

O OVERRULING NO DIREITO BRASILEIRO

HAHN, Fabrine Meryan¹
OLIVEIRA, Lucas Paulo Orlando²

RESUMO:

Será apresentado neste artigo, de maneira objetiva, um estudo a respeito da origem histórica dos precedentes, bem como a sua evolução, desenvolvimento e aplicabilidade nos sistemas *civil law* e *common law*. Posteriormente um referencial histórico do seu uso no Brasil, desde o período colonial até os tempos atuais, em seguida será apontada a formação do precedente no direito brasileiro atual, e, por fim, a análise dos critérios e requisitos para a sua superação, com foco no novo Código de Processo Civil. A relevância do assunto estudado se dá por conta de um crescimento e valorização da jurisprudência no sistema brasileiro, tendo em vista os problemas enfrentados no âmbito da segurança jurídica, igualmente com a falta de critérios específicos e determinados para o momento de realização do *overruling*.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes, Critérios, *Overruling*.

OVERRULING IN BRAZILIAN LAW

ABSTRACT:

In this article will be presented in an objective way, a study about the historical origin of the precedents, as well as its evolution, development and applicability in the *civil law* and *common law* systems. Later a historical reference of its use in Brazil, from the colonial period until nowadays, in addition, it will be pointed out the formation of precedent in current Brazilian law and, finally, the analysis of the criteria and requirements for its overcoming, focusing on the new Code of Civil Procedure. The relevance of the subject studied is due to a growth and appreciation of jurisprudence in the Brazilian system, considering the problems faced in the area of legal certainty, also with the lack of specific and determined criteria for the moment of overruling.

KEYWORDS: Precedents, Criterion, *Overruling*.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o uso dos precedentes no Brasil, tal como suas aplicações, ademais, o tema será a análise sobre os critérios adotados pelo sistema brasileiro para a caracterização do *overruling*.

É de conhecimento geral que existem dois principais sistemas do direito mundial, *civil law* e *common law*, ambos com suas características e peculiaridades, o primeiro tem como base a família romano-germânica, na qual se firma na codificação e sua principal fonte são as leis, buscando sua segurança jurídica nelas, em contrapartida a segunda tem sua origem na tradição anglo-saxônica, que possui os precedentes e casos anteriores análogos como sua proveniência, construindo gradativamente um direito pautado no costume.

¹Estudante do curso de direito da FAG – Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz. E-mail: fabrine.hahn@hotmail.com.

²Professor orientador. E-mail: lucasoliveira@fag.edu.br.

O uso dos precedentes no direito brasileiro não é uma surpresa, desde o período colonial, que possui uma grande persuasão de Portugal, é possível identificar o seu uso, no entanto não com essa nomeação. Com a inserção do termo no novo Código de Processo Civil seu uso está sendo ampliado e valorizado, afinal o Brasil tem seu direito baseado no sistema *civil law*, que possui a lei como sua principal fonte para as decisões. A interpretação e uso de casos anteriores análogos não é aplicada de maneira habitual, afinal, o juiz, ao tomar sua decisão, se pauta principalmente nas normas.

Em países como a Inglaterra e Estados Unidos, que possuem o sistema *common law*, o uso do precedente requer um respeito e aplicação de modo correto, pois, com base em sua tradição, foram construídas, gradativamente, a segurança jurídica e a garantia de direitos fundamentais em seus ordenamentos.

Com o decorrer do tempo, tanto o *civil law* como o *common law*, lidam com desafios decorrentes do seu procedimento, um dos que é posto no Brasil desde os primórdios, é a falta de segurança jurídica, coerência e integridade nas decisões do judiciário, nas quais, em casos semelhantes, a solução da lide nem sempre tem o mesmo resultado, gerando grandes instabilidades na sociedade, pois a mesma baseia suas atitudes muitas vezes nos entendimentos firmados nos tribunais.

A aplicação dos precedentes requer análise e estudo do direito comparado, pois a aplicação do mesmo advém da *common law*, a sua ampliação e valorização é uma alternativa encontrada no novo Código de Processo Civil para combater a diversidade de entendimentos do judiciário.

Como o direito não pode ficar estagnado, mas sim estar em constante evolução e sempre acompanhando a sociedade, nasce à necessidade de, perante algumas situações, se alterar o entendimento sobre determinado caso, ocorrendo o chamado *overruling*, que consiste na superação do precedente.

Modificar um parecer não pode acontecer por mera vontade do juiz, dessa forma, o objetivo desse artigo é fazer uma análise histórica do uso dos precedentes nos sistemas *civil law* e *common law*, bem como considerar a sua incidência, aplicação e desenvolvimento no direito brasileiro e, por fim, abordar se o Código de Processo Civil designou os critérios e características da superação dos precedentes.

As formas metodológicas empregadas ao longo do artigo são: pesquisas bibliográficas, pesquisas jurisprudenciais, pesquisas em leis e também pesquisas de artigos jurídicos.

Vale destacar a importância do presente artigo para o direito brasileiro, pois como a incidência de valorização da jurisprudência, tal como dos precedentes, o estudo aprofundado a respeito do tema sanará dúvidas e auxiliará na solução de problemas enfrentados atualmente.

2 PRECEDENTES

2.1 AS ORIGENS HISTÓRICAS DO USO DOS PRECEDENTES

O estudo de precedentes requer uma análise histórica e observação das tradições jurídicas adotadas, sendo que, no âmbito do direito ocidental, as duas tradições preponderantes são a do *civil law* e do *common law* (DAVID, 2002).

A análise do contexto histórico que surge em um determinado instituto é de suma importância, afinal, por meio desse estudo é que se pode explicar, de fato, como resultou o ordenamento jurídico daquela nação (CRUZ e TUCCI, 1987).

2.2 CIVIL LAW

O direito da família romano-germânica, que é a base para o sistema *civil law*, tem seus princípios pautados em um corpo de regras previamente estabelecidos, primordialmente modulado por Justiniano, que realizou a publicação de diversas compilações no período de 529 a 534 d. C., e, dentre elas, o *Corpus Juris Civilis*, principal legado deixado, que consiste em um conjunto do direito romano, resultando no que atualmente identifica-se como códigos. Desde os primórdios do *civil law* a jurisprudência possuía um caráter secundário, como o demonstrado no código de Justiniano, que postulava que a mesma poderia ter certa autoridade, mas não era capaz de criar regras (DAVID, 2002).

Após o período de Justiniano, outro momento que merece destaque na história da tradição do *civil law* é o do resgate da tradição romana que ocorreu entre os séculos XII e XIII. Tal contexto se compatibiliza com o reaparecimento do comércio e das cidades, interrompido na Europa Ocidental por ocasião do declínio do Império Romano e advento da Idade Média. Assim, o fluxo de mercadores rumo ao Oriente, bem como o surgimento das cruzadas, contribuiu para que a demanda de um direito compatível com as práticas sociais nascentes fosse atendida pela tradição romana, a qual havia sido preservada pelo Império Bizantino. (DAVID, 2002).

Continuando a linha do tempo, obteve-se, mais tarde, o domínio da escola natural, que, conforme David (2002), entre os séculos XVI e XVIII decorreu para a sistematização do direito, afastando a ordem natural de Deus e a aliança com a vontade divina, considerando o homem como a realidade existente e a razão humana como única guia.

Ainda no século XVIII, o racionalismo jurídico manifestou-se, contexto no qual surgiram as primeiras tentativas de codificar os sistemas jurídicos modernos, tendo como referência os conteúdos já presentes na perspectiva do direito natural racionalista, anteriormente exposta (MEDINA; FREIRE; REIS FREIRE, 2013).

Com a percepção de que as leis realizam a justiça, a codificação se espalhou pelo mundo, sendo consagrada principalmente durante a Revolução Francesa, que com os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, mas também com o grande sentimento de desconfiança por parte do judiciário, procurou a segurança que faltava nesse período nas leis produzidas pelos representantes populares no parlamento, configurando, então, a supremacia do legislativo em relação à atividade criadora do direito pelo poder judiciário (ATAÍDE JUNIOR, 2013).

Ademais, após a revolução, os juízes ainda pertenciam a uma classe aristocrática, sem os ideais que a revolução trouxera. Os cargos do judiciário ainda eram herdados ou comprados, prevalecendo as vantagens pessoais, por conseguinte, a desconfiança dos magistrados partia desta perspectiva (ATAÍDE JUNIOR, 2013).

Destarte, com esse movimento revolucionário, buscou-se substituir o poder que estava concentrado nas mãos de uma pessoa para um sistema democrático, despertando, conseqüentemente, um período dominado pela legislação, sendo essa a principal fonte para o sistema, e não a atividade jurisdicional, assim sendo até os dias atuais.

2.3 *COMMON LAW*

O início desse sistema é datado por volta do ano de 1066, em que ocorre a vitória dos normandos sobre os nativos, conquistando assim a Inglaterra, dando início ao movimento da tradição jurídica anglo-saxônica (PUGLIESE, 2016).

O período de conquista dos normandos é de suma importância, pois consolidou o *common law*, já que incorporam o direito local na sua jurisdição. Após esse período inicia-se uma segunda fase, um sistema jurídico com base nos costumes, desta forma se construiu a confiança com base nos julgamentos anteriores de casos análogos, promovendo a doutrina dos precedentes. O terceiro estágio

consistiu na formação da *equity*, sendo ela um recurso da autoridade real diante das injustiças de casos concretos, os julgados não possuíam a obrigatoriedade de seguir o direito, se baseavam na discricionariedade, chegando até mesmo a concorrer com o próprio *common law*, mas ao final foi incorporado ao mesmo. Por fim, o quarto período é iniciado em 1873 com a Lei de Organização Judiciária, que unificou de vez o *common law* e a *equity*, os juízes julgariam as lides, distinguindo os fatos e o direito substancial, observando que era necessária a existência de acerto e desacerto nas decisões, mesmo que em confronto com a tradição (STRECK; ABBOUD, 2015).

Na Inglaterra acontecia um movimento oposto ao da França, não houve necessariamente uma ruptura na ordem jurídica, mas sim um progresso gradual, no qual os juízes construíram a confiança e a proteção do indivíduo. Eles firmaram o direito na tradição da nação, criando, assim, o *common law*, contribuindo para uma nova ordem do país, eliminando, então, a jurisdição feudal (ATAÍDE JUNIOR, 2013).

O *common law* trouxe uma nova concepção para os precedentes, que nada mais é que uma consequência natural no ordenamento jurídico, afinal, caminhou-se para um direito sem o engessamento dos códigos e sim com a racionalização e o desenvolvimento coordenado e coerente (DERZI e BUSTAMENTE, 2013).

Enquanto o outro movimento prendia os juízes à letra da lei, esse sistema assumiu uma nova posição: a de que os juízes também deveriam criar o direito, mostrando que a lei não tinha o condão de abarcar todos os casos que chegavam perante o judiciário (MEDINA; FREIRE; REIS FREIRE, 2013).

Portanto, conforme Ataíde Junior (2013), o judiciário possuía confiança – eles se juntaram ao indivíduo na luta contra o abuso do poder exercido pelo monarca. Não obstante, eles iam além, extraíam deveres e direitos, não se limitavam apenas à interpretação; afinal, a Revolução Gloriosa de 1688 não inovou no âmbito judiciário, firmou-se no *common law*, dando liberdade ao judiciário para que assim conseguisse controlar o poder dos atos estatais.

Dessa forma, o precedente no direito inglês, além de proporcionar uma evolução jurídica, registrou um processo de luta para o direito se tornar um método de segurança contra o livre arbítrio e firmar suas raízes na fundamentação (MITIDIERO, 2016).

É possível ainda afirmar que no *common law*, antes mesmo do surgimento da doutrinação do termo, o sistema sempre se pautou no caso, na prévia análise de decisões, e essas ainda não possuíam o status de precedente, mas eram vistas como exemplos de como havia sido a aplicação do direito diante de determinada situação que chegara ao judiciário (STRECK; ABBOUD 2015).

A evolução dos precedentes no direito inglês se resumiu em três fases, o momento de ilustração, posteriormente a persuasão e, finalmente, a vinculação. Em sua origem possuía uma função ilustrativa, a qual advém da *Case Law*, esta era utilizada para explicar o direito aplicado em determinada decisão, exercendo o posto de fonte auxiliar, pois não havia a prerrogativa de criar critérios decisórios, mas sim de demonstrar a experiência judicial capaz de refletir no sistema. Nos séculos XVI e XVII muda-se a posição do precedente, adquirindo o caráter persuasivo, nasce, então, a obrigatoriedade de segui-lo na decisão, mas desde que não contrariasse o direito e não gerasse injustiça, que, se identificadas pelo juiz, o mesmo poderia descartar o seu uso na solução daquele caso. Sendo assim, conseqüentemente, marcou-se o início efetivo do uso do precedente, o caracterizando então como a principal evidência da existência do *common law*. Então, ao longo do século XIX, adquire novo status e passa a ser vinculativo, convertendo-se a norma jurídica. (MITIDIERO, 2016).

Dentre as principais características desse sistema, está a regra do *stare decisis*, que consiste em manter a continuidade das decisões, sendo que isso não se firma na lei, mas na tradição. Desta forma, entende-se que é uma designação dada ao movimento de evolução do precedente ao longo do século XIX, anteriormente, a doutrina não se firmou, afinal não existia uma fonte confiável para a reprodução das decisões (STRECK; ABBoud 2015).

À luz do exposto, por fim, verifica-se que o direito inglês e o próprio *common law* busca sua segurança jurídica não na lei, mas sim nos precedentes, sendo eles a sua principal fonte do direito, e são as regras de caráter jurisprudencial que garantem as liberdades fundamentais do indivíduo.

2.4 O SISTEMA BRASILEIRO

No período colonial, Portugal possuía relações econômicas com o Brasil, seu objetivo era a captação de riquezas, com a finalidade de proporcionar lucros a Coroa. No entanto, em razão do Brasil ser parte de Portugal, não havia um ordenamento jurídico específico, as leis gerais eram usadas tanto para governar a metrópole como a colônia, desta forma, havia poucas normas para tratar do Brasil, o que, conseqüentemente, não há de se falar em um direito colonial brasileiro propriamente dito, mas as comunidades locais supriam as lacunas resultadas pela falta de uma norma específica para a colônia, com o uso da interpretação e jurisprudência (SOUZA, 2014).

Com a proclamação da república, houve a manutenção das características da tradição jurídica romano-germânica, mas, também teve a intervenção do direito dos Estados Unidos da América –

como exemplo o Supremo Tribunal Federal republicano –, utilizando como base em suas decisões a Suprema Corte estadunidense; no entanto, a doutrina do período negou a subsidiariedade do direito Norte-Americano no sistema brasileiro (DIDIER JUNIOR e SOUZA, 2015).

O direito continuou sendo amplamente influenciado por Portugal, tanto em seu âmbito teórico como no metodológico; as opiniões entre os portugueses a respeito dos precedentes eram divergentes sobre seus efeitos, se deveriam ser vinculantes ou somente persuasivos. Enquanto isso no Brasil, os juristas, aparentemente, alcançaram uma harmonia, chegando à conclusão que os juízes não eram obrigados a seguirem os precedentes judiciais, pois entendiam que a eficácia vinculante estava correlacionada com a atividade legislativa e, então, proibiram a aplicação nos tribunais (DIDIER JUNIOR e SOUZA, 2015).

A legislação sempre esteve à frente da jurisdição, o que resultou na negação da jurisprudência como uma fonte reflexa ou indireta e que, consequentemente, gerou o problema da vinculação no direito. Diretamente ligado com a supremacia das normas, os casos concretos apenas seriam julgados com base em regras preexistentes, e quando não suficientes, o magistrado deveria extrair da legislação a solução para a lide, não abrindo espaço para a jurisprudência e precedentes. Desta forma, os princípios que norteiam o direito brasileiro tiveram como referencial exclusivamente a lei, e essa visão limitada se passou conforme as gerações levando consigo diversos problemas (MITIDIERO, 2016).

Ocorria o uso de precedentes no Brasil, no entanto não de modo usual e com essa intitulação, mas com os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de controle direto de constitucionalidade, que se sedimentou por volta de 1990. Sendo assim, possuía eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mas somente depois o sistema brasileiro aumentou os mecanismos com essa finalidade e, então, desenvolveu o termo precedente (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

O precedente, de algum modo já era utilizado, mas com o Código de Processo Civil de 2015, sua aplicação foi ampliada, com novas hipóteses de pronunciamento de caráter vinculante. Entretanto, uma questão é levantada: o Brasil adota o sistema *civil law*, possuindo a lei como sua principal fonte de direito; assim, adotar os precedentes alteraria os parâmetros do sistema? Tem-se que não, pois há décadas ocorre a aproximação entre esses sistemas. A jurisprudência, nesse caso, está assumindo maior relevância no *civil law*, mas ainda permanecem diversas diferenças, pois o direito inglês se consolidou nos costumes, nas decisões judiciais, portanto, a ideia de que o direito é fundado nas decisões jurídicas passadas é a principal tradição do *common law* (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Aos poucos os precedentes foram incorporados no direito brasileiro, a própria Constituição Federal já tratava de hipóteses de efeitos gerais como as súmulas vinculantes em seu artigo 103-A, decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal, mas com o Código de Processo Civil, especialmente com os artigos 926 e 927, é sedimentada, de vez, a proposta (KOZICKI e PUGLIESE, 2016).

O termo precedente aparece em quatro oportunidades no Código de Processo Civil, como no artigo 489, nos incisos V e VI, postulando que no momento de fundamentação da decisão o juiz é obrigado a observar os precedentes, devendo invocar o mesmo e ajustar ao caso. No artigo 926 do referido código reforça que os tribunais devem respeitar sua jurisprudência e em seu §2º reitera a importância da análise do contexto fático dos precedentes, e, por fim, no artigo 927, em que trata da publicidade do mesmo, obrigando os tribunais a divulgar seus precedentes (KOZICKI e PUGLIESE, 2016).

Desta forma, o direito brasileiro, ao ter seu sistema baseado no *civil law*, sempre procurou pautar-se na lei, mas sempre indicou uma valorização dos precedentes. Com o Novo Código de Processo Civil surgem novos desafios e nasce a necessidade de buscar alternativas para solucionar conflitos que a atual forma sistemática não abarca, assim, uma valorização da jurisprudência e a formação de uma doutrina de precedentes proporcionará alternativas que, muitas vezes, a lei por si só não consegue resolver.

2.4.1 A FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

O precedente sofreu transformações ao longo do tempo, até há pouco era tratado no sentido de estar ligado e vinculado à tradição jurídica de determinado Estado. Em um sentido tradicional, utiliza-se o termo para se referir a um pronunciamento proferido no passado e que em um momento posterior será invocado para a resolução de casos análogos, desta forma, uma decisão não é de pronto qualificada como precedente, mas sim quando evocada, interpretada e utilizada futuramente. O Código de Processo Civil de 2015 sedimentou esse projeto, mas de uma maneira particular, tipificando o termo precedente, indicando de modo mais amplo, que é classificado como tal, pronunciamentos judiciais que desde sua origem já possuem a finalidade vinculativa entre as decisões judiciais (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 927, que procura elencar os precedentes, é exemplificativo. Em seu inciso I, não trata necessariamente do mesmo, mas sim de controle de

constitucionalidade, pois há uma confusão entre a eficácia *erga omnes* e o precedente, o referido inciso visa aplicar a Constituição Federal e declarar a constitucionalidade da lei ou de ato normativo, desta forma não há de se falar em precedente, afinal, o que gera um, são razões da fundamentação nele constantes. Além disso, no inciso II, ao tratar de enunciado de súmulas vinculantes não é observado que há distinção entre os termos, afinal a súmula retrata de modo simples o precedente, portanto, é necessário sempre se ater as condições fato jurídicas que ensejaram o mesmo (MITIDIERO, 2016).

Na mesma linha de raciocínio, afirmam Streck e Abboud (2015), que o precedente pode ser somente uma decisão, que então irá fornecer a regra jurídica universalizável e, consequentemente, será utilizado como o parâmetro para as decisões futuras, enquanto a jurisprudência tem as suas reiteradas nas cortes, sendo assim, a função do precedente será dispor de regras que, futuramente, poderão ser dispostas em súmulas, mas a principal diferença entre ambos é a determinação do alcance, pois delimitar um precedente no atual sistema ainda se mostra problemático.

Por conseguinte, nem toda decisão é um precedente, o que vincula e é capaz de gerar o mesmo são as razões e suas justificações; sendo elas compreendidas como um fato institucional – a *ratio decidendi* – que é a generalização das razões, o passo seguido e suficiente para resolver a demanda. Essa se refere à unidade do direito, observando as questões relevantes, envolvendo a dimensão fático-jurídica, pois sem ela não seria possível chegar em determinada conclusão (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Destarte, Marinoni (2013) afirma que a *ratio decidendi* não possui uma correspondência no nosso ordenamento, afinal, ela se difere da fundamentação e dos termos dispositivos. Portanto, ela deverá ser elaborada através dos elementos da decisão, o algo a mais que ela contém, visto que além de buscar a coisa julgada, quer a segurança jurídica, integrando, então, a força obrigatória e a confiança.

Em tese, a *ratio decidendi* é uma regra implícita que determina uma cadeia de argumentos de relevância jurídica seguida para a resolução daquele caso. Ressalta-se que a norma jurídica que se extraí de um precedente, a *ratio decidendi*, dotada de uma universalidade, foi construída com base na interpretação do precedente, que não apenas retrata os fatos; mas sim compõe a norma fundamentada nos princípios jurídicos que a justificaram (DERZI e BUSTAMENTE, 2013).

Também, nem tudo é aproveitado no precedente, é o que chamamos de *obter dictum*; isto é, são proposições não necessárias na solução do conflito. Dessa maneira, é imperioso um processo

interpretativo para identificar e aplicar o precedente (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Verifica-se, então, que precedente se difere da jurisprudência, pois ao utilizar essa expressão está se referindo a um conjunto de decisões diferentes e harmônicas sobre o tema; no entanto, não impede o entendimento contrário, bem como com essas mesmas características é atribuído o critério quantitativo, sendo a jurisprudência dominante àquela amplamente difundida nos tribunais, mas que, infelizmente, resulta em incerteza e insegurança jurídica (MEDINA; FREIRE; REIS FREIRE, 2013).

Além do mais, Medina, Freire e Reis Freire (2013) ensinam que os precedentes podem ser vinculantes ou persuasivos. Isto é, esse último trata que não é absolutamente vinculado ao órgão, seja ele singular ou colegiado; mas que poderá ser aplicado pelo mesmo como fundamento argumentativo. Já o primeiro diz que a força vinculante resulta de uma máxima geral de situações idênticas ou semelhantes e que, conseqüentemente, deve ser decidida da mesma maneira.

Existe a possibilidade de divergência entre as turmas do tribunal a respeito de determinada matéria, assim, havendo a divergência entre órgãos de mesma hierarquia, temos a situação de um precedente persuasivo, afinal, não é possível a vinculação de ambos, nessas situações caberá ao magistrado optar por um, com a fundamentação adequada para o caso concreto. (PEIXOTO, 2016).

Ainda, o artigo 927 do Código de Processo Civil, que prevê a respeito dos precedentes, traz a verticalização das decisões. Assim sendo, o Poder Judiciário deve manter o caráter de unicidade, a demarcação das competências, a eficácia dos julgados; afinal precedentes remetem à autoridade das Cortes e às razões determinantes na questão da solução da lide (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Desta forma, há de se falar em dois tipos de vinculação; sob a perspectiva vertical, as Cortes de hierarquia inferior e juízes de primeiro grau devem seguir os precedentes proferidos pelas superiores, e, ainda, há a vinculação horizontal, na qual as Cortes devem se respeitar entre si e continuar as suas próprias decisões, ainda que proferidas por outro colegiado, essa é base do *stare decisis*, manter o que foi decidido (AMARAL, 2016).

Torna-se relevante destacar que para um uso adequado da doutrina dos precedentes no Brasil é necessária uma mudança de postura dos magistrados no momento de realizar a fundamentação da decisão, afinal, a mera indicação e transcrição de emendas, não se demonstra adequada e de acordo com o que é proposto pelo precedente. O Supremo Tribunal Federal, de seus onze ministros, somente a Ministra Cármen Lúcia se utiliza do termo de modo correto, na qual demonstra os fatos e fundamentos determinantes que se encaixam na atual lide, os demais se limitam a reprodução de

ementas e indicação de processos, confundindo então os conceitos de jurisprudência e precedente (CÂMARA, 2018).

2.5 A SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Para não ocorrer o engessamento do direito, na tradição do *common law* os precedentes não são aplicados imprudentemente, caso a Corte observe que o precedente não está correto e de acordo com os novos entendimentos, não deverá mais ser utilizado em decisões futuras. Dessa maneira é utilizado o *overruling*, que nada mais é que a superação do precedente (GALIO, 2016).

Nesse sentido, a definição de *overruling* nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Constitui a resposta judicial ao desgaste de sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. Essa conjugação constitui a regra básica para superação de precedente (2017, p.597).

Outra técnica de superação é quando se utiliza do *distinguishing* – que é quando se afasta a aplicação do precedente –, e, se essa situação se perpetuar, é necessário que tenha a superação daquele entendimento para o novo; afinal, a utilização excessiva daquele irá comprometer toda a coerência e justiça do ordenamento jurídico (GALIO, 2016).

Na mesma linha, Streck e Abboud (2015), afirmam que o *distinguishing* deve ser empregado quando uma decisão não utiliza a *ratio decidendi* de um precedente vinculativo, pois a situação fática se diferente na lide.

Além desses, existem as técnicas de superação parcial do precedente, que podem ocorrer se a superação não for oportuna ou necessária, nesses casos utiliza-se do *overturning*, que é a alteração em partes, adotando a técnica de *transformation*, transformação e a da reescrita, chamada de *overriding* (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Há a transformação em casos que a Corte não nega o precedente de forma explícita, apenas o reconfigura de maneira parcial, levando em consideração os aspectos fáticos-jurídicos, que não foram observados no precedente, em suma, o transforma para se adaptar a nova situação posta perante o judiciário. E a reescrita é aplicada quando a Corte pretende delimitar a sua aplicação, nesse caso, um fator que não foi considerado anteriormente é condensado (MITIDIERO, 2016).

Os tribunais devem manter sua jurisprudência de forma estável, no entanto, por mais que todas as cautelas sejam tomadas para não ocorrer a oscilação da jurisprudência, há casos em que ocorre a necessidade de mudança do entendimento, seja por conta de contexto político ou sociocultural. Desta forma, o Código de Processo Civil, no artigo 927, §§2º a 4º, demonstra medidas a serem tomadas em caso de superação do precedente (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Nesse sentido, Galio (2016), trata do §2º do referido artigo, a primeira hipótese do *overruling*, na qual diz que, no momento que for ser aplicada a reanálise da matéria fixada nos enunciados de súmulas ou de julgamento repetitivo, poderá ocorrer a realização de audiência pública, com a presença de pessoas, entidades ou órgãos que possam contribuir de alguma maneira para a nova tese fixada.

No que se refere a segunda hipótese, o judiciário deve manter a confiança sobre o precedente, desta forma, tratar todos iguais perante a ordem jurídica. Quando ocorrer à superação do mesmo, deverá ser sinalizada (*signaling*) pela Corte, assim, a sua efetiva alteração só será realizada no futuro, evitando surpresas para a sociedade, conforme é previsto no §3º do artigo 927 do Código de Processo Civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017).

Desta forma, o precedente deve ser revogado quando não possuir mais consistência sistêmica, pois deixa de ter coerência com as decisões que os tribunais proferem, pois não sustenta mais a estabilidade, acontecendo, especialmente, quando as sentenças possuem teses incompatíveis com o precedente. No momento do *overruling* deve-se ponderar entre a estabilidade e a necessidade da revogação para evitar uma “surpresa injusta” (ALVIM WAMBIER *et al*, 2016).

Portanto, o fator de revogação, baseado no §3º, é a sua incongruência com o ideal do tribunal. Os casos analisados devem atender a uma expectativa da sociedade; desse modo quando está defasado o entendimento, a Corte deverá afastar sua aplicação e buscar uma melhor solução, atendendo, então, os novos padrões que a sociedade está exigindo, pois quando o precedente não possui mais a congruência social, a superação do entendimento não será uma surpresa (GALIO, 2016).

O novo Código de Processo Civil foi omissivo no que diz a respeito das motivações para ocorrer à superação do precedente, mas o artigo 927, §4º, exige que tenha a fundamentação adequada para a superação e, ainda, tem o dever de se atentar aos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e a isonomia do ordenamento (NEVES, 2016).

Há de se destacar que no *common law*, o *overruling* não é amplamente utilizado, pois trata-se de um evento político-jurídico que afeta as relações sociais e econômicas, em razão das quais todos na sociedade baseiam seus comportamentos, segundo as regras instituídas. Sendo assim, a sua

revogação não pode ser realizada de maneira desnecessária, manifestando a sua necessidade – a razão para tal deverá ser séria ou forte e, principalmente, bem justificada (GALIO, 2016).

Para não negligenciar os princípios que regem esse regime, deve-se estabelecer limites quanto a sua alteração. Assim, são adotados critérios para manter o direito atualizado perante as modificações da sociedade – nos Estados Unidos, por exemplo, há três principais razões para ocorrer o *overruling*, sendo estas: quando uma decisão posterior tornar o precedente incoerente; quando a regra posta mostra-se inexequível e se observado que o raciocínio seguido está em desacordo com os valores da sociedade (MEDINA; FREIRE; REIS FREIRE, 2013).

O primeiro fator de revogação é a sua incongruência com o ideal do tribunal, os casos analisados devem atender a uma expectativa da sociedade; desse modo, quando está defasado o entendimento, a corte deverá afastar sua aplicação e buscar uma melhor solução, atendendo, então, os novos padrões que a sociedade está exigindo, pois quando o precedente não possui mais a congruência social, a superação do entendimento não será uma surpresa (GALIO, 2016).

Do mesmo modo, é pacificado o entendimento que o precedente pode ser superado diante de uma mudança legislativa, tendo em vista um conflito entre suas razões, pois a superveniência legislativa torna o posicionamento adotado incoerente ou até mesmo ilegal, resultando, então, na sua superação. Também, não se descarta a possibilidade da lei abarcar a nova concepção fixada no julgamento, sendo ela, então, o novo parâmetro a ser seguido (NEVES, 2016).

Importante destacar que sempre haverá uma tendência para a manutenção do precedente, sendo que a sua superação deverá ser a última escolha, tendo em vista a possibilidade de gerar situações de instabilidade. A fundamentação específica é de suma importância, pois o *overruling* não pode se pautar em uma mera discordância de opinião do magistrado (PEIXOTO, 2016).

De tal modo, a segurança jurídica no Brasil é de tamanha importância que está codificado no artigo 5º da Constituição Federal, no seu *caput*, junto com direitos primordiais – como a vida, liberdade, igualdade e outros. Essa segurança é analisada como uma concretização do Estado de Direito, para dar a estabilidade e previsibilidade acerca das sanções jurídicas resultantes da sociedade (ALVIM WAMBIER *et al*, 2016).

Dessa maneira, o artigo 926 do Código de Processo Civil (Lei n.13.105, de 16 de março de 2015)¹ disciplina in verbis: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, serve como parâmetro para aplicar e desenvolver os precedentes no Brasil, bem como as técnicas de superação deve partir da observação do artigo (NUNES; HORTA, 2015).

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

É fundamental a coerências entre as decisões, afinal é isso que dará a credibilidade para o Judiciário e manterá o Estado de Direito; portanto, é necessário que, com a manifestação das Cortes, os casos sejam solucionados com a devida interpretação, caso contrário iremos viver em um Estado com diversos entendimentos (ALVIM WAMBIER *et al*, 2016).

Isto posto, coerência é seguir os mesmos preceitos e princípios aplicados nas decisões anteriores em casos análogos, assegurando a igualdade e garantia de que casos semelhantes terão o mesmo entendimento perante o judiciário, o que é atingido através da interpretação correta. No que tange a integridade, existe uma dupla composição, que conforme Dworkin (*apud* STRECK; ABOUD, 2015) é um princípio legislativo, que exige dos legisladores normas moralmente coerentes, bem como também será um princípio jurisdicional, que requer que a lei seja vista da mesma maneira, deste modo, pleiteia aos juízes argumentos de forma integrada com o direito, para evitar arbitrariedades interpretativas.

A respeito desse tema, Dworkin (*apud* NUNES; BAHIA, 2015) criou uma teoria que quem faz a aplicação dos precedentes deve observar o mesmo como um romance em cadeia, de maneira que um capítulo esteja interligado a outro, em continuidade, sempre respeitado ou, se alterado, que tenha coerência; desse modo, o juiz não será apenas a boca da jurisprudência.

Na mesma linha de raciocínio, a integridade e coerência não se resolvem apenas com reiteradas manifestações dos tribunais a respeito de um determinado fato e questão jurídica, é necessário, também, que ocorra uma proporcionalidade com os casos semelhantes; e, ainda, quando uma proposição puder solucionar duas questões distintas, não havendo uma razão para a distinção, a mesma deverá ser aplicada em ambas. Portanto, não basta aplicar esses atributos de maneira puramente formal e restrita, os tribunais têm o dever de aplicar de um modo homogêneo e bem delineado, fundamentando quando deixam de, eventualmente, adotar um precedente e demonstrando os diferenciais que foram postos nessa nova questão (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Reforçando esse pensamento, Didier Junior (2015) diz que é dever dos tribunais concretizar a coerência e integralidade nas situações jurídicas postas perante o judiciário; dessa forma, caminha-se para o desenvolvimento de um microssistema de precedentes com força vinculante e obrigatória, resultando em uma consistência no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a coerência e integralidade se mostram firmes no enfrentamento das teses discutidas, quanto mais argumentada for a tese, maior será a sua consistência.

Desta forma, a fundamentação utilizada nos moldes brasileiros não esta de acordo com o disposto no artigo 489, §1º, V do Código de Processo Civil, pois não estão sendo observados os

deveres de integridade e coerência exigidos, especialmente, os órgãos colegiados, que não possuem uma sequência decisória, mas sim uma aleatoriedade, pois uma fundamentação limitada apenas a citações de casos anteriores, sem a reprodução dos motivos determinantes, é constitucionalmente inadequada (CÂMARA, 2018).

Não obstante, o Estado de Direito que nossa constituição abarca busca uma estabilidade e previsibilidade do direito; nessa ideia, não deve fugir do efeito vinculante dos precedentes, esses devem ser respeitados pelos órgãos judiciais que o criaram e pelos que se encontram vinculados a ele. No entanto, vivemos em um sistema de instabilidade, pois há o problema de decisões diferentes sobre casos semelhantes (MEDINA; FREIRE; REIS FREIRE, 2013).

Destarte, a determinação do Código de Processo Civil para manter a uniformização não deve ser aplicada somente em situações vinculantes, mas em qualquer atuação das Cortes. É de suma importância adotar um sistema que controle entre os diferentes órgãos as questões jurídicas já levadas a julgamento, pois a falta de isonomia, muitas vezes, é resultado de um descontrole sobre as questões já decididas (WAMBIER; TALAMINI, 2018).

Um caso de *overruling* recente no direito brasileiro foi o cancelamento da súmula 470 do Supremo Tribunal de Justiça, a qual dizia que o Ministério Público não possuía legitimidade para propor, por meio da ação civil pública, a indenização do seguro DPVAT em prol do beneficiário do mesmo. Então o Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2014, conforme RE n. 631.111/GO, firmou o entendimento de repercussão geral, que o Ministério Público possui legitimidade para propor, afinal visa à tutela de direitos de interesses coletivos (LEITE, 2017).

Após o posicionamento da Suprema Corte, em sede de julgamento do Recurso Especial n. 858.056/GO, o Supremo Tribunal de Justiça, cancelou a sua súmula de número 470, seguindo então o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Tem-se que é um caso de *overruling*, haja vista que a alteração do entendimento ocorreu de forma integral, com vinculação vertical (LEITE, 2017).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração os aspectos apresentados, constata-se que os sistemas *civil law* e *common law* possuem diferenças significativas, mas com o decorrer do tempo buscam uma aproximação entre si, utilizando-se dos seus principais elementos para complementar um ao outro.

Desta maneira, o Brasil se utiliza da jurisprudência e de casos anteriores nas suas decisões, desde o período colonial, no entanto, sempre colocou a lei no topo de sua pirâmide, como forma de tentar combater as arbitrariedades que poderão resultar por conta da interpretação incorreta.

Nota-se que com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, os precedentes adquiriram outro patamar, agora têm a obrigatoriedade de serem seguidos e observados, para manter a integridade do sistema, combatendo então a grandiosidade de entendimentos que há entre os tribunais, o que resulta na insegurança jurídica que permeia no Brasil.

O termo precedente, empregado no código, gerou grandes dúvidas e divergências entre os doutrinadores, afinal, foi aplicado de maneira peculiar, o delimitando, diferentemente do que ocorre no *common law*, no qual o precedente não nasce com esse título, mas com o seu uso posteriormente e devida interpretação aliado com os costumes, se firma. A aplicabilidade no direito brasileiro veio de forma sucinta e sem maiores aprofundamentos, juntamente com a necessidade de, em determinados casos, alterar o entendimento firmado, afinal o direito estático gerará relevantes injustiças, pois a sociedade se transforma diariamente.

O Código de Processo Civil, de forma branda, elencou algumas situações que poderá ocorrer o *overruling*, mas conforme demonstrado, não determinou os critérios objetivos de em qual momento deverá ser realizado.

As técnicas empregadas na superação, advêm do sistema *common law*, não estão explícitas em nosso código, no entanto alguns dos métodos empregados no Brasil para realizar o *overruling*, estão presentes no artigo 927, nos §§2º a 4º do Código de Processo Civil, sendo eles: a realização de audiência pública, em casos de incoerência com os tribunais e, acima de tudo, a fundamentação adequada no momento de superação.

Além do mais, é necessário observar e se firmar no artigo 926 do Código de Processo Civil, afinal com ele que se terá a garantia de, no momento do *overruling*, ter a segurança jurídica, coerência e integridade entre os tribunais, principal problema enfrentado na atualidade no sistema judiciário brasileiro.

Por conseguinte, com base no direito internacional, quando o precedente se demonstrar incoerente, ainda, se demonstrado que a regra inserida se manifesta inexecutável; e, por fim, se as ideias seguidas no momento de formação do precedente não estão de acordo com o pensamento e atitudes da atual sociedade, deve ocorrer a superação do mesmo.

Essa aproximação no Brasil entre os sistemas é um enorme avanço, no entanto, se aplicado sem o devido aprofundamento, poderá criar mais problemas, vivenciando um Estado que não possui

o respeito concreto entre as suas Cortes e alterando o entendimento sobre determinado assunto, muitas vezes pela conveniência e por questões políticas, sem a devida preocupação com o direito e a segurança jurídica.

Desta forma, os tribunais ao realizarem a superação dos precedentes terão de ter cautela para não aumentar a instabilidade existente, cautela esta que, aliada com a boa interpretação e fundamentação, garantirá a efetivação do estado de direito que a Constituição Federal Brasileira busca.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Precedentes e a tetralogia de streck**. Disponível em <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/342-artigos-out-2016/7776-precedentes-e-a-tetralogia-de-streck>> acesso em: 13 mai.2019

ATAÍDE JÚNIOR, J. R. As tradições jurídicas de civil law e common law. In: FREIRE, A. [et al.] (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Jurisdição e poder**. São Paulo: Saraiva, 1987.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DERZI, M. A. M.; BUSTAMANTE, T. R. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?. In: FREIRE, A. [et al.] (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (Org.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____.; SOUZA, M. S. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Revista de processo comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. V. 2.

GALIO, Morgana Henicka. **Overruling: a superação do precedente**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William Soares. Uma era de *common law* para o Brasil?. In: BUSTAMANTE, Thomas, [et al.] (Org.). **Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial**. Belo Horizonte: Anais do II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. 2016. V. 3.

LEITE, Rodrigo de Queiroz. **A superação e a distinção dos precedentes judiciais no direito processual brasileiro**. Disponível em < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-superacao-e-a-distincao-dos-precedentes-judiciais-no-direito-processual-brasileiro,57880.html#_edn9 > acesso em: 13 mai.2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 2.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Uma nova realidade diante do projeto do cpc: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. In: FREIRE, A. [et al.] (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.

MEDINA, J. M. G. [et al.] Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: FREIRE, A. [et al.] (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodium, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. 1.ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. – Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, D; HORTA, A. F. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.]. **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015**. 2016. Revista de processo comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. V. 3.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade**. 2016. Tese (Doutor em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

SOUZA, Marcus Seixas. **Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, George. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3.ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. V. 3.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**, 17.ed. – São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, [et al.]. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, 3.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.