

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

FILIPPE MARMONTEL NASI

QUANDO PRECEDENTES NÃO SE APLICAM: DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO
COMO TÉCNICAS DE UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

Porto Alegre
2016

Filipe Marmontel Nasi

QUANDO PRECEDENTES NÃO SE APLICAM: DISTINÇÃO E SUPERAÇÃO
COMO TÉCNICAS DE UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista em
Direito Processual Civil da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientadora: Prof. Dr. Klaus Cohen Koplin.

Porto Alegre
2016

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	4
2. PRECEDENTES: FUNDAMENTOS E OBJETIVOS	8
3. SOBRE O <i>DISTINGUISHING</i> . HIPÓTESES EM QUE O COTEJO FÁTICO- JURÍDICO NÃO RECOMENDA A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE.....	14
4. O <i>OVERRULING</i> COMO MECANISMO DE EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO.....	22
5. CONCLUSÃO	32
6. BIBLIOGRAFIA.....	33

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil entrou em vigor há alguns meses e, aos poucos, vem sendo trazido ao cotidiano forense. São muitas as novidades, cujo implemento real e adequado à prática depende enormemente do preparo de todos os atores do processo, sem o que não apenas os problemas antigos deixarão de ser resolvidos, mas também outros, oriundos da natural instabilidade de um novo sistema, acabarão por surgir.

O assoberbamento do Poder Judiciário é apenas uma das patologias derivadas das mais de quatro décadas de vigência do Código Buzaid e, a bem da verdade, menos relevante do que a própria condição da tutela que se vinha entregando ao jurisdicionado. As falhas do sistema brasileiro eram tanto de celeridade quanto de qualidade de tutela, e é nesse cenário que chega a Lei Federal 13.105/2015.

O Novo Código se propôs a buscar sanar alguns desses vícios. Ainda que não se trate de legislação imune a críticas, o certo é que se tenta inaugurar uma nova cultura processual em muitas vertentes. As inovações, não obstante, precisam ser corretamente aplicadas pelos operadores (e aqui, mais do que magistrados, falam-se em advogados, partes, etc., em um ambiente plural e cooperativo¹).

O texto do NCPC é vasto, e cada um de seus dispositivos pode ser analisado às minúcias pela academia. Por trás de cada artigo há um arcabouço discutido e a discutir, de sorte que o ambiente nunca esteve tão profícuo ao estudo da ciência processual.

Ressaltam do *codex*, de toda sorte, algumas novidades de grande destaque, às quais o legislador buscou conferir protagonismo no novo sistema processual. Dentre elas – e para o que aqui é de relevo – está a maximização do respeito aos precedentes, em inafastável tentativa de aproximação de nossa tradição à *common law*.

¹Sobre a colaboração no processo civil enquanto modelo: "A colaboração é um modelo que visa dividir

Os juristas responsáveis pelo novo código, capitaneados pelo Ministro Luiz Fux, ao que parece, constataram que em um país de dimensões continentais como o Brasil, com mais de três dezenas de tribunais locais, imaginar que a lei federal e a Constituição seriam aplicados uniformemente não passava de utopia. Se os textos normativos não são unívocos e dependem do método interpretativo utilizado quando da aplicação, é evidente que interpretações divergentes ressaltariam de estados e regiões distintas, ou mesmo dentro delas.

Com efeito, foi na esteira dessa compreensão que se atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça, na Constituição Federal de 1988, a incumbência de julgar recursos especiais em que houvesse alegação de “divergência jurisprudencial”. Sua função seria, pois, a de aplainar arestas de posicionamentos dissonantes que viessem dos tribunais locais, contribuindo, em certa medida, para a unidade do direito.

Ocorre que, a bem da verdade, não faz sentido que se tenha um método de uniformização de entendimentos apenas como se terceira instância judicial fosse. Não era razoável, perceba-se, exigir que um jurisdicionado aguardasse até que seu processo chegasse ao Superior Tribunal de Justiça para que, apenas lá, fosse a ele aplicada a conclusão sedimentada pelo STJ muito tempo antes. Era imperioso que se criassem mecanismos de reprodução, nas instâncias ordinárias, daquilo que as Cortes Supremas já haviam definido anteriormente como correto.

O CPC de 1973 não apenas deixava de criar esses mecanismos como também – o que era ainda mais grave – previa situações esdrúxulas como a sentença liminar de improcedência (art. 285-A, incluído pela Lei Federal 11.277 de 2006), que possibilitava a rejeição imediata do pedido autoral desde que “no juízo” já houvesse “sido proferida sentença de improcedência em outros casos idênticos”. Veja-se: o magistrado de primeiro grau não estava vinculado ao que provinha dos tribunais superiores, mas detinha autonomia de julgar liminarmente improcedentes demandas em que ele próprio houvesse

anteriormente decidido em sentido contrário à tese defendida pelo autor – e apenas por esse motivo.

Esse é um bom exemplo da efetiva necessidade que se tinha de um novo Código de Processo Civil. O Código Buzaid, a despeito de elogiável em sua concepção, tornou-se verdadeira colcha de retalhos com o passar do tempo, haja vista tentativas esparsas e pontuais de corrigir problemas de concepção que eram muito maiores.

O CPC de 2015, pois, se dispôs a tratar o tema dos precedentes com mais seriedade, partindo da premissa de que a unidade e a harmonia do direito são elementos essenciais a qualquer sociedade. Não se trata de questão ligada apenas a demandas judiciais, mas também ao planejamento de empresas e ao agir cotidiano dos jurisdicionados: a previsibilidade e a estabilidade, como elementos integrantes da segurança jurídica, são relevantíssimos e precisavam, de fato, receber mais atenção.

A valorização dos precedentes na nova lei vem a partir dessas noções primordiais, mais bem analisadas no primeiro capítulo a seguir. Ali, buscar-se-á demonstrar por qual motivo a cultura do precedente precisava chegar ao Brasil e ser aqui bem aplicada. A questão, como se verá, parte de uma das mais basilares concepções do direito, a necessidade de interpretação dos textos normativos, e desemboca na metodologia para universalização de decisões das cortes responsáveis pela harmonização do ordenamento jurídico.

Mas tão importante quanto desenvolver uma cultura de valorização e respeito aos precedentes é aprender a aplicá-los corretamente. A utilização irrestrita e incondicional das decisões proferidas pelo STJ e pelo STF (falando do Brasil, especificamente) em casos que estão nas instâncias ordinárias é inimaginável e precisa ser evitada. De um lado, porque apenas os “like cases” devem ser tratados “alike”, analisando-se se a *ratio decidendi* do precedente é efetivamente aplicável no *instant case*. De outro, porque a reprodução desavisada do precedente noutros casos, de forma alienada da realidade

social, pode, em longo prazo, contribuir para uma estagnação da evolução do pensamento jurídico, o que certamente não se deseja.

Serve este ensaio, enfim, para tratar brevemente dessas questões. Em um primeiro momento, analisar-se-á a própria pertinência do sistema de precedentes, evidenciando suas origens e seu desiderato. Em seguida, trabalhar-se-á com o conceito de *distinguishing*, demonstrando de que maneira a sua adequada compreensão é imprescindível para que, de fato, a riqueza e os detalhes das demandas judiciais sejam apreciados e tomados em conta no momento da decisão. Por derradeiro, o foco será o instituto da *overruling*, avaliando-se a forma com que ele auxilia a que a cultura dos precedentes não se transforme, no fim, em meio de rigidez exacerbada do ordenamento.

2. PRECEDENTES: FUNDAMENTOS E OBJETIVOS

Para que se possa adequadamente compreender o sistema de precedentes inaugurado no Brasil pelo Novo Código de Processo Civil, importa ter presente o efetivo fundamento que lhe dá causa. Afinal, qual o motivo de se privilegiarem decisões anteriores? Por que a autoridade dos precedentes é tão relevante? Por que a decisão a ser seguida deve ter origem nas cortes supremas², e não nas instâncias “ordinárias”?

A doutrina há tempos se apercebeu de uma relevantíssima questão atinente à ciência do Direito: texto normativo e norma são conceitos (muito) diversos entre si. E é daí que se deve partir para bem compreender a sistemática dos precedentes

Teve vigência outrora, em especial a partir do Código Napoleão, a compreensão de que o magistrado atuava, diante do caso concreto, a “vontade concreta” da legislação, cabendo-lhe tão somente a função de *boca da lei* (“*bouche de la loi*”), havendo de se transportar a premissa maior (a lei) à premissa menor (o caso concreto), sem grande espaço para divagações. Essa era uma compreensão de que eram seguidores, ainda que com divergências entre si, Chiovenda e Carnelutti.

LUIZ GUILHERME MARINONI, com o apuro crítico que lhe é particular, sumariza aquele período afirmando que:

O direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos”. E segue: “como a lei também não podia considerar a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, bastava à jurisdição aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado liberal³.

Em poucos termos, o que se tinha era entendimento excessivamente simplista e alheio à riqueza e à realidade da prática e do Direito, centrado na ideia de divisão de poderes (inaugurada por Montesquieu) e na invariável

² Para a definição de “cortes supremas” e suas tarefas, v. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, *passim*.

³MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

submissão do magistrado aos textos que lhe eram entregues pelo legislativo. A atividade do julgador era quase que matemática e fundada exclusivamente no método de subsunção.

Imaginando-se o fenômeno processual dentro daquela compreensão, de fato, pouco haveria de se cogitar da natureza dos precedentes. Ora, se toda lei possuía enraizada em seu texto seu único, unívoco e inequívoco sentido, qualquer magistrado minimamente capacitado dela extrairia uma mesma conclusão. Não haveria espaço para reconstruções, aproximações e atribuições de sentido, já que sempre haveria uma (e apenas uma) resposta “certa”. A tarefa do julgador, ainda nas lições de MARINONI, era de “*qualidade quase mecânica*”.⁴

As falhas de teorias dessa natureza, é claro, não são poucas. No âmbito do Estado Constitucional, manter-se entendimento tão cognitivista e fundado na supremacia da lei é, ao fim e ao cabo, ignorar a necessidade de uma prestação jurisdicional adequada ao caso concreto, negando aos particulares decisões que tomem em conta, de fato, as peculiaridades de seus litígios.

Pois foi de críticas àquelas teorias que sobreveio a compreensão de que, na verdade, texto e norma jamais podem se confundir, porque a segunda é resultado da interpretação do primeiro (reconstrução, atribuição de sentido). Não por acaso DANIEL MITIDIERO e CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA assim lecionam sobre o ponto:

A norma é o significado da disposição normativa, não se confundindo de tal sorte com o texto. O intérprete, o aplicador do direito, entre eles o juiz, o chamado intérprete autêntico, interpreta não normas, mas textos normativos e representações fáticas. O produto da interpretação é a norma, a norma de decisão, no caso do juiz, ou a norma simplesmente reguladora, nos demais casos.⁵

No mesmo sentido vai EROS ROBERTO GRAU:

⁴*Idem, ibidem.*

⁵ MITIDIERO, Daniel. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Curso de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 2. ed. – São Paulo: Altas, 2012, p. 2.

O fato é que a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito. O texto, preceito jurídico, é, como diz Friedrich Müller, matéria que precisa ser 'trabalhada'.⁶

E novamente MITIDIERO, em obra destinada especificamente aos precedentes:

Partindo da distinção fundamental entre texto e norma, [Giovanni] Tarello ensina que a interpretação é ao mesmo tempo uma atividade e um resultado. É uma atividade adscritiva de significado a textos da qual resulta uma ou mais normas. Não se trata, portanto, de uma atividade endereçada à obtenção de um resultado unívoco. Nessa linha, a interpretação não tem como objeto propriamente normas: tem por objeto textos e elementos não textuais dotados de autoridade jurídica. A norma é o resultado da interpretação.⁷

Essa “nova” concepção – de separação entre texto e norma – era efetivamente necessária. Entendendo-se que a norma é construída em diálogo e cooperação, frente a um caso concreto, deixa-se aberta a possibilidade de o magistrado valorar com mais liberdade (ainda que atento à “moldura” do texto) a disposição do legislador. A lei é a norma geral e abstrata que deve não ser “reduzida”, mas “reconstruída” diante do litígio real, da vida.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que contribui à qualidade da jurisdição, a diferenciação entre texto e norma inaugura uma séria dificuldade. Se os dois elementos não se confundem (e se a segunda não está encrustada no primeiro), como avaliar se a decisão está “correta”? Se muitas interpretações são possíveis a partir de um mesmo enunciado, como avaliar o acerto daquele que se optou por conferir *in concreto*? Tendo esses questionamentos em mente, a necessidade de utilização dos precedentes⁸ ressalta cristalina.

Essa perspectiva lógico-argumentativa do Direito, claro está, tende a deixá-lo potencialmente instável, em terreno em que paira a insegurança

⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 25.

⁷ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 62-63.

⁸ Pela conceituação, LÊNIO STRECK: “...o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares”. (*O que é isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 45).

jurídica oriunda da incerteza do próprio significado de um texto normativo. É como leciona LUIZ GUILHERME MARINONI,

Como a previsibilidade não descarta a circunstância de que a norma deve ser interpretada, tornou-se necessário tocar na questão da interpretação jurídica, daí tendo naturalmente surgido a preocupação com a efetividade do sistema jurídico em sua dimensão de capacidade de permitir a previsibilidade, na medida em que o conhecimento da norma e a uniformidade da interpretação de nada adiantariam caso o jurisdicionado não pudesse contar com decisões previsíveis”.⁹

E em outro texto, traduzindo “segurança jurídica” no binômio previsibilidade-estabilidade, menciona:

Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações”.¹⁰

Na mesma senda, exemplificando o olhar de operadores da tradição da *common law*, EDWARD DOMENIC RE defende:

A estabilidade exige uma continuidade com o passado e é necessária para permitir que os membros da sociedade conduzam suas atividades diárias com razoável grau de certeza quanto às consequências jurídicas de seus atos”.¹¹

Pois se é tão relevante definir com clareza o sentido dos textos, deles eliminando a equívocidade e pluralidade de sentidos inicial, emerge questionamento de inalcançável relevância: a quem cabe definir esses sentidos? Dentro da organização judiciária, quem tem a incumbência de dar a última palavra e assentar a orientação responsável por conferir a tão falada “previsibilidade” aos jurisdicionados?

A questão é respondida por DANIEL MITIDIERO, outorgando esse papel de protagonismo ao que chama de “cortes supremas”:

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Os Precedentes da Dimensão da Segurança Jurídica, *in Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual* (coord. Araken de Assis et al). – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 433.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

¹¹ RE, Edward Domenic. Stare Decisis. *Revista de Informação Legislativa* n. 122. mai/jul 1994 (trad. Ellen Gracie Northfleet).

A Corte Suprema é vista como uma corte que outorga o adequado sentido ao texto e aos elementos não textuais da ordem jurídica para promoção da unidade do Direito... É uma corte cuja tarefa é guiar a base a respeito do significado que deve ser adscrito ao Direito”.¹²

São as cortes supremas, dessa maneira, responsáveis pela última e derradeira palavra sobre a interpretação de determinado texto normativo em dado cenário fático. É delas (no Brasil, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, guardadas suas porções de atuação) a incumbência de harmonizar as possibilidades interpretativas que surgem nas instâncias ordinárias, escolhendo aquela que melhor se integra ao ordenamento jurídico e eliminando as demais.

O sistema de precedentes, a par de tudo isso, traz em seu âmago a ordem constitucional constante do *caput* do artigo 5º da Carta Magna, que estipula que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*”. Isso porque somente se pode cogitar de efetiva e material isonomia¹³ de tratamento se a lei é aplicada de forma uniforme em todo o território nacional para situações fáticas equivalentes. Essa é outra vertente do conceito *desegurança jurídica*, analisada na obra ímpar de HUMBERTO ÁVILA:

Como as normas, gerais e abstratas, devem ser aplicadas de maneira uniforme e impessoal, sem a consideração da pessoa, os cidadãos que se encontram em situação equivalente deverão receber igual tratamento”.¹⁴

Na mesma trilha, ROBERT ALEXY:

As razões básicas para seguir os precedentes é [sic] o princípio de universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal”.¹⁵

A “coerência” do Direito também é privilegiada a partir do sistema, como nota EDUARDO OTEIZA ao afirmar que “*el precedente como critério objetivo*

¹² *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 65.

¹³ “A isonomia, nesse contexto, é uma projeção da imparcialidade do exercício jurisdicional.” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 89).

¹⁴ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. – São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 223.

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. – São Paulo: Editora Landy, 2001, p. 159

*utilizado por los jueces debe cuidar la preservación de la coherencia del derecho*¹⁶.

O que esse breve apanhado busca deixar assente são as respostas a dois importantes questionamentos atinentes à temática dos precedentes. À questão do real fundamento dessa técnica, responde-se fazendo menção à distinção entre texto e norma, além da equivocidade dos textos normativos. Na seara dos objetivos que dele emergem, remete-se às noções de previsibilidade, estabilidade e isonomia (amalgamadas pela ideia de segurança jurídica), cujo preenchimento é, ao fim e ao cabo, o efetivo objetivo do sistema de precedentes.

¹⁶ OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. *Revista de Proceso*, vol. 136, pp. 151-196, jun/2006.

3. SOBRE O *DISTINGUISHING*. HIPÓTESES EM QUE O COTEJO FÁTICO-JURÍDICO NÃO RECOMENDA A APLICAÇÃO DO PRECEDENTE.

Tudo que se disse no ponto anterior tendia a demonstrar os efetivos benefícios da adoção real e maciça do sistema de precedentes no sistema processual civil brasileiro. Para além do simplista escopo de desafogar as estantes do Judiciário, viu-se que a questão é muito mais profunda, vinculada a importantes conceitos do ordenamento jurídico como igualdade e segurança.

Mas, claro, nem tudo são flores.

Tão importante quanto compreender os benefícios trazidos pela sistemática dos precedentes é inserir na cultura do operador do direito os adequados e corretos mecanismos para atuar nesse âmbito. Sem que determinados cuidados sejam tomados pelos aplicadores (aqui, em especial, pelos magistrados), pode-se rumar a caminhos indesejados de decisões em massa que têm por desiderato não mais do que o simples cumprimento de metas de produtividade, descuidando da necessidade de prestação de tutela jurisdicional adequada.

Pois é na ânsia de auxiliar nesse aprendizado que se tecem aqui algumas considerações sobre a técnica da distinção (*distinguishing*), de aplicação extremamente difundida nos países da tradição do *common law* e cuja transposição ao processo brasileiro é não menos do que indispensável. Não se ignora – alerte-se desde já – a existências de inúmeras outras técnicas importantes no momento da operacionalização do sistema de precedentes, tais como o *signalinge* a própria *inconsistent distinguishing* (de nomenclatura semelhante mas regramento bastante diverso), etc. Optou-se por focar aqui apenas na distinção e na superação (tópico seguinte), todavia, pelo entendimento de que são esses institutos de aplicação mais habitual e relevante, especialmente no cotidiano forense.

Para iniciar com duas robustas conceituações sobre a técnica da distinção, veja-se que NEIL DUXBURY assim define o instituto:

Distinguishing is what judges do when they make a distinction between one case and another (...) is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand”.¹⁷

No Brasil, importante contribuição nesse sentido é dada por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

O distinguishing consiste numa técnica de flexibilização do stare decisis e significa que, embora a regra do precedente sobreviva, porque se aplica aplicaria ao caso a ser julgado e não deve ser reformada (overruled), há peculiaridades, no caso concreto, que autorizam seja a rule reformulada para resolvê-lo”.¹⁸

A técnica do *distinguishing*, portanto, se presta a afastar um determinado precedente de caso aparentemente análogo (ao qual ele *prima facie* se aplicaria) em decorrência da existência, no *instant case*, de peculiaridades não existentes ou não consideradas no *precedente case*. Trata-se, assim, de mecanismo que objetiva evitar o alargamento demasiado do precedente que, *in concreto*, poderia conduzir a uma decisão desacertada.

No sistema de precedentes, é imprescindível que a *ratio decidendi* fixada no caso paradigma seja analisada sempre em cotejo com a realidade fática que a ele subjazia; isto é, ela não pode ser analisada de forma isolada, como se súmula fosse, mas dentro da integralidade do contexto em que foi proferida.

Essa é uma ressalva feita com muita clareza por MICHELE TARUFFO:

É necessário que o significado da regra jurídica, usada para critério de decisão, venha ‘concretizado’ para relacioná-lo à solução do caso particular; não se compreende o precedente se a interpretação da norma que nele foi aplicada não vem conexa diretamente com a ‘fatispecie’ concreta que foi decidida”.¹⁹

¹⁷ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. vol. 172/2009, pp. 121-174, jun/2009.

¹⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199/2011, pp. 139-155, set/2011 (trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luis Monteiro).

No mesmo norte se coloca LUIZ GUILHERME MARINONI, ao argumento de que “o significado de um precedente está essencialmente na sua fundamentação e que, portanto, não basta somente olhar à sua parte dispositiva”²⁰.

É na falta de aplicação dessa máxima que repousa a importância do *distinguishing*. Ela se presta, frente a casos concretos, a evidenciar ao julgador que a inadvertida aplicação de determinado precedente se faz inadequada, justamente pela diferenciação entre questões relevantes de uma e outra demanda (tudo derivando da ideia de “*treat like cases alike*”). E aí está o trabalho do advogado, que terá de adentrar nas miudezas de cada caso a fim de deles pinçar as diferenças relevantes que, em seu entendimento, reclamariam decisões diferentes.

DANIEL MITIDIERO, especificamente acerca argumentação necessária na tentativa de se obter a distinção, menciona:

Quando a sentença de primeiro grau, portanto, invoca precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça para solução do caso, a admissão da apelação está condicionada à alegação de que o precedente não se aplica ao caso, porque é necessário distingui-lo do caso precedente por ausência de identidade ou semelhança (isto é, mostra-se necessário realizar a *distinguishing*)”.²¹

Também na linha da atividade argumentativa, MARK TUSHNET:

Advogados e juízes podem até achar excessivo o esforço de fazer a diferenciação de casos, mas essa resistência em fazê-lo acaba custando ao litigante que poderia beneficiar-se do *distinguishing* na resolução do caso”.²²

E não é outra a lição de REMO CAPONI, que considera dito esforço “*sempre ripagato, perché evita pericolose generalizzazioni*”²³.

²⁰Precedentes Obrigatórios...p. 161.

²¹Cortes Superiores e Cortes Supremas...pp. 112-113

²² TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, vol. 218/2013, pp. 99-109, abr/2013 (trad. Flávio Portinho Sirangelo).

²³ CAPONI, Remo. Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti. *Revista de Processo*, vol. 213, pp. 217-244, nov/2012.

Como se disse anteriormente, trata-se de importantíssimo mecanismo tendente a evitar a aplicação desenfreada e indiscriminada de precedentes a casos em que a *ratio decidendi* firmada inicialmente não se presta a atingir a mais acertada decisão do *instant case* em decorrência de diferenciação substancial de questões fáticas. Mais do que isso (e ao contrário do que se pode pensar de início), esta é uma técnica que valoriza e fortalece o *stare decisis*. É que “a não adoção do precedente, em virtude do *distinguishing*, não quer dizer que o precedente está equivocado ou deve ser revogado. Não significa que o precedente constitui ‘bad law’, mas somente ‘inaplicable law’. A declaração de que o precedente é inaplicável não tem relação com o seu conteúdo e autoridade”²⁴.

Ressalte-se de toda sorte, como faz MARINONI, que a técnica da distinção não é cheque em branco ao julgador:

Está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convêm (...) para realizar o *distinguishing*, não basta ao juiz apontar fatos diferentes. Cabe-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente”.²⁵

Esse alerta é de suma importância. Não se pode cogitar que a existência de instituto como o da distinção represente que os magistrados de piso e das cortes de revisão têm ampla liberdade para afastar, a seu bel-prazer, a aplicação de precedentes oriundos das cortes supremas. A escusa de se aplicar a decisão vinculante (*binding*), na verdade, apenas tem razão de ser quando a diferença fática é *material* (no termo usado por MARINONI).

Todavia, como percebe RAVI PEIXOTO, conceituar os fatos como “relevantes” e “irrelevantes” é tarefa árdua:

O desafio é justamente esse, o de categorização dos fatos relevantes e irrelevantes no caso suscitado como precedente e no caso concreto em questão. Isso porque nem toda particularidade implica na

²⁴Precedentes Obrigatórios...p. 231.

²⁵Idem, *ibidem*.

distinção, pois ela pode ser insuficiente para implicar na inaplicabilidade do precedente”.²⁶

A questão é verdadeiramente delicada. Diante do caso concreto, deve o órgão julgador verificar se as diferenças fáticas existentes entre o *instant case* e o *precedent case* são “admitidas” pela *ratio decidendi* do paradigma (isto é, se elas, a despeito de não expressamente consideradas no julgamento pretérito, se inserem dentro da argumentação exposta na decisão) ou se, alternativamente, elas consistem fundamento suficiente a se perceber que a chegada a uma conclusão diversa é a única medida para se decidir adequadamente. Essa contraposição de argumentos é caracterizada por MARINONI como “*tensão no interior do sistema*”²⁷, decorrenteda exposição de argumentos contrários e favoráveis à distinção, naturais na seara do contencioso.

A título exemplificativo da técnica da distinção, mencione-se o Recurso Especial nº 1.414.391/DF, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 10/05/2016 (já na vigência do novo Código, pois), cuja ementa é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. RELAÇÃO COMERCIAL DE EMPRESAS COM BANCO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. INAPLICABILIDADE DO CDC. CLÁUSULA GERAL DE RISCO DO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. FRAUDE PRATICADA POR FUNCIONÁRIOS DA PRÓPRIA EMPRESA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA CONFIGURADA. ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXCLUÍDA. 1. Demanda indenizatória proposta por empresas distribuidoras de veículos contra instituição financeira, em face de fraude praticada no seu sistema contábil por seus funcionários, mediante o lançamento de ordens de pagamento no ambiente de internet banking do banco demandado para fornecedores com inscrição de CNPJ ou de CPF de sua própria titularidade, de familiares ou de amigos. 2. A relação estabelecida entre as partes não é regida pelo microssistema normativo do CDC, pois o serviço prestado pelo recorrido "compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio" (REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012). 3. Não é possível reconhecer a responsabilidade civil do banco na hipótese em que o dano foi causado em razão da culpa exclusiva da vítima, pois os valores somente foram desviados da empresa em razão da fraude perpetrada por seus próprios funcionários. 4. Inaplicabilidade do

²⁶ PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248, pp. 331-355, out/2015.

²⁷*Op. cit.*, p. 235.

precedente firmado em sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.199.782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011). 5. Aplicação da técnica das distinções (distinguishing). 6. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.²⁸

Nesse caso, sinteticamente, uma determinada concessionária de veículos propôs demanda em face de um banco requerendo indenizações decorrentes de fraude perpetrada por seus próprios funcionários mediante utilização do *internet banking* disponibilizado pela instituição bancária. Para tanto, a demandante requereu fosse analisado o pleito sob o enfoque da “cláusula geral de risco” prevista no artigo 927, p.ú., do Código Civil de 2002, ao argumento de que o STJ já havia decidido, em sede de Recurso Repetitivo que “*as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*” (REsp nº 1197929/PR, j. em 24/08/2011, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão).

No julgamento do *instant case*, todavia, o Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acabou afastando a possibilidade de aplicação do precedente, o que fez mediante utilização da técnica da distinção (termo que, inclusive, constou da ementa acima reproduzida). O que entendeu o Ministro na oportunidade, em suma, foi que a tese firmada no *precedent* partiu da premissa de que a parte autora era um “não correntista”, diferentemente do que se tinha no caso sob julgamento. Vejam-se trechos emblemáticos do acórdão nesse sentido:

Não se desconhece a tese firmada por esta Corte , no julgamento do RESP 1.199.782/PR, no qual se reconheceu a responsabilidade objetiva das instituições financeiras pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros, a caracterizar fortuito interno, in verbis: (...) O presente caso, porém, é diferente, devendo a sua solução passar pelo crivo da aplicação da chamada técnica das distinções, conhecida na common law como distinguishing . (...) O caso julgado pela Segunda Seção tratou da responsabilidade civil das instituições financeiras por dano causado a um não correntista , firmando-se a tese já referida . Portanto, inaplicável como solução para a presente causa . A uma , porque não se trata de falha no serviço, já que afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso . A duas, porque não se trata de dano causado por terceiro a um não correntista , já que as reco rrentes

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.414.391/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/05/2016, DJe em 17/05/2016.

contrataram o serviço de internet banking com o recorrido , sendo a hipótese de responsabilidade contratual . A três, porque a fraude foi praticada pelos próprios funcionários das empresas demandantes

Perceba-se que, nesse caso, o Relator colheu um fato (o de a demandante ser correntista da instituição demandada) e buscou nas origens do precedente avaliar se essa era uma circunstância debatida ou considerada na decisão. Ao fazê-lo (sem se ater à simples ementa do julgado, saliente-se), percebeu que essa situação havia sido efetivamente abordada no *precedent*, justificando a realização de uma consistente e adequada distinção.

Como se vê, o Superior Tribunal de Justiça começa, aos poucos, a se adaptar à sistemática dos precedentes, passando a utilizar – como é indispensável, registre-se – técnicas anexas que são indispensáveis à construção de uma real cultura de respeito às decisões proferidas pelas Cortes Supremas. E isso, em muito, vem do que o legislador insculpiu no novo Código.

O Código de Processo Civil de 2015, atento a toda essa necessidade, faz diversas referências em seu texto acerca da distinção e, por consequência, de sua importância dentro do sistema de privilégio aos precedentes que se deseja instituir. O artigo 489, por exemplo, tratando da fundamentação das sentenças, reputa não adequadamente motivada toda decisão que, “optando” por não “*seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente*”, deixa de “*demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento*”.

MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, analisando o dispositivo, deixam claro:

Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disser efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e o caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação ao dever de fundamentação”.²⁹

Também sob a denominação de “distinção”, o texto prevê a possibilidade de que a parte que vê seu recurso sobrestado em decorrência da

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 494.

afetação de recursos extremos nas cortes supremas alegar a existência de diferenciação fática, justamente visando ao seu regular processamento. Esta é a disposição do artigo 1.037, §9º, cujo procedimento é complementado pelos §§12 e seguintes.

Como se vê, ao menos nesse particular o legislador tratou de regulamentar não apenas um dos pilares da nova legislação (o respeito aos precedentes), mas também, como era inevitável, institutos que lhes são acessórios (e, ao menos aparentemente, contraditórios). Cabe aos operadores do cotidiano forense, agora, compreender por completo toda essa nova sistemática e efetivamente colocá-la em prática, seja pelo lado da advocacia (defendendo a aplicação ou o afastamento do precedente), seja no âmbito das togas, em que a averiguação dos *atos materiais* e da pertinência da distinção será imprescindível.

4. O OVERRULING COMO MECANISMO DE EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO.

Tão importante quanto distinguir casos em que o precedente não merece aplicação, evitando a extensão irrestrita de uma conclusão a casos distintos é ter-se a noção de que o direito e o pensamento jurídico estão em constante evolução, de sorte que o sistema não pode ser compreendido de modo estático e impassível de modificações. A interpretação de um texto normativo em dado momento por uma Corte Suprema exterioriza aquela que se entendeu como a *melhor* possibilidade de fazê-lo, mas não, claro, a única lição que se pode extrair daquele conjunto de palavras.

Não é necessário muito esforço para lembrar-se de leis que vigoram no Brasil há mais de duas ou três décadas. Dentre inúmeras outras, veja-se que o Código Penal data de 1940, a Lei de Locações de 1991 e a Lei da Sociedade por Ações de 1976, todos com imensa repercussão prática no cotidiano. Isto é, relações locatícias e societárias, por exemplo, são reguladas ainda hoje de acordo com disposições legais emanadas antes da virada do século.

Esta talvez seja uma das grandes dicotomias da *civil law*. Leis antigas acabam tendo sua aplicação desvirtuada pelo transcurso do tempo, já que se tornam obsoletas frente à riqueza e à velocidade das modificações das relações interpessoais. Leis “novas”, por outro lado, tendem a gerar instabilidade durante certo tempo, durante o qual é necessário o amadurecimento das novas disposições e a aplicação prática daquilo que o legislador pretendeu.

De qualquer forma, esse cotejo entre o aspecto temporal e a legislação faz com que surjam questionamentos interessantes, que contrapõem a necessidade de estabilidade e cognoscibilidade do direito com a igualmente importância de que ele não se torne excessivamente rígido. É dizer: sistemas da tradição da *civil law* devem ser capazes de dar elevado grau de certeza à ordem jurídica, ao mesmo tempo em que não fecham as portas para inovações ou, simplesmente, modificações de pensamento.

Não é preciso voltar muito no tempo para lembrar que, há pouco, a mulher casada era considerada pessoa relativamente incapaz, dependendo de anuência de seu marido para prática de diversos atos da vida em sociedade. Também, não faz muito que se buscava aferir a *culpa* de um dos cônjuges para a separação de um casal, algo inimaginável atualmente. Ainda, lembre-se que poucos anos atrás se possibilitava a prisão civil do depositário infiel, situação que apenas se alterou com a edição do Pacto de San José da Costa Rica.

O que essas mudanças demonstram, no fim das contas, é que a sociedade não está parada enquanto o texto legal é o mesmo. A vida avança e o direito deve ser capaz de acompanhá-la – se não for pela mudança da lei, pelo giro da jurisprudência. Colha-se o caso da incapacidade da mulher casada: não era necessária outra lei para dizer que essa compreensão era absurda.

É claro que a técnica do *overruling* não representa porta aberta para que decisões das Cortes Supremas não sejam respeitadas (seja horizontalmente, seja verticalmente). Na verdade, a revogação do precedente só tem vez quando a decisão cristalizada no precedente deixa de atender aos anseios daquilo que se pretendeu quando de sua prolação. Nas palavras de MARINONI, “*um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência*”³⁰.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER assim trata o tema do *overruling*:

Quando se detecta a necessidade de mudança, ou porque (a) se considera agora, a norma errada; ou porque (b) se considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada, quando foi criada, ocorre o *overruling*. Esta é uma das principais técnicas, usadas no sistema de common law, para adaptar/corrigir/flexibilizar o direito. A outra, também bastante importante, é a técnica do *distinguishing*. Ambas são, indubitavelmente, as técnicas principais. *Overruling* é o afastamento do precedente e a declaração de que este precedente foi superado. O *overruling*, porém, também pode ser implícito. Quando ocorre o *overruling*, uma nova regra é criada para os casos subsequentes”³¹.

³⁰ Precedentes obrigatórios... p. 252.

³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. vol. 172/2009, pp. 121-174, jun/2009

A superação do precedente se dá, portanto, quando se entende que a decisão tomada ou estava em si equivocada (e aí o *overruling* serve para corrigi-la) ou tornou-se equivocada com o passar o tempo e a modificação de padrões sociais, éticos e jurídicos (prestando-se, nessa hipótese, para flexibilizar o direito).

Um bom exemplo disso foi dado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.284.520/GO, de Relatoria do Ministro Humberto Martins. Naquele caso, o STJ teve a oportunidade de se debruçar sobre uma conclusão que era sua há tempos: a de que a decisão proferida em pedido de suspensão de liminar, prevista no artigo 15 da Lei 12.016/09 era de natureza eminentemente *política* e, assim não desafiava interposição de Recurso Especial ao STJ.

Quando do julgamento do mencionado Agravo Regimental, o STJ, reavaliando suas decisões anteriores, entendeu por bem deliberadamente modificar sua jurisprudência, no sentido de reconhecer a atividade jurisdicional da decisão do Presidente do Tribunal local e, por isso, permitir a subida de Recursos Especiais que atacassem essa decisão. Eis a ementa dessa decisão, na parte que agora interessa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE EXERCIDA PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. OVERRULING. CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. QUESTÕES EMINENTEMENTE JURÍDICAS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO QUE EXTRAVASA OS LIMITES IMPOSTOS PELO ART. 4º DA LEI N. 8.437/92. 1. Esta Corte Superior possui precedentes no sentido de que o juízo emitido pelo presidente do Tribunal no julgamento do pedido de suspensão de segurança é de natureza política, e não de legalidade, motivo pelo qual não seria cabível o recurso especial. 2. Trata-se de entendimento que precisa ser superado, pois não há como conceber, na atual configuração do Estado Democrático de Direito brasileiro, que uma decisão de natureza administrativa ou política provoque a suspensão dos efeitos de um pronunciamento judicial. 3. Portanto, deve-se identificar na atividade exercida no julgamento do pedido de suspensão de segurança a nítida feição judicial, e não política ou administrativa, em que pese o objeto envolver a análise de conceitos jurídicos indeterminados, como segurança, ordem, saúde e economia. Desta forma é cabível o recurso especial. (...) ³²

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1284520/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 08/03/2013

Há três pontos interessantes a se vislumbrar nessa decisão.

O primeiro é que o STJ efetuou um giro absolutamente consciente, sabendo e dizendo abertamente que sua jurisprudência anterior era em sentido diverso mas que agora, frente ao caso concreto, entendia por bem revê-la (não por acaso, fez-se constar o termo *overruling* na própria ementa). Essa é uma característica importante do instituto aqui estudado, porque se deve ter bem claro que a decisão dissonante do precedente (ou da jurisprudência, como naquele julgado) não representa uma “incerteza” ou simples “divergência pretoriana”.

Os julgadores devem estar atentos, no momento de possível *overruling* ao fato de que estão em terreno sensível, porque vislumbram a possibilidade de modificar uma conclusão já em certa medida estabilizada e que, no fim das contas, pode ter pautado a atuação de diversos jurisdicionados em seus negócios, relações, etc. Ou seja, a decisão não pode ser acidental, mas sim objeto de profunda reflexão e incessante debate.

O segundo ponto importante da reprodução aqui dessa decisão é o motivo pelo qual se entendeu pela mudança da jurisprudência anterior da própria Corte. Como se lê da própria ementa, compreenderam os integrantes da Segunda Turma do STJ que a conclusão que se tinha anteriormente acabou se tornando insustentável frente à evolução do pensamento jurídico e da própria compreensão do Direito, em que não se pode conceber que uma decisão repleta de características de *judicial* seja tida como meramente *administrativa*. A evolução necessária a superação, portanto, aqui foi de cunho eminentemente jurídico.

O terceiro aspecto relevante é o de que o Superior Tribunal de Justiça considerou estar fazendo “*overruling*” não de um precedente, mas de sua jurisprudência. Isto é, não se deu a revogação de um precedente propriamente

dito, mas apenas uma modificação no sentido que reiteradamente se seguia naquele tipo de discussão³³.

De qualquer forma, posta de lado essa pequena incongruência técnica, o julgado segue representando, de algum modo, o que efetivamente representa o *overruling*. Houve ali, uma mudança de posicionamento oriunda da compreensão de que a solução a que se chegava em casos análogos não mais se mostrava em consonância com o sistema como um todo. A propósito, veja-se trecho de artigo de DANIEL MITIDIERO sobre o tema:

A superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo de contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling principle*).³⁴

Em sentido semelhante, BRUNO GARCIA REDONDO:

Consiste o *overruling* na técnica pela qual o precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*), revogado expressamente por outro precedente. O *overruling*, em regra, deve ser praticado pelo mesmo tribunal, pois aquele que fixou o precedente é que deve ter o poder de abandoná-lo. A superação do precedente pode ocorrer por qualquer motivo, sendo os mais frequentes os seguintes: (a) quando o precedente está obsoleto ou desfigurado; (b) quando é absolutamente injusto, incorreto ou equivocado; (c) quando se revela inexecutável na prática; (d) quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social ou passa a negar proposições morais, políticas e de experiência; e (e) quando não tem consistência sistêmica, deixando de guardar coerência com outras decisões ou com novos dispositivos legais.³⁵

O que daí se extrai, em cotejo com a decisão mencionada acima, é que o critério adotado pelo STJ para o dito *overruling*, ainda que não mencionado expressamente, é o de que os julgados anteriores sobre o tema ali vertido não mais possuíam *replicability* (i.e., a possibilidade de adoção de *suaratio*

³³ Sobre as distinções entre precedente e jurisprudência: MARIONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 288-290.

³⁴ MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*. vol. 229, pp. 51-74, março/2014.

³⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da Teoria Geral do Precedente Judicial: Identificação, Interpretação, Aplicação, Afastamento e Superação. *Revista de Processo*. vol. 217, pp. 401-418, março/2013.

decidendi noutros processos) sem que a própria conclusão perdesse seu sentido e, assim, a legitimidade do *stare decisis*.

É muito importante que se faça aqui, também, a diferenciação entre *distinguishing* e *overruling*. No primeiro, o precedente não perde sua força, sua legitimidade ou sua obrigatoriedade, mas apenas é afastado da decisão daquele caso específico, sem que se diga que a conclusão nele cristalizada esta em si equivocada. No segundo, diferentemente, entende-se que a decisão não mais se sustenta por completo, independentemente do caso concreto que esteja posto, como bem salienta MARCO FÉLIX JOBIM, analisando a obra de THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE:

O autor, em capítulo destinado ao estudo da *distinguish*, salienta ser ela um dos institutos que caracterizam o Common Law, diferenciando-se do *overruling*, por não se tratar de superação de precedente, mas em razão de apenas não ser aquele precedente aplicado a determinado caso concreto, o que pode ser pelo simples motivo de exceção à norma estabelecida pela decisão, seja por uma interpretação mais restritiva desta mesma norma.³⁶

A noção de que o instituto do *overruling* é imprescindível ao desenvolvimento de uma verdadeira cultura de valorização e respeito aos precedentes parece inevitável. Deixar de prever mecanismos como esse é, claro, engessar o sistema por completo, fazendo com que decisões tenham eficácia temporal quase que irrestrita, algo que não se coaduna com a evolução social, econômica, ética, etc.

Essa percepção, entretanto, causa preocupação em seguida, quando se percebe que o Código de Processo Civil de 2015, apesar de buscar implementar a cultura dos precedentes com mais força no país, pouco fala acerca da superação ou da revogação. E, pior, quando fala parece cometer grave equívoco.

O artigo 489 do CPC talvez seja aquele de cunho mais inovador para a prática forense, porque impõe ao magistrado a obrigação de cumprir uma série de exigências quando da prolação de sentença no quesito fundamentação. Ao

³⁶ JOBIM, Marco Félix. A técnica do *distinguishing* a partir da análise do julgamento do caso Escola vs. Coca-Cola Bottling Co. *Revista de Processo*. vol. 237, pp. 403-419, novembro/2014.

menos em tese, esse dispositivo tende a diminuir decisões modelares e protocolares que, de tão genéricas e desvinculadas da realidade do processo, poderiam ser aplicadas quase que automaticamente a demandas de determinada espécie. A ideia do legislador, como se vê, é interessante.

Ocorre que um dos incisos desse artigo, ao indicar um requisito “essencial” da sentença, determina o seguinte:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença
(...)
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A parte que interessa neste momento é a final do inciso VI, que caracteriza como lacunosa a sentença que, deixando de seguir precedente invocado pela parte, se omite em relação à demonstração de existência de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente. E o problema que aí existe é muito grave.

Lendo-se esse dispositivo em sentido contrário, entende-se que uma decisão que deixa de aplicar precedente invocado pela parte estará “bem fundamentada” se demonstrar adequadamente os motivos pelos quais entendeu pela “superação do entendimento” manifestado naquele precedente. Ou seja, ao menos pela literalidade do artigo, permite-se que o julgador de primeiro grau, ao sentenciar, afaste-se deliberadamente de um precedente formalmente constituído, desde que demonstre a “superação do entendimento”.

O problema é evidente. Em um sistema que privilegia as Cortes Supremas e os métodos pelos quais elas editam precedentes – sempre precedidos, claro, de profunda reflexão e árdua discussão – não pode coexistir com a previsão de que um juiz de primeiro grau, a seu livre arbítrio, entenda que está “superado” o precedente emitido pelas mais altas cortes do país. Na verdade, como mencionam HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES E ALEXANDRE BAHIA, a revogação do precedente é dada única e tão somente àquele órgão que o editou, seja por provocação de uma parte, seja de ofício:

Não bastasse, há duas técnicas que nos interessam em particular. Uma delas é o método de superação dos precedentes (overruling): os demandantes podem postular, junto à Corte que emitiu o precedente (ou esta pode fazê-lo, de ofício), a abolição/releitura do antigo precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhes deram origem.³⁷

É curiosa a redação do artigo 489, VI, porque ela acaba indo em direção contrária não apenas àquilo que a doutrina maciçamente diz sobre o tema, mas também ao que o próprio CPC/2015 determina noutros artigos. Vejam-se, especificamente, os que seguem.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

§2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

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

§4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

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

Ao contrário do que dispõe o artigo 489, VI, portanto, diversos dos dispositivos que seguem tratam os precedentes com muito mais seriedade e rigor, impondo procedimentos específicos para sua revogação e, inclusive, possibilitando a realização de audiências públicas prévias à superação do entendimento anterior. Como se vê, o Código exterioriza a importância dos precedentes como fonte do direito e como elemento gerador de confiança por parte dos jurisdicionados, ao mesmo tempo em que faculta que magistrados de piso o ignorem por completo. Verdadeiro contrassenso.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. vol. 189, pp. 9-52, novembro/2010.

A doutrina dos países da *common law*, tratando da autoridade do precedente e da impossibilidade de “segundas opiniões” sobre eles por parte das instâncias “inferiores” vai no mesmo sentido, como se extrai da lição de DOUGLAS E. EDLIN:

The rule model of precedent requires courts to follow qualified precedent rules without deliberating about whether the results they prescribe are correct, all things considered. Courts may not second-guess the outcomes of rules, nor may they “distinguish” rules that appear to produce the wrong result in a particular case. When precedent rules are justified as rules – that is, when following the rules in all cases will produce fewer total errors than unconstrained deliberation – then erroneous results in particular cases are simply a by-product of the rules’ generality, which cannot be avoided without losing the benefits of rules.³⁸

Isto é, um sistema de respeito aos precedentes parte da ideia de que as instâncias inferiores àquela cuja incumbência é de editar precedentes (*i.e.*, as Cortes Supremas) devem cumprir as decisões emanadas sem controvertê-las, limitando-se a afastar sua aplicação em casos de distinção relevante (*distinguishing*) como visto acima. Daí que se tenha como tão importante a técnica do *overruling*, como bem salientado por LUIZ GUILHERME MARINONI, DANIEL MITIDIERO e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

Em segundo lugar, tendo em conta a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação – seja total (*overruling*) seja parcial.³⁹

Os autores também mencionam o “princípio básico” para que se cogite da superação de um precedente (*basic overruling principle*):

A superação de um precedente (*overruling*) 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 sua replicabilidade (*replicability*), com o que o precedente deve ser superado. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de um precedente (*basic overruling principle*).⁴⁰

³⁸ EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 49 (disponível em <http://legalportal.am/download/library/p16v8r9ohm1od81qei1l25l5vj243.pdf>)

³⁹ Novo Curso de Processo Civil... p. 616.

⁴⁰ Idem.

Aproximando-se essa lição de casos concretos, quer-se dizer que a superação do precedente tem vez quando se perceber que sua aplicação em casos futuros e semelhantes não mais faz sentido (*i.e.*, não há mais replicabilidade), seja pela falta de congruência social (porque os tempos mudaram, simplesmente), seja pela falta de coerência sistêmica (no cotejo com outras normas aplicáveis). Como defendido por MARINONI, portanto, na verdade essa técnica não representa o enfraquecimento da cultura dos precedentes, mas, muito pelo contrário, mecanismo para que se mantenha rígida a observância e a obrigatoriedade dessas decisões, certamente desvirtuadas pouco a pouco quando aplicadas de modo desacertado.

Um adequado sistema de precedentes deve ser capaz de garantir, de um lado, a estabilidade das decisões proferidas nesse regime por suas Cortes Supremas, sem o que a atividade desses órgãos jurisdicionais de nada têm sentido; no Brasil, especificamente, o STJ e o STF existem para dar a mais adequada interpretação que se pode fazer da legislação federal e da Constituição, e se as instâncias inferiores não respeitam o que daqueles Tribunais emana, perde-se totalmente o sentido. De outro lado, no entanto, é imperioso que esse mesmo sistema traga mecanismos aptos a permitir que conclusões exaradas em precedentes não estejam livres de críticas e possibilidades de mudança, o que constitui, no fim, a função do *overruling*.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se deixar muito assente no corpo deste trabalho a importância do sistema de precedentes. Fundamentalmente, tudo que em torno dele gira está ligado à noção de isonomia e de segurança jurídica, pilares de uma sociedade justa, previsível e suficientemente estável do ponto de vista da aplicação do Direito.

Procurou-se também, por outro lado, trazer à tona importantes mecanismos e técnicas do sistema de precedentes que, a despeito de aparentemente contrários à doutrina do *stare decisis*, na verdade em muito contribuem para o fortalecimento da autoridade dos precedentes. Se o sistema se tornasse mais rígido e fechado do que o necessário, invariavelmente ele tenderia a ruir a partir da prolação de decisões inadequadas ao caso concreto. É justamente aí que repousa a importância dos institutos da *distinguishing* e do *overruling*.

Se o que incessantemente se busca no âmbito da teoria dos precedentes é a maximização da ideia de “*treat like cases alike*”, nada pode ser mais relevante do que criar e difundir mecanismos capazes de afastar da *binding decision* casos com particularidades que merecem atenção especial. A generalização indevida é a maior inimiga de um sistema de precedentes que se preste.

Ao fim e ao cabo, portanto, a questão é interpretar adequadamente e pelos órgãos certos (Cortes Supremas) e criar forte vinculação das instâncias inferiores ao que já foi decidido pelos mais elevados órgãos do Judiciário. Mas isso sem jamais descurar da riqueza do Direito e da infindável possibilidade de a vida trazer ao julgador temas diferentes de tudo que já se viu – ainda que aparentemente semelhantes ao oceano de experiências passadas. Deve-se respeitar ao máximo o precedente, mas sempre atento à compreensão de que tão injusta quanto uma decisão que aprecia mal as provas é aquela que, na ânsia de baixar pilhas e maximizar números, aplica a casos materialmente

diversos decisões padronizadas. Porque é contra decisões e medidas simplistas que se precisa trabalhar.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. – São Paulo: Editora Landy, 2001.

ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. – São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1284520/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 08/03/2013

_____. Recurso Especial 1.414.391/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 10/05/2016, DJe em 17/05/2016.

CAPONI, Remo. Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti. *Revista de Processo*, vol. 213, pp. 217-244, nov/2012.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EDLIN, Douglas E. *Common Law Theory*. – Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 49 (disponível em <http://legalportal.am/download/library/p16v8r9ohm1od81gei1l25l5vj243.pdf>), acesso em 07/06/2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

JOBIM, Marco Félix. A técnica do distinguishing a partir da análise do julgamento do caso Escola vs. Coca-Cola Bottling Co. *Revista de Processo*, vol. 237, pp. 403-419, novembro/2014.

STRECK, Lênio. *O que é isto – o precedente judicial e a súmula vinculante?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Os Precedentes da Dimensão da Segurança Jurídica, *in Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual* (coord. Araken de Assis et al). – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Precedentes Obrigatórios*, 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. *Revista de Processo*. vol. 229, pp. 51-74, março/2014.

_____. ALVARO DE OLIVIERA, Carlos Alberto. *Curso de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código de Processo Civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. *Revista de Processo*, vol. 136, pp. 151-196, jun/2006.

PEIXOTO, Ravi. O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015 – Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). *Revista de Processo*, vol. 248, pp. 331-355, out/2015.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

RE, Edward Domenic. Stare Decisis. *Revista de Informação Legislativa* n. 122. mai/jul 1994 (trad. Ellen Gracie Northfleet).

REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da Teoria Geral do Precedente Judicial: Identificação, Interpretação, Aplicação, Afastamento e Superação. *Revista de Processo*. vol. 217, pp. 401-418, março/2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*, vol. 199/2011, pp. 139-155, set/2011 (trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luis Monteiro).

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. vol. 189, pp. 9-52, novembro/2010.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. *Revista de Processo*, vol. 218/2013, pp. 99-109, abr/2013 (trad. Flávio Portinho Sirangelo).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: civil law e common law. *Revista de Processo*. vol. 172/2009, pp. 121-174, jun/2009.