

A TEORIA DOS PRECEDENTES E A RELEITURA DA PROMOÇÃO DO *DISTINGUISHING* E DO *OVERRULING* COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL PROCESSUAL

Bruno Salvador de Freitas*

Sergio Cabral dos Reis**

RESUMO

O presente estudo busca analisar a perspectiva de formação dos precedentes judiciais, bem como seus principais métodos de interpretação e superação, o *distinguishing* e o *overruling*, vistos não apenas como técnicas, mas como direitos fundamentais processuais, a partir de uma reconfiguração de suas funções dentro de um processo que se aproxima da dinâmica desenvolvida pelo sistema *common law*, objetivando garantir obediência ao devido processo legal dentro de uma ordem jurídica que atribui força aos precedentes. Analisam-se os conceitos de precedente judicial, jurisprudência, *stare decisis* e *ratio decidendi*, bem como as principais técnicas de confronto e superação dentro da dinâmica dos precedentes, que prestigiam nossos princípios constitucionais e tem influenciado tanto o atual CPC quanto o projeto de novo diploma processual brasileiro.

Palavras-chave: Precedente judicial. Jurisprudência. *Stare decisis*. *Ratio decidendi*. *Distinguishing*. *Overruling*. Direito fundamental processual.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the perspective concerning judicial precedent formation, as well as its main interpretation methods, the distinguishing and the overruling, seen not only as techniques, but also as procedural fundamental rights, starting for a reconfiguration of its

* Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: bruno.salvador.freitas1991@gmail.com.

** Master em “teoria crítica em derechos humanos y globalización pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, Espanha). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR/PR. Professor da ESMAT/13. Professor de graduação e de pós-graduação “latu sensu” do UNIPÉ. Professor efetivo da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Juiz do Trabalho na Paraíba. E-mail: sergio.juiz@gmail.com.

functions in a process that approaches to the dynamics developed by the common law system, aiming to ensure the obedience to the due process of law into a juridical order that attributes power to the judicial precedents. We analyze concepts like judicial precedent, jurisprudence, *stare decisis* and *ratio decidendi*, as well as the main techniques for confronting and overcoming in the dynamics of precedents, which gives prestige to our constitutional principles and have been influencing both today's CPC and the project of Brazil's new procedural law.

Keywords: Binding precedent. Jurisprudence. *Stare decisis*. *Ratio decidendi*. Distinguishing. Overruling. Procedural fundamental right.

Introdução

É impossível se pensar o processo dentro de um contexto de modernidade, sem fazer referência ao sistema precedentalista, principalmente após o advento da emenda constitucional Nº 45, que abriu as portas para o reconhecimento da força vinculante dos precedentes judiciais. A doutrina e jurisprudência pátrias vêm reconhecendo de forma cada vez mais crescente a necessidade de adequação do processo civil a um mundo onde a massificação das relações sociais e jurídicas cresce de forma vertiginosa. Nesse contexto, o precedente tem sido referenciado como uma importante ferramenta para a racionalização do processo, conferindo-lhe coesão, segurança jurídica e efetividade.

Porém, a teoria dos precedentes se desenvolveu de forma maciça nos países que adotam o sistema da *common law*, calcado na doutrina do *stare decisis*, que compreende o precedente judicial como sendo um instituto vinculante, não só para o órgão judicial que decide, mas para todos os que lhe forem inferiores. A chamada *doctrine of binding precedent* surge no Direito inglês, datando do século XIX (TUCCI, 2004, p. 158), tendo como *leading case* o caso *London Tramways Company v. London County Council*, onde a Câmara dos Lordes inglesa lançou as bases da força vinculante do precedente no sistema de direito consuetudinário.

Classicamente, entende-se que o Brasil segue uma tradição jurídica calcada no Direito romano-germânico, também chamado de *civil law*, tradição esta que confere larga preferência aos estatutos, à norma codificada. Fredie Didier Jr. (DIDIER JÚNIOR, 2012a, p. 41), questiona este postulado por intermédio da demonstração de relevantes exemplos calcados nas

peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, que é um sistema sincrético, com influências tanto do sistema *Civil Law* (de forma predominante), quanto do *Common Law* (de forma mais esparsa), dentro de sua exposição, no particular, preleciona que no Direito brasileiro “há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas, etc.)” (ibid, p. 42). Didier explica que, por causa da miscigenação experimentada pelo Direito brasileiro, este não segue mais a tradição romanística, mas sim uma tradição jurídica própria e *sui generis*, ao qual o autor alcunha de “*Brazilian law*” (ibid., p. 43).

Partindo do contexto de mudança trazido pelo projeto de novo CPC, que não pôde deixar de observar todas as alterações sofridas pelo processo nos últimos anos, projeto esse que trará a positivação de vários aspectos relativos aos precedentes, consagrando-os na dogmática jurídica nacional. Este trabalho se desenvolve com o fito de mostrar um rápido conceito do que é um “precedente”, bem como estudar os principais métodos de confronto e superação deste, o *distinguishing* e o *overruling*, trazendo à discussão se estes seriam apenas métodos de interpretação e superação trazidos pelo sistema precedentalista, ou não poderiam já ser considerados direitos fundamentais de cunho processual.

1. A jurisprudência como fonte do direito: jurisdição como atividade criativa

Apesar de não ser uma unanimidade (FERRAZ JR., 2003, p. 246), a concepção de que a jurisprudência é uma fonte do direito vem ganhando cada vez mais adeptos (SOUZA, 1991, p. 37.), pois é inegável a observância da atividade jurisdicional como atividade criativa do Direito, não se pautando apenas na sua reprodução através da técnica da subsunção. Destarte, importa observar que atualmente a jurisdição não se limita às atividades de interpretação e aplicação do Direito, mas também à atividade de genética jurídica.

Essa nova concepção surge a partir da mudança de paradigma operada pelo movimento pós-positivista, que reverberou na ciência processual com o termo *neoprocessualismo*; esse novo sentido do processo dentro de um Estado constitucional exige, no particular, que o magistrado tenha uma posição muito mais ativa, que importa na compreensão das peculiaridades atinentes ao caso concreto, e na investigação da norma geral e abstrata com o fito de, fazendo o balanceamento dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade, encontrar a solução que mais se ajusta ao caso. É o que afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto (MARINONI, 2008, p. 103).

Partindo de um ponto mais dogmático, é necessária a compreensão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, como força motriz que auxilia o entendimento da necessidade de se considerar a função exercida pelo magistrado como atividade criativa. Conforme os dizeres de tal princípio, o juiz não pode se recusar a prestar a atividade jurisdicional, pois nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser alijada da análise do Poder Judiciário, o que implica dizer que, segundo as palavras de Fredie Didier Jr., “ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação, caberá ao magistrado dar uma resposta ao problema, classificando-a como lícita ou ilícita, acolhendo ou negando a pretensão do demandante” (DIDIER JÚNIOR, 2012a, p. 101), notadamente promovendo a criação do Direito no caso concreto.

2. Decisão como norma jurídica: a origem do conceito de precedente judicial

Partindo do pressuposto de que a jurisprudência é fonte do direito e que a jurisdição é uma atividade criativa, podemos considerar que a decisão judicial é uma norma jurídica, bem porque já é sabido que texto normativo se difere de norma jurídica, por ser essa o resultado da interpretação daquele (GUASTINI, 2005, p. 131).

Tendo em mente a perspectiva de que a decisão judicial é uma norma jurídica, deve-se compreender ela é naturalmente constituída pelo dispositivo, de onde surge a norma jurídica individualizada que regulará o caso concreto, tendo aptidão para a coisa julgada; e pela fundamentação, onde o magistrado deve identificar qual é a norma jurídica geral do caso concreto, ou seja, a norma jurídica geral que servirá de fundamento para que dela se extraia a norma individual, um bom exemplo é o caso de uma dívida pecuniária, onde a norma individual seria: “João deve a Maria”, e a norma geral seria: “todo aquele que constitui uma obrigação de pagar quantia deve adimpli-la”.

As características dessa norma geral podem ser explanadas da seguinte forma: é uma norma produzida pela atividade jurisdicional, construída a partir da casuística, pois o juiz, ao receber o caso concreto, examina as suas peculiaridades, analisa o ordenamento jurídico e identifica a norma contida no texto normativo legal que serve ao caso, ou seja, a norma jurídica geral do caso concreto “tem uma história”, leia-se, é uma norma geral que nasce a

partir de um contexto casuístico, e esta é a principal diferença entre a norma jurídica geral e a Lei, que nasce a partir de uma atividade abstrata do legislador, e não de um caso concreto. A outra característica interessante sobre a norma jurídica geral do caso concreto é o fato de que ela serve como modelo para a solução de casos futuros semelhantes, pois embora seja construída a partir de um caso, a norma geral tem aptidão para se aplicar a qualquer outro caso semelhante àquele que lhe deu surgimento. Vale salientar que o raciocínio de extração das normas individualizada e geral do caso concreto a partir do dispositivo e da fundamentação respectivamente, pode ser aplicado a toda e qualquer decisão judicial, que sempre tem uma duplicidade de papéis, o de estabelecer a solução para o caso concreto, e o de produzir uma norma que pode servir como padrão para a solução de casos futuros semelhantes.

A referida norma geral a que se fez referência tem uma nomenclatura mais técnica, é o chamado precedente judicial, que Fredie Didier Jr. conceitua como: “Decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior” (DIDIER JÚNIOR, 2012b, p. 385), outra grande contribuição conceitual para a ideia do que seja um precedente é a de Adam Geary, que preceitua: “If the instant case the case judge is trying to decide is considered sufficient alike by the law — in fact, earlier ruling in the precedent case —, this instant case is bond by the ruling in the precedent case” (COMMON, 2011). A partir desses conceitos do que seja um precedente judicial, pode-se partir para a compreensão do que seja tecnicamente uma jurisprudência, que nada mais é do que a reiterada aplicação de um precedente, e de forma evolutiva, a súmula nada mais é do que o enunciado normativo do precedente que se consolidou pela sua reiterada aplicação. Nesse sentido, é importante o entendimento de que a interpretação das súmulas se faz de forma completamente diferente dos textos legislativos, pois a súmula, sendo o enunciado da reiterada aplicação de um precedente, deve ser interpretada à luz do(s) caso(s) que lhe deu (deram) origem, ou seja, de forma contextualizada, e não como um texto dotado de abstração, tal como o texto da Lei.

3. A doutrina do *stare decisis*

O termo *stare decisis* deriva da expressão latina: *Stare decisis et non quieta movere*, leia-se, “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido.” Com origem no Direito inglês, ganhou força nos países que adotam o *common law system*, onde foi alcunhada de *doctrine of binding precedent*.

Existe uma íntima correlação entre o *stare decisis* e a ideia de Estado constitucional, que também pressupõe a segurança jurídica, pois objetiva assegurar que o direito não se altere de maneira radical, permitindo que a comunidade jurídica compreenda que os princípios e regras estão fundados no Direito, não dando margem a inclinações ou voluntariedades pessoais dos agentes que compõem o a função jurisdicional. Interessante conceituação do que seja o *stare decisis* pode ser encontrada na jurisprudência da Suprema Corte do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos: “under the doctrine of stare decisis, all tribunals exercising inferior jurisdiction are required to follow decisions of courts exercising superior jurisdiction” (*Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Court*, 57 Cal. 2d 450, 1962, *apud* HEISER, 2012, p. 22).

A partir deste conceito, importa observar a construção de duas modalidades de precedentes com inspiração no *stare decisis*: o precedente vertical se consubstancia na expectativa de que cortes inferiores observem as decisões anteriores oriundas das cortes superiores, numa relação gradual de inferior para superior dentro da estrutura do órgão jurisdicional, noutro giro, o precedente horizontal consiste numa hierarquia artificial calcada na obrigação tomada entre a corte atual e a mesma corte no passado, imposta do anterior para o posterior, pois a decisão prévia se torna superior somente por ser anterior.

No Brasil, a doutrina do *stare decisis* é adotada de forma pontual, pois só se consegue encontrar hipóteses de precedente vertical, a exemplo das decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade e a que fixam súmula vinculante, que segundo os artigos 102, inciso III, §2º e 103-A da Constituição Federal, vinculam os demais órgãos do poder judiciário.

4. A reconstrução dos princípios da segurança jurídica e da igualdade à luz da teoria dos precedentes

Com advento da Constituição de 1988, houve mais uma vez a consagração do princípio da igualdade, que se sedimentou no art. 5º do texto constitucional com a locução: “todos são iguais perante a lei.” Dentro de um sistema que atribui força aos precedentes, porém, deve haver uma redefinição de tal princípio, pois todos devem ser iguais não somente perante a lei, mais perante o Direito. Corroborando esse raciocínio, assevera Fredie Didier Jr. (2012b, p. 396) ser necessário que, na leitura do caput art. 5º da Constituição Federal, se interprete o termo “lei” como “norma jurídica”, de modo que se entenda que todos são iguais, ou devem ser tratados como iguais, perante a “norma jurídica”, qualquer que seja ela, não importando de quem ela emane.

De forma mais pontual, Luiz Guilherme Marinoni (2010) ensina que além de se pensar o viés isonômico do processo dando às partes paridade de armas e de acesso à jurisdição, deve-se pensar na isonomia sob a ótica da igualdade diante das decisões judiciais, pois em um Estado Constitucional que tutela os direitos fundamentais, não se pode admitir que em situações análogas, chegue-se a soluções distintas. A hipótese contrária também deve ser analisada, pois a utilização do precedente sem a devida análise do contexto fático que o motivou no confronto com as circunstâncias fáticas do caso concreto, pode ensejar violações sintomáticas ao princípio da igualdade, sendo imperioso observar que também o inverso deve ser feito, ou seja, deve-se garantir o tratamento diferenciado a situações ou indivíduos diferenciados.

Outro valor assegurado pela Constituição Federal de 1988 é a segurança jurídica, tão necessária para o bom funcionamento do Estado de Direito. Dentro de um sistema que atribui força aos precedentes, conferindo-lhes efeitos jurídicos, importa garantir a previsibilidade da atuação dos órgãos jurisdicionais, até porque a sociedade leva em consideração as decisões dadas pelo poder judiciário para que possa pautar a sua conduta em determinada situação, é um reflexo do princípio da não-surpresa, que afeta também o judiciário, como parte integrante da administração pública direta.

Dentro desse contexto cooperativo do processo, o princípio da segurança jurídica ganha uma nova roupagem, devendo ser pensado tanto na perspectiva de respeito aos precedentes quanto pela perspectiva de uniformização da jurisprudência, evitando o inconcebível fenômeno da propagação de teses jurídicas diferentes para situações análogas. Nesse sentido, ensina Fredie Didier (2012b, p. 398):

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.

Todavia, para que se possa garantir os princípios em tela, deve o juiz compreender os mecanismos para identificação do que é um precedente, tarefa difícil na prática, mas que pode ser facilitada mediante o conhecimento dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, o que se fará a seguir.

5. Identificação do precedente: os conceitos de *Ratio decidendi* e *obiter dictum*

Analisando o precedente pelo seu viés anatômico, observa-se dois conceitos distintos: o primeiro é a *ratio decidendi* (ou *holding* para os Norte-americanos), que se consubstancia nos fundamentos jurídicos da decisão, é a tese jurídica acolhida pelo magistrado ao proferir o *decisum*. O ilustre professor José Rogério Cruz e Tucci ensina que a razão de decidir do magistrado “é composta: da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e do juízo decisório (*judgement*)” (TUCCI, op. cit., p. 175). À luz da situação fática, o magistrado cria, através de um raciocínio indutivo, a norma jurídica geral onde está contida a tese jurídica (*ratio decidendi*), tese esta que deve ser exposta na fundamentação do julgado, pois com base nela o juiz chegará a uma definição sobre a questão deduzida em juízo, elaborando a norma jurídica individual contida no dispositivo da decisão, acobertada pela coisa julgada material.

O segundo conceito importante no estudo do precedente é o *obiter dictum* (ou *obiter dicta*, no plural), representa os argumentos que são colocados na fundamentação da decisão apenas com o fito de apresentar juízos acessórios, secundários, que não dizem respeito ao objeto litigioso do processo, não tendo, portanto, capacidade para gerar o precedente. A identificação do instituto em análise é feita por exclusão, ou seja, o que não for *ratio decidendi* compõe o *obiter dictum*, tendo como consequência o fato desta parte do precedente não poder ser utilizada com força vinculativa, apenas informativa, por não compor a tese jurídica que sustenta a decisão, portanto, quando se falar em precedente, deve-se pensar somente na *ratio decidendi*. Porém, adverte Fredie Didier Jr (2012b, p. 388):

O obiter dictum, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O obiter dictum pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado é obiter dictum e tem a sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente.

In fine, vale salientar uma advertência: em uma decisão judicial não há, em regra, a obrigatoriedade da indicação por parte do órgão julgador, de qual parte é a *ratio decidendi* e qual parte é o *obiter dictum*, por isso existe certa dificuldade na interpretação do *decisum*, pois muitas vezes é custoso fazer a identificação do que realmente é o precedente, uma técnica indicada para encontrar a tese jurídica que deu origem ao precedente é a observância do objeto litigioso do processo, que serve de balizamento para que se possa separar as questões principais das questões incidentais da demanda, e assim encontrar a *ratio* da decisão.

6. Da eficácia do precedente

No sistema jurídico brasileiro, o precedente pode gerar três tipos de efeito jurídico: o primeiro efeito possível de ser produzido por um precedente judicial é o vinculante ou obrigatório, regra nos países que adotam o sistema *common law*, advém da doutrina do *stare decisis*, onde tem a alcunha de *binding precedent*, tem como marca a eficácia vinculante aos julgados que forem seguintes, desde que sejam análogos, obrigando os órgãos jurisdicionais que profiram decisões posteriores a adotar aquela mesma tese jurídica adotada no caso que deu gênese ao precedente. No Brasil, encontramos quatro exemplos de eficácia vinculante: (I) a súmula vinculante, esculpida no artigo 103-A da Constituição Federal e na lei Nº 11.417/06; (II) o fato do entendimento que se consolida na súmula de um tribunal ter força em relação ao próprio tribunal; (III) no caso da objetivação do controle difuso de constitucionalidade e (IV) na decisão que fixa a tese para os recursos extraordinários ou para recurso especiais repetitivos (artigos. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil).

Outro efeito produzido pelos precedentes é o obstativo da revisão de decisões, pois existem precedentes que possuem o objetivo de impedir a apreciação de um recurso ou de uma remessa necessária, esse efeito não deixa de ter pontos de intersecção com o efeito anterior, pois o magistrado pode denegar o prosseguimento de determinado recurso por entender que este estaria em confronto com um precedente emanado por uma corte superior, um exemplo claro desse efeito é súmula impeditiva de recurso, tema que será tratado mais adiante.

Como última modalidade de carga eficaz, observa-se o efeito persuasivo ou *persuasive precedent* que o precedente pode possuir, não se falando em efeito vinculante do precedente, mas apenas na capacidade de persuasão, convencimento que um precedente pode gerar, pois segundo José Rogério Cruz e Tucci, constitui “indício de uma solução racional e socialmente adequada” (TUCCI, op. cit., p. 53). Neste caso, o magistrado que for julgar uma causa posterior àquela do precedente, não está obrigado aplicar a mesma *ratio decidendi* adotada no caso paradigma, neste caso o precedente servirá apenas como uma diretriz para o julgamento.

Um dos temas mais estudados na dinâmica do sistema precedentalista é qual a eficácia da decisão que altera um precedente, teria ela uma eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*, leia-se, poderia ter eficácia retroativa? Primeiramente importa observar como ocorre o processo de mudança jurisprudencial operada pelos órgãos que formam o Estado-Juiz. A alteração do precedente pode ser dar através de um processo específico de superação, como por exemplo, no processo

de cancelamento ou revisão de uma súmula vinculante, ou mediante evolução do pensamento do órgão julgador, como por exemplo, a mudança de posicionamento de um tribunal superior sobre determinada questão, o que se dá através da técnica de superação denominada *overruling*, tema que será tratado em tópico próprio.

Descritos os métodos de alteração dos precedentes, é justa a preocupação com a eficácia da decisão que opera tal fenômeno, pois seria temerário admitir o efeito de retroatividade irrestrita à jurisprudência, pois como a decisão é uma norma jurídica, deve obedecer o imperativo da irretroatividade, pois fazendo uma interpretação mais apurada do artigo. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, extrai-se o raciocínio de que o mais adequado seria se falar em irretroatividade do Direito e não somente das leis. Destarte, corrobora Roque Antônio Carrazza: “Quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do artigo. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticam atos, certas de que procediam sob o amparo do direito objetivo”. (CARRAZA, op. cit., p. 55).

No Direito pátrio, os tribunais superiores vem adotando a técnica de modulação de efeitos para conferir segurança jurídica as decisões, que em regra tem eficácia *ex tunc*, mas podem ter eficácia *ex nunc* ou até *pro futuro* caso comprometa a estabilidade das relações jurídicas, tomando como inspiração a técnica do *signaling*, desenvolvida pelos tribunais norte-americanos como forma de sinalizar a mudança de um precedente.

7. A técnica de confronto dos precedentes: o conceito de *distinguishing*

Como qualquer norma jurídica, o precedente também é alvo de interpretação, para que se possa observar se o caso em análise se encaixa ao caso paradigma que deu origem ao precedente ou se difere deste, pois a partir da conclusão que se chegue, haverá ou não a aplicação da mesma norma jurídica geral aplicada no caso paradigma, essa análise tem um nome técnico, é o chamado *distinguishing*, o que numa tradução mais direta seria “fazer a distinção”, porém, de forma mais técnica pode-se observar o conceito elaborado por José Rogério Cruz e Tucci, que assevera: “O *distinguishing* é um método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ser ou não análogo ao paradigma” (TUCCI, op. cit., p. 174).

Todo precedente judicial, logicamente, só pode ser aplicado após o *distinguishing*, inclusive na aplicação de súmula vinculante, pois se o caso *sub judice* não for semelhante ao caso paradigma que originou a súmula, o juiz pode perfeitamente, após fazer a distinção, deixar de aplicar o enunciado sumular sem embargo de estar desrespeitando-o, o desrespeito à súmula vinculante aconteceria caso o magistrado, observando que o caso é semelhante ao paradigma, mesmo assim não aplicar a norma geral contida no enunciado sumular ao caso concreto em análise. Este raciocínio faz cair por terra o argumento de que o sistema de precedentes engessaria o judiciário, transformaria o juiz numa “máquina”, com o método do *distinguishing* o magistrado se mantém senhor do processo, com o *ônus* de estar de acordo com os princípios da isonomia e do devido processo legal, que ordena a confecção de decisões semelhantes para casos semelhantes.

8. A superação do precedente: as técnicas do *overruling* e *overriding*

É se suma importância a análise das técnicas de superação dos precedentes, notadamente as técnicas de *overruling* e *overriding*: o *overruling* consiste no fenômeno de um precedente perder sua eficácia vinculativa e ser substituído por um outro precedente, pois o tribunal ao firmar um precedente, não pode ficar eternamente a ele vinculado, sob pena de operara-se uma fossilização da jurisprudência da corte, conforme os dizeres de Fredie Didier (2012b, p. 405):

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

Descritas as modalidades de *overruling*, faz-se importante analisar o fato de que a decisão que implique em tal fenômeno deve ter um maior arcabouço argumentativo, pois marca uma mudança paradigmática na jurisprudência do órgão julgador, sendo fulcral a necessidade de se apresentar argumentos ainda não enfrentados pela corte, além da demonstração da necessidade de ser superado o precedente até então firmado, o que na prática, segundo Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 266-284) acaba acontecendo nos casos de obsolescência, injustiça ou inexecutabilidade da tese jurídica contida no precedente.

No tocante aos efeitos jurídicos operados pela substituição de um precedente por outro, a doutrina trabalha com a possibilidade do advento de dois efeitos básicos: o primeiro

denomina-se *retrospective overruling*, consiste na substituição do precedente com eficácia retroativa ou *ex tunc*, implicando no fato de que a tese jurídica que fora substituída (*overruled*) não poderá ser invocada inclusive em relação a questões anteriores a sua superação, mesmo no caso de pendência de julgamento perante o órgão jurisdicional; o segundo efeito denomina-se *prospective overruling*, caso em que a tese jurídica do precedente que foi substituído mantém seus efeitos perante os processos instaurados antes de sua superação.

A segunda técnica de superação de precedentes denomina-se *overriding*, ou seja, uma limitação do âmbito de incidência do precedente, devido a uma regra ou princípio superveniente, não havendo uma superação que liquide totalmente a *ratio decidendi* anterior, havendo apenas uma substituição parcial da tese jurídica. As técnicas referidas trazem uma diretriz para que se possa superar um precedente, mesmo que a este tenha sido atribuída eficácia vinculante, dessa forma expõe José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 180):

[T]odos esses mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de 'normatização pretoriana'. A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça.

Observada a dinâmica das técnicas de confronto e superação de precedentes, é chegado o momento de realização da investigação que constitui o objeto central do presente trabalho, que se consubstancia na análise do *distinguishing* e do *overruling* como direitos fundamentais processuais, o que se fará no tópico a seguir.

9. O direito fundamental à promoção do *distinguishing* e do *overruling*: duas perspectivas

Pela importância da interpretação dos precedentes, nota-se que a cláusula do devido processo legal obriga a constatação de que seria *capitis diminutio* considerar o *distinguishing* apenas como um método de confronto entre o precedente e o caso *sub judice*, por isso que nesta obra, ganha força a proposição do *distinguishing* também como um direito fundamental de cunho processual, que seria posto em duas perspectivas: pelo ponto de vista do juiz, a realização do método de confronto entre as duas teses jurídicas, a do precedente e a do caso em análise, é mais do que um instrumento posto a sua disposição, é um direito seu enquanto magistrado, que visa a promoção de sua independência funcional no tocante ao salutar

exercício da atividade jurisdicional; o outro ponto de vista seria o da parte no processo, que teria o direito fundamental à promoção do *distinguishing* como forma de garantir seu acesso à justiça, com base no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, bem como ao direito de eventual acesso ao duplo grau de jurisdição, tomando como fundamento o art. 5º, LV também do texto constitucional.

A aplicação do *distinguishing* como um direito pode ser facilmente detectada no caso da chamada súmula impeditiva de recurso, tal instituto é um corolário da reforma operada pela emenda constitucional 45/04, a Lei 11.276/06 que alterou o atual Código de Processo Civil, inserindo o instituto da súmula impeditiva de recurso, também chamada de súmula de efeito impeditivo, contida no art. 518, §1º do diploma processual nacional, visa atender aos princípios da duração razoável do processo e da efetividade do procedimento, objetivando desobstruir principalmente os tribunais de 2ª instância, como o ressalta outro autor:

Verificando o juiz da causa, em primeira instância, que a sua sentença está fundada em jurisprudência sumulada de um desses dois tribunais superiores [i.e., o STF ou STJ], ele fica autorizado a não receber a apelação interposta, vale dizer, autorizado a indeferir o processamento do recurso sob a justificativa, que deve ser explicitada, de que sua decisão está em conformidade com a súmula (MACHADO, 2012, p. 707 - 708).

Esta regra comporta exceções, uma delas surgiu a partir do seguinte conflito: em muitos casos a intenção do recorrente não é discutir a tese jurídica contida na súmula, o que o impediria de recorrer, mas simplesmente demonstrar que o caso em julgamento não diz respeito à norma consolidada jurisprudencialmente, o que notadamente consubstancia um raciocínio não obstado pelo art. 518, §1º do CPC. A partir desse caso, a doutrina e a jurisprudência começaram a aceitar a promoção do *distinguishing*, que é operacionalizado através do manejo do agravo de instrumento para impugnar a decisão do juiz que inadmitiu a apelação, nesse sucedâneo, assevera Rinaldo Mouzalas de Souza e Silva, “o recorrente deve demonstrar que a situação concreta é diferente daquela que justificou a aplicação da súmula” (MOUZALAS, 2012, p. 755). Com a consagração do *distinguishing* na doutrina e na jurisprudência pátrias, ganha força a concepção de que, no caso em tela, o agravante teria o direito de promover tal método de distinção, de forma a respeitar, como já dito, o acesso à justiça e o acesso às instâncias superiores.

Importante salientar que o método do *distinguishing* hoje é um instrumento indispensável para garantia do devido processo legal, inclusive é assim que entende o projeto de novo Código de Processo Civil, que pela primeira vez na história promove a positivação de tão importante técnica de interpretação dos precedentes:

Art. 499.

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento** ou a superação do entendimento (grifos nossos).

O projeto de novo CPC indica não haverá fundamentação da decisão, importando vício de nulidade conforme os dizeres do artigo. 93, inciso IX da Constituição, caso o magistrado não opere a análise sobre a admissibilidade do *distinguishing*, mostrando assim, a importância que a técnica de distinção ganhará após a sua consagração legal, podendo inclusive ganhar *status* de direito fundamental da parte em promover e ver realizado o *distinguishing* no processo em que demanda.

A mesma tônica se aplica ao *overruling*, pois considerar tal instrumento apenas como uma técnica de superação do precedente seria desconsiderar a evolução do processo à luz da tutela dos direitos fundamentais, calcada na perspectiva pós-positivista do Direito. Destarte, não seria imprudente considerar a referida técnica um direito fundamental voltado para o âmbito do processo sob duas perspectivas.

O primeiro ambiente de aplicação do direito ao *overruling* se localiza na atividade jurisdicional. Pois, ao fixar um precedente o órgão julgador, não está obrigado a segui-lo *ad aeternum*. O magistrado tem o poder, derivado do seu direito a liberdade funcional e ao livre convencimento motivado, de modificar o entendimento fixado anteriormente em outro julgado, caso sobrevenha algum fato novo que demonstre que a tese contida no precedente até então adotado tornou-se injusta ou obsoleta. Pois, caso contrário, ocorreria um engessamento da atividade jurisdicional, o que comprometeria a capacidade de resposta do poder judiciário às modificações sociais, acarretando o engessamento da atividade jurisdicional, o que não é a proposta de um sistema que atribui força aos precedentes.

O outro viés de aplicação do direito à superação do precedente encontra-se na perspectiva da parte no processo, que teria o direito fundamental a promover o *overruling*. Nesse caso, ainda que a demanda se encaixe na tese jurídica fixada em julgado(s) anterior(es), é de suma importância, para a correta observância do acesso a justiça e ao duplo grau de jurisdição, que se garanta à parte o direito de provocar, através de seu direito de ação ou de recurso, a modificação de uma tese jurídica consolidada em julgados anteriores, desde que traga fatos novos que justifiquem tal modificação paradigmática.

Na mesma direção do reconhecimento legal do *distinguishing*, projeto de novo CPC também traz a positivação do *overruling* como uma garantia para o jurisdicionado contra

decisões que não analisem na fundamentação o pedido que objetive promover a superação do precedente:

Art. 499.

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou **a superação do entendimento** (grifos nossos).

Desta forma, o projeto de novo CPC demonstra que não haverá fundamentação da decisão, importando vício de nulidade conforme o artigo 93, inciso IX da Constituição, caso o magistrado não opere a análise da admissibilidade do *overruling*, demonstrando a importância que a técnica de superação ganhará após a sua consagração legal, podendo inclusive ganhar *status* de direito fundamental da parte em promover e ver realizado o *overruling* no processo em que demanda.

In fine, demonstrada essa nova concepção do *distinguishing* e do *overruling*, é de suma importância considerar que dentro de um ordenamento jurídico que atribui força aos precedentes, não se tem como garantir o respeito à cláusula do devido processo legal, mãe de todos os direitos relativos ao processo, sem elevar à categoria de direito fundamental processual as técnicas que permitem oxigenar o sistema, possibilitando que o a atividade jurisdicional seja coerente, efetiva e principalmente promotora da justiça.

Conclusão

Observa-se, conforme tudo que foi posto, que o ordenamento jurídico pátrio passa por uma notável mudança, alijando os tradicionais postulados do sistema de inspiração romano-germânica, concedendo espaço às inspirações do sistema *common law*, baseado na doutrina do *stare decisis*. É imperioso perceber que para tal alteração não se observou a necessidade de um novel diploma processual, todavia, com o projeto em trâmite, se descortina uma oportunidade ímpar para uma verdadeira sofisticação no trato do tema, notadamente, através da positivação de muitos instrumentos de interpretação e superação de precedentes, tais como o *distinguishing* e o *overruling*. A dinâmica processual deve sempre lograr espaço para o diálogo com outras fontes, principalmente observando as experiências de outros sistemas jurídicos na perspectiva do Direito comparado. Assim, não adianta fomentar o desenvolvimento da jurisprudência, sem a maturação do entendimento das técnicas de superação e confronto dos precedentes. Não se pode cogitar um Estado constitucional como o

brasileiro sem um ordenamento que preze pela coerência, até por obediência ao princípio da segurança jurídica, não devendo se ater somente a congruência do compêndio normativo produzido pelo poder legislativo, mas também o produzido pelos órgãos jurisdicionais.

Nesse contexto, temas como os analisados neste artigo farão cada vez mais parte do cotidiano do judiciário brasileiro, acostumado ao processo pensado em 1973, ano de edição do atual código. A concepção do *distinguishing* e do *overruling* como direitos fundamentais abre um leque de discussão para a gradativa introdução da cultura precedentalista em nosso país, a fim de melhorar o processo não somente na perspectiva da efetividade, mas também sob a perspectiva da promoção dos princípios da isonomia das decisões judiciais e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antônio, “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”. In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antônio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2007.

COMMON law: the role of precedent — LLB Study Weekend 2011. Palestrante: Dr. Adam Geary. Birkbeck: Universidade de Londres, 2011. Palestra, 26'11". Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1eBzHKw1wpE>>. Acesso em: 06 jul. 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil, v. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012a.

Et al. Curso de direito processual civil, v. 2. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012b.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 4. ed. São Paulo: ATLAS, 2003.

GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HEISER, Walter W. California civil procedure. 3. ed. Danvers, MA: LexisNexis, 2012.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 11. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo, v. 1. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O precedente na dimensão da igualdade*. Luiz Guilherme Marinoni Coordenador. **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 228 – 233.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo civil**, volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

SILVA, Celso Albuquerque. **Do efeito vinculante**: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.