, superados pelo tribunal que os estabeleceu ou por tribunal superior (art. 489, § 1º, VI; art. 927, §§ 2º e 4º). O tribunal ou juiz que não possui hierarquia para superar o precedentes deverá aplicá-lo com a ressalva de seu entendimento pessoal, possibilitando à parte que recorra da decisão (v.g, art. 941, § 3º). (ZANETI JR., 2017, p. 351).

Como se vê, o autor considera que o sistema brasileiro estabelece um *stare decisis* forte. Por sua vez, quanto ao exemplo trazido da aplicação do art. 941, § 3º do CPC/2015, no sentido de necessidade de aplicação do precedente mesmo em caso de discordância (com o que se concorda), entende-se que o referido parágrafo terceiro do art. 941 trata de voto divergente em decisão colegiada, não de ressalva de entendimento – ou *disapproved precedent*, como trazido anteriormente.

Pode-se perceber que o entendimento dos autores sobre o sistema de precedentes no Brasil vai influenciar diretamente na possibilidade e extensão do uso da superação antecipada no direito brasileiro. Ao referir que alguma decisão ou enunciado de súmula trazido no art. 927 do CPC/2015 *não tem força vinculante*, pode-se concluir que não é necessário enfrentar os requisitos limitantes do *anticipatory overruling* para não aplicar o *precedente*.

De outro modo, para se admitir a aplicação da técnica, não se pode imaginar uma vinculatividade vertical totalmente rígida. Caso assim fosse, a superação do entendimento somente poderia se dar pela corte prolatora

A superação antecipada atinge a lógica de um sistema de precedentes – mas não rompe totalmente com essa, uma vez que o juiz ou corte hierarquicamente inferior terá o ônus argumentativo de fundamentar o *overruling* antecipado com base

não nas suas convicções e entendimentos, mas através de argumentos retirados das decisões concretas das cortes superiores.

Ainda, sua decisão não terá força vinculante e não retirará do precedente sua força vinculante, sendo na verdade o *afastamento* da aplicação do precedente em caso em que não há distinção a ser realizada. O precedente seria aplicado ao caso, o substrato fático é o mesmo, mas não incidirá sobre o caso exatamente pela demonstração que a corte superior *provavelmente* iria assim se comportar.

Por esses fundamentos, entende-se que não há uma limitação à superação antecipada no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas (ou aos demais precedentes, se realizada uma análise sistemática dos dispositivos). Essa colocação tem por referência o art. 986 do CPC/2015, que aponta que a revisão da tese no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas far-se-á pelo mesmo tribunal que julgou o incidente.

Dessa forma, o juiz ou tribunal hierarquicamente inferior não está realizando propriamente superação do precedente (que continuará valendo), mas afastando a aplicação naquele caso concreto por entender que a superação é o caminho a ser tomado pela corte superior se analisar o caso, demonstrando ter ocorrido a erosão do precedente (pela mudança de entendimento da corte prolatora, alteração dos substratos legais ou fáticos, desatualização histórica). Seus argumentos serão como o da superação, mas só a corte prolatora, ao reanalisar a matéria através de recurso ou reclamação (quando cabível) poderá retirar a força vinculante do precedente, substituindo-o por outro.

Com base em todo o exposto, defende-se a admissibilidade da utilização da superação antecipada no direito brasileiro, referendando o entendimento que sua previsão legal está no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, como medida a trazer justiça aos casos concretos, bem como a correção, atualização e evolução do sistema jurídico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a globalização exige uma resposta mais uniforme dos estados nacionais e uma maior previsibilidade do Direito para a tomada das decisões. Assim, decorrência da circulação de modelos jurídicos, é estabelecido um sistema de precedentes legalmente vinculantes no Direito brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015. Com essas inovações, torna-se indispensável compreender os elementos constitutivos dessa teoria, importante para aplicação prática do Direito.

Foi trazido que a doutrina do *stare decisis* e da força vinculante dos precedentes evolui de maneira paulatina na *common law* inglesa, caracterizada pela criação judicial do Direito. Por sua vez, a solução encontrada no continente desvenda na supremacia da lei (supremacia do parlamento) o meio de rompimento com o estado absolutista, criando um novo estado baseado no ideário iluminista. Centra sua organização em uma estrita separação de poderes e na busca de leis exaustivas, que não teriam margem de interpretação para os magistrados.

Os resultados do positivismo jurídico levam, no segundo pós-Guerra, à adoção de cartas constitucionais rígidas, que afastam a plenitude e completude da ordem normativa e trazem a necessidade de interpretação das normas com base na Constituição. Todos os poderes estão submetidos à Constituição – inclusive o parlamento, que não tem poder para suprimir as cláusulas pétreas, sequer em poder constituinte derivado. Com isso há uma mitigação tanto da separação de poderes quanto da noção de supremacia da lei.

O pós-positivismo traz uma ampliação do poder do Judiciário no exercício da jurisdição. Trata-se de um poder-dever de concretizar os direitos fundamentais. A interpretação do ordenamento com base na Constituição vai ter como produto a criação de normas jurídicas. A atuação do juiz da *civil law* agora não difere tanto do juiz da *common law*, enfraquecendo as diferenças entre os sistemas jurídicos.

Essas normas resultantes da aplicação do Direito (principalmente pelas cortes de vértice) devem ser inseridas no ordenamento jurídico, por uma questão de unidade do Direito. Dessa forma, justificada a importação de um sistema de precedentes vinculantes para trazer igualdade nas decisões judiciais, segurança jurídica e previsibilidade do direito também no *civil law*.

Assim, com a incorporação pelo Direito brasileiro fundamental familiarizar-se com os elementos integrantes da teoria, tendo noção de conceitos como *stare*

decisis, ratio decidendi, obiter dicta, distinguish etc. Somente tendo domínio sobre os elementos da teoria de precedentes se poderá saber como se dará a aplicação e a superação dos entendimentos.

Em um segundo momento, passou-se a pontuar como se dá o *overruling* no direito anglo-americano, bem como diferenciando o instituto de outros tipos de afastamento do precedente pela corte prolatora. Restou evidenciado que a necessidade argumentativa é mais de acordo com a força do *stare decisis* de determinado ordenamento.

Aprofundando no tema, apresentado como ocorre e quais as condições que o direito anglo-americano considera necessárias para a realização do *anticipatory overruling*. A pesquisa demonstrou, mais uma vez, que países em que os precedentes são meramente persuasivos têm maior facilidade em aceitar que o juiz ou corte hierarquicamente inferior se afaste do entendimento da corte superior.

Ainda, apresentado como se deu a incorporação de um sistema de precedentes vinculantes no Direito brasileiro, com particularidades que acabam por diferenciar de uma teoria como desenvolvida nos países da *common law* – sendo trazidas as diferentes correntes doutrinárias que limitam ou ampliam o rol de decisões que irão ser consideradas, aprioristicamente, precedentes vinculantes.

Passou-se a discorrer como se dá a superação (*overruling*) no Direito brasileiro, quando pode ser realizado, quais os obstáculos a serem superados e quem pode realizar a superação, avançando sobre os tipos do art. 927 do CPC/2015 para apontar como ocorre o *overruling*.

Por fim, contextualizando que o *anticipatory overruling* já é objeto de manifestações esparsas nos tribunais brasileiros, realizada pesquisa que demonstrou alguns posicionamentos doutrinários sobre a possibilidade de aplicação da superação antecipada no Direito brasileiro. Percebeu-se que a admissão da técnica está diretamente relacionada com a extensão que determinada corrente doutrinária dá ao analisar o rol de decisões vinculantes do art. 927 do CPC e, naturalmente, da força conferida ao *stare decisis* brasileiro – sendo que aquelas decisões que são consideradas meramente persuasivas admitem com maior facilidade a superação antecipada. Posiciona-se no sentido de ser válida a aplicação do *anticipatory overruling* no Direito brasileiro, permitindo aos juízes e tribunais inferiores que, em condições específicas, afastem a aplicação de precedente ainda válido (em caso que não seja de distinção), se demonstrado que a superação

antecipada é o caminho para evitar grave injustiça à parte, colaborando, ainda, para evitar o engessamento do direito.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. Precedent in Finland. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Nova York: Routledge, 2016. p. 65-102.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores históricos, hermenêutico e democrático que os diferenciam. *In*: DIDIER JR., Fredie [et al.]. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 399-406.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1008, p. 43-54, out. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Nova York: Routledge, 2016. p. 17-64.

AMORIM, Maria Carolina Cancellata de. Os precedentes judiciais no direito norte americano e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario; LIMA, Roberto Kant de (org.). **O judiciário nos Estados Unidos e no Brasil: análise críticas e pesquisas comparadas**. Curitiba: CRV, 2015. p. 65-92.

ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 186, p. 299-312, ago. 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, stare decisi e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 236, p. 239-301, out. 2014.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in United Kingdom. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Nova York: Routledge, 2016. p.315-354.

BERGHOLTZ, Gunnar; PECZENIK, Aleksander. Precedent in Sweden. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. **Interpreting precedents: a comparative study**. Nova York: Routledge, 2016. p. 293-314.

BERMAN, Harold J. **Law and revolution: the formation of the western legal tradition**. Massachusetts: Harvard University Press, 1983.

BERTAGNOLLI, Ilana. **A vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores: uma análise de direito comparado**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de

Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/2388>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 mar. 2020.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n.º 75-86.2016.6.24.0071**. Relator: Ministra Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral n.º 231-84.2016.6.09.0041**. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 1º de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>. Acesso em: 04 maio 2020.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis**: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 1995.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1946.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiros. In: DIDIER JR., Fredie [et al.]. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 729-752.

COLE, Charles D. Precedente judicial – a experiência americana. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 92, p. 71-86, out./dez. 1998.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A objetivação do processo e o ativismo judicial no contexto do pós-positivismo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, p. 321-338, jan. 2016.

COSTA, Sérgio Paulo Munis. **Idade Média**: mil anos no presente. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs>. Acesso em: 06 abr. 2020.

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

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English Law**. New York: Oxford University Press, 1993.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *In*: JOBIM, Marco Félix; SARLET, Ingo Wolfgang. **Precedentes judiciais**: diálogos transnacionais. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 89-104.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de processo civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Duty to mitigate the loss. Cheapest cost avoider. Hand formula: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. o positivismo jurídico em um mundo globalizado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, p. 249-279, out./dez. 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. *In*: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. **Constituição, jurisdição e processo**: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 297-328.

FACCHINI NETO, Eugênio; CORDEIRO, Karine da Silva. The binding precedent in the North American system: when reproducing the past is more important than modifying the present. **Federalismi.it.**, Roma, v. 19, p. 1-41, out. 2016.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 782, p. 90-96, dez. 2000.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GARDNER, John. Some types of law. *In*: EDLIN, Douglas E. **Common law theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 51-80.

GARNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1999.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo Interno no Agravo de Instrumento n.º 5518114-86.8.09.0000**. Relator: Desembargadora Sandra Regina Teodoro Reis. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 de março de 2019.

Disponível em:

<https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=>.

Acesso em: 04 maio 2020.

GORON, Lívio Goellner. A jurisprudência como fonte do direito: a experiência anglo-americana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 47, p. 284-296, abr. 2004.

GRAJALES, Amós Arturo; NEGRI, Nicolás Jorge. Ronald Myles Dworkin e as teorias da argumentação jurídica (in memoriam). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 425-446, jun. 2014.

HANSFORD, Thomas G.; SPRIGGS, James F. **The politics of precedents on the U.S. Supreme Court**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

HASEN, Richard L. Anticipatory overruling, invitations, time bombs, and inadvertence: how Supreme Court Justices moves the law. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 61, p. 779-800, 2012.

JOBIM, Marco Felix; DUARTE, Zulmar. Ultrapassando o precedente: anticipatory overruling. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 285, p. 341-362, nov. 2018.

JUSTIA. US Supreme Court. **Endicott Johnson Corp. v. Perkins, 317 U.S. 501** (1943). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/501/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

KEENAN, Denis. **Smith & Keenan's English Law**. 11. ed. Londres: Pitman Publishing, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**, New York, v. 51, p. 53-89, 1982.

LAZZARINI, Álvaro. Deontologia da magistratura: o juiz, suas atribuições funcionais. seus compromissos éticos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 718, p. 303-315, ago. 1995.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. Nova York: Routledge, 2016. p. 1-16.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Reclamação constitucional fundada em precedentes obrigatórios no CPC/2015. *In*: DIDIER JR., Fredie [*et al.*]. **Novo CPC doutrina selecionada**. Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2016a. v. 6. p. 269-292.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, p. 89-120, jan./jun. 2016b.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. *In*: DIDIER JR., Fredie [*et al.*]. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 87-98.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista TST**, Brasília, v. 77, p. 223-248, jul./set. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. *In*: DIDIER JR., Fredie [*et al.*]. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 567-590.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série EDB).

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting precedents**: a comparative study. Nova York: Routledge, 2016. p. 259-292.

MIRAGEM, Bruno. A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1000, p. 71-190, fev. 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto; RAMMÊ, Rogério. Os deveres de proteção do estado em matéria ambiental e o controle judicial de proteção insuficiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 78, p. 61-101, abr./jun. 2015.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados: técnicas de formação e aplicação.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOUSOURAKIS, George. **Roman law and the origins of the civil law tradition.** New York: Springer Berlin Heidelberg, 2015.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 161, p.101-114, jul. 2008.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e no direito brasileiro.** Salvador: Juspodivm, 2013.

O'BRIEN, David M. Precedents and courts. *In*: JOBIM, Marco Félix; SARLET, Ingo Wolfgang. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 27-38.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A decisão constitucional vinculante.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica.** 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the common law.** New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., 2001.

RE, Edward D. Stare decisis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 73, p. 47-54, 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 19. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC.** São Paulo: Atlas, 2015.

SAMUEL, Geoffrey. **A short introduction to the common law.** Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SAVELLOS, Elias E. **Reasoning and the law: the elements.** Toronto: Wadsworth Thomson Learning, 2001.

SCHAUER, Frederick. F. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning.** Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2009.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea.** Tradução Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law.** Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Agravo em recurso extraordinário e agravo em recurso especial. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.). MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC doutrina selecionada: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais.** Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6. p. 985-1008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? *In*: DIDIER JR., Fredie [et al.]. **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015. p. 175-182.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. **Interpreting precedents: a comparative study.** Nova York: Routledge, 2016. p. 355-406.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe.** New York: Oxford University Press, 2000.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. **Interpreting precedents: a comparative study.** Nova York: Routledge, 2016. p. 141-188.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. Introduction. *In*: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. S. **Interpreting precedents: a comparative study.** Nova York: Routledge, 2016. p. 103-140.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *In*: DIDIER JR., Fredie [et al.]. **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445-458.

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

UZELAC, Alan. Supreme Courts in the 21st century: should organization follow the function? *In*: JOBIM, Marco Félix; SARLET, Ingo Wolfgang. **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais.** Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 9-26.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. *In*: DIDIER JR., Fredie [et al.]. **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2015. p. 263-274.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros**

comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

YALNAZOV, Orlin. **Precedent and statute:** Lawmaking in the Courts versus Lawmaking in Parliament. Wiesbaden: Springer Gabler, 2018.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Decisão per incuriam e respeito aos precedentes no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 293, p. 319-380, jul. 2019.

ZAGREBELSY, Gustavo; MARCENO, Valéria. **Justiça constitucional:** historia, principios e interpretaciones. Tradução César E. Moreno More. Puno, Peru: ZELA Grupo Editorial E.I.R.L, 2018. v. I.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2. ed. rev., ampl. e alterada. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes:** teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad