XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

GIOVANNI OLSSON

ISAAC COSTA REIS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Giovanni Olsson; Isaac Costa Reis - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-412-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais.

4. Interpretação. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Brasília entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, teve como tema central "Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do Direito nas Políticas Públicas."

Ao longo de três dias, professores e pesquisadores de todo o Brasil debateram as principais questões ligadas aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, os Grupos de Trabalho intitulados "Processo, jurisdição e efetividade da Justiça" ocuparam importante lugar, já que tratam do escopo último do aparato judicante do Estado: a efetividade do acesso.

Na tarde do segundo dia do evento, foi apresentada a produção acadêmica de Programas de Pós-Graduação por docentes, mestrandos e doutorandos de todo o país, sob a coordenação dos Professores Dr. Giovanni Olsson, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ) e Dr. Isaac Reis, da Universidade de Brasília (UnB).

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo em torno dos temas.

Um primeiro bloco agrupou artigos que discutiram o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo, inscrito no Código de Processo Civil de 2015, bem como sua repercussão na esfera recursal e na relação com outros institutos e teorias. Seguiu-se um conjunto de trabalhos que tomaram como objeto de pesquisa o modelo de precedentes e o modo como ele tem sido gestado e gerido por um Poder Judiciário cada vez mais atuante. O terceiro bloco de trabalhos teve como foco o estudo dos meios alternativos de solução de conflitos como afirmadores da autonomia individual e do ideário de democracia deliberativa, muitas vezes ameaçado pela morosidade e pelo caráter binário (perde/ganha) do processo contencioso oficial. O último grupo de pesquisas tratou de questões processuais práticas, como o impacto do Novo CPC na prática dos Juizados Especiais, debates relativos ao processo executório, à tutela de evidência, ao agravo de instrumento e à coisa julgada.

Aos longo das discussões, foi ressaltada a necessidade de se produzir pesquisas empíricas que revelem o verdadeiro significado da noção de "acesso a" e "efetividade da" justiça do ponto de vista dos cidadão e cidadãs, tendo-se em mente a íntima conexão entre os

procedimentos, estatais ou não, de gestão de conflitos e o exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Vê-se, assim, que as contribuições das autoras e autores presentes ao grupo de trabalho, bem como os intensos debates ocorridos, demonstraram relevância inquestionável para a qualidade da produção acadêmica nacional na área do Direito, conectando questões outrora tidas como puramente técnico-processuais à realização efetiva de direitos e do ideal democrático.

Profª. Drª. Edith Maria Barbosa Ramos (UFMA)

Prof. Dr. Giovanni Olsson (UNOCHAPECO)

Prof. Dr. Isaac Reis - UnB

OVERRULING E A EVOLUÇÃO DAS DECISÕES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

OVERRULING AND THE EVOLUTION OF BRAZILIAN JUDICIARY DECISIONS

Fernanda Claudia Araujo Da Silva

Resumo

Interpretações são indispensáveis à jurisdição, pois a lei não consegue acompanhar a dinamicidade da sociedade, que se movimenta numa velocidade suficientemente a ultrapassar os valores existentes. Judiciário como protagonista da interpretação criadora restringindo ou ampliando a lei e fundamentando decisões, a construir entendimentos capazes de difundir os Tribunais. A exegese não pode cristalizar. Jurisprudência é fonte do Direito com valores axiológicos e de autonomia, e traz a atualização de valores, que se perdem na sociedade, colocando a jurisprudência entre a lei e o Direito. Assim, será realizado um estudo da mudança de paradigma da existência dos precedentes e do overruling.

Palavras-chave: Jurisprudência, Overruling, Precedentes, Demandismo, Judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

Interpretations are indispensable to the jurisdiction, because the law can not keep up with the dynamicity of society, which moves at a speed sufficiently to surpass existing values. Judiciary as the protagonist of the creative interpretation restricting or extending the law and grounding decisions, to build understandings capable of spreading the Courts. Exegesis can not crystallize. Jurisprudence is a source of law with axiological values and autonomy, and brings the updating of values, which are lost in society, placing jurisprudence between law and law. Thus, a study of the paradigm shift of precedence and overruling will be carried out.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisprudence, Overruling, Precedents, Demandismy, Judiciary

1 INTRODUÇÃO

As relações sociais cada vez mais se mostram conflituosas e levam diversas circunstâncias ao Judiciário, de forma que ele vai se abarrotando de demandas para proferir decisões em todos os sentidos, como sentenças e decisões no curso do processo, e, muitas vezes, prolongam-se às instâncias superiores o que concretizam num assoberbamento de ações, mitigando a eficiência e a celeridade na apreciação das demandas judiciais.

Percebe-se que a análise da jurisdição, da ação e do processo hoje devem ser observadas sob a ótica da efetividade, isso porque o demandismo é ponto peculiar da quantificação no âmbito jurisdicional, devendo ter dois alcances: um estrutural e outro, consistente em um mecanismo de solução de proferimento de decisão judicial. A função jurisdicional é defina pela ideia de justiça (HOMEM, 2001 p.51)

A questão estrutural do Judiciário deve ser entendido como um órgão estatal, não na sua função típica (a jurisdicional), mas como órgão administrativo, o que se possibilita a inserção de uma análise administrativa, melhorando a atuação e funcionamento administrativo segundo os direcionamentos da eficiência, segundo o Art. 37, *caput*, da Constituição de 1988.

No campo específico do Poder Judiciário, ou seja, na sua função típica (jurisdicional) os mecanismos vigentes devem ser entendidos com a sociedade e gerir seus litígios à altura da complexidade e da quantidade de litígios propostos atualmente e, que, a cada dia, são marcados por novos tipos de conflitos, problemas e dilemas, e, principalmente, nas cortes superiores.

Isso quer dizer que mecanismos impeditivos processuais tem sido regulados pela legislação processual, como também súmulas, precedentes e mecanismos de julgamento coletivo.

Essa é a tentativa de mudança jurisdicional típica. Mas também, por outro lado, esses mecanismos não podem ser considerados como elementos rígidos, sob pena de afetar a função jurisdicional, principalmente as jurisprudências e as súmulas.

Assim, será realizado um estudo introdutório acerca dos mecanismo de mudança e solução para a resolução de litígios. Em seguida, um estudo sobre os precedentes, e, por último, um estudo do instituto do *overruling* e sua aplicação no âmbito dos tribunais.

O trabalho foi realizado com base na doutrina vigente e sob a análise de uma postura dos tribunais brasileiros. Além disso, traz um referencial jurídico-filosófico do entendimento dos tribunais brasileiros e seu aparato legal no novo Código de Processo Civil que, mesmo sem se utilizar expressamente das expressões *overruling* e *prospective overruling*, *antecipatory overruling*, pode-se compreender o sentido da intenção do legislador de 2015, com o NCPC.

2 OS PRECEDENTES NO COMBATE AO DEMANDISMO JUDICIAL

A jurisprudência é o primeiro termo que pode ser conceituado como soluções dadas pelos tribunais para as questões propostas pelo Direito.

Ela se inicia como um movimento decisório e constante sobre um determinado ponto discutível, em que a lei não mais se apresenta como um ícone automático da subsunção da norma ao fato, mas apresenta a necessária carência de harmonizar a lei às necessidades contemporâneas e de se preencher suas lacunas, como um benesse. Por isso, Ihering (2001, p.35) diz que "a luta indispensável ao nascimento de um direito não é um castigo, mas uma graça".

Há uma conceituação que deve afigurar no ordenamento jurídico brasileiro que é a obediência à jurisprudência, mesmo sendo tradição dos Estados anglo-saxão do Direito, mas como forma de mecanismo judicial e condicionante à natureza de fonte do Direito.

O Estado brasileiro, a partir da Constituição de 1988, apoderado do preceito democrático clama por intervenção na busca por proteção de interesses, e repensando para o Judiciário, observamos que: "[...] a natureza institucional do poder do Estado democrático postula a intervenção dos tribunais na defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, mesmo na situação em que a violação destes direitos resultou precisamente de uma decisão judicial" (HOMEM, 2001, p. 102-103).

2.1 O Sistema de precedentes no Brasil

Há uma quebra à dogmática judiciária nacional, como uma evolução dos conceitos de demanda e justiça, abolindo a interdependência do Juiz à legalidade (o Juiz *bouche de la*

loi, de Maquiavel) mas sob o fundamento desse novo constitucionalismo e de se utilizar técnicas interpretativas e até mesmo diante da omissão normativa.

A questão da interpretação não impõe certeza no posicionamento jurídico, porém dá a compreensão de segurança à prestação jurisdicional. Mauro Cappelletti propõe a validade da criatividade da função jurisdicional e assevera que:

> Apresso-me em advertir não constituir propósito das páginas que seguem sugerir, inteiramente, a existência de um profundo fosso entre as maiores famílias jurídicas do mundo contemporâneo. Tal fosso, se acaso existiu, vem sendo superado pelo menos em parte, como de resto confirmado pelo próprio fato, repetidamente observado, de que, em linha de princípio, os resultados deste estudo – sobre a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época etc. – aplicam-se a ambas famílias jurídicas. (CAPPELLETTI, 1993, p. 116)

O judiciário deixa de ser o mero aplicador da lei e impõe "o sistema de precedentes se revela de grande importância a fim de conferir segurança às partes e permitir que o advogado tenha condições de orientar seus clientes sobre como os tribunais estão decidindo determinada situação concreta" (GARCIA, 2011, p.14).

Os precedentes garantem a estabilidade e a previsibilidade do sistema jurídico e protegem a ordem constitucional, a permitir que as cortes judiciais possam repensar suas decisões com uma certa carga de características que a fundamentam seus posicionamentos sem um contexto absoluto.

Em uma crítica André Garcia comenta a falha terminológica e técnica do novo Código de Processo Civil, no sentido da ausência de um sistema de precedente expresso e delimitado para se reconhecesse a eficácia vinculante dos fundamentos das decisões judiciais e de uma "abordagem das noções de *ratio decidendi*, *obter dicta*, *distinguishing*, *overruling*, *prospective overruling*, *antecipatory overruling*, *overriding*" (GARCIA, 2011, p. 19).

Não há portanto, a expressão desses termos, mas o Art. 489, § 1º, do NCPC com o intuito de que as decisões judiciais sejam tomadas com coerência ou integridade diante das demais decisões e posicionamentos proferidos sobre a temática. Senão vejamos:

> Art. 489 - *omissis*
>
> § 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.

Não só nesse dispositivo, mas nos Arts. 926 e 927 do NCPC:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
>
> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade;
> II os enunciados de súmula vinculante;
> III os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;
> V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
> § 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.
> § 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 STF 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.

Nessa sincronia de mudança de paradigma da jurisprudência nacional, aponta-se que mesmo numa definição metodológica ausente dos institutos, mas percebe-se uma compreensão técnica de interpretação, superação, precedente e aplicação dos precedentes na construção do Poder Jurisdicional proposto pelo novo CPC que deu ensejo e valor ao plano jurisprudencial.

Porém, mesmo não existindo na Constituição de 1988, não há necessidade de se mudar a descrição constitucional e legal, pois no lúcido dizer de André Garcia (2011, p. 19), “Como parece óbvio, é da própria previsão de tribunais com competência para dar unidade ao Direito e da necessidade de coerência como qualidade ínsita ao sistema jurídico que surge a necessidade de respeito aos precedentes”.

Isso porque o Estado de Direito possuiu uma ordem jurídica produzida pelo Judiciário, e não apenas pelo Poder Legislativo e principalmente pelas funções precípuas do Superior Tribunal de Justiça- STJ, a qual interpreta e resguarda a legislação federal e o Supremo Tribunal Federal – STF, enquanto guardião a Constituição Federal.

Aliado a esse entendimento de André Garcia, deve ser apontada a extensão territorial brasileira com a estruturação do federalismo que transcende ao Judiciário (Justiça Federal e Justiça Estadual), o que enfatiza a precisão de se tornar o precedente imprescindível a manutenção interpretativa das cortes de Justiça.

A inovação legislativa coloca o juiz como protagonista dessa atuação jurisdicional inspirada na teoria de Ronald Dworkin (2003, p. 275-277) a qual estabelece:

> Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos.
> [...]
> Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de "romance em cadeia".
> Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.
> [...]
> Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.
> [...]
> Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte.

Ronald Dworkin correlaciona dentro do Direito os princípios de justiça, equidade e do devido processo legal, a indicar que os repertórios jurisprudenciais devem fazer parte da fundamentação judicial, propondo regras em suas decisões quando proferidas, bem como para decisões a serem proferidas o futuro, demonstrando a continuidade e dinamicidade do Direito (DWORKIN, 2003, p. 272-273).

Aliás, as decisões dos tribunais fundamentam-se em decisões anteriores e se adequam a um novo entendimento para a nova decisão. E, nesse entendimento dialético-normativo, os tribunais passam a constituir novas argumentações jurídicas, sem uma ruptura da argumentação anterior, mas dentro de uma nova visão. Essa ponderação argumentativa não se trata de um entendimento pessoal, mas um posicionamento com uma prospecção intersubjetiva.

Porém, o juiz não pode ser considerado neutro, ele tem suas convicções pessoais, mas, a motivação da decisão guarda relação com seu entendimento, sem ensejar uma postura tirânica e absoluta, mesmo porque expressamente a Constituição expõe uma ampla motivação no Art. 93, *in verbis*:

> [...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Uma ordem doutrinária e de fundamentação jurídico-filosófica com outra pragmática constrói-se um referencial de precedentes. As palavras de Lênio Streck são no sentido de que:

> Numa palavra final, não podemos admitir que ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta "superação" da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a "dobra da linguagem", vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da “superação” da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático. (STRECK, 2011, p. 538-539)

Ora, os precedentes judiciais, nos termos dos Arts. 489, § 1º, inciso VI, 926 e 927, todos do NCPC devem, expressamente, prevalecer na decisão judicial aplicável ao caso concreto, constituindo assim a fidelidade do precedente e capaz de enfrentar a distinção da decisão proferida anteriormente e a nova decisão (MARINONI; ARENHART; MIDIDIERO, 2015, p. 494).

Não se está a discutir mais o princípio do livre convencimento e tão somente a utilização legal dos dispositivos previstos no NCPC, sob pena de se violar o princípio legiferante do Estado democrático de Direito. Por isso, Ronald Dworkin diz:

> Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com a importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada.
> Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte,

> princípios. Esses padrões incluem a doutrina da "supremacia do Poder Legislativo", um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do status quo, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória. (DWORKIN, 2002, p. 60)

Em nenhum momento, Dworkin menciona a invasão de distribuição dos poderes, segundo o direcionamento estatal, nem tão pouco, confronta a doutrina dos precedentes ou da supremacia do Poder Legislativo.

3 *OVERRULING* NA SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

A utilização dos precedentes é considerado um mecanismo judiciário, ou melhor, de técnica judicial, de onde se fundamentam e se extraem razões para a decisão judicial, sendo, portanto, a *ratio decidendi*, amoldando a sua aplicação a um caso concreto, o que não se confunde com a jurisprudência, pois está é considerada a reiteração de precedentes num determinado tribunal, que também não se confunde com a súmula que é a normatização do enunciado do precedente que se consolidou, superando, portanto o próprio precedente judicial. Principalmente porque,

> Na medida em que o Direito é um saber prático que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador, estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do modus operacional do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente e que passadas mais de duas décadas, longe está de ser concretizado. (STRECK, 2009, p. 383/384)

Há uma conectividade gerada entre o precedente e a sumula do tribunal, considerando-se uma verdadeira técnica de minimização temporal do processo no âmbito das cortes colegiadas do Judiciário Nacional, mas, por outro lado, não pode ensejar um engessamento da fundamentação e dos entendimentos, mesmo porque seria uma contradição à própria função jurisdicional, enquanto realização da ciência jurídica. Mas, também, não poder ser um mecanismo flexível a gerar uma insegurança jurídica ao direito e à sociedade.

Por isso, os mecanismos de superação dos precedentes são, talvez, mais rigorosos do que sua criação, de forma a justificar e fundamentar a mudança. Esse mecanismo chama-se *overruling* e pode ter dois efeitos: denominado de efeito prospectivo, com eficácia *ex nunc* ou de efeito retrospectivo, com eficácia *ex tunc*.

O *overruling* prospectivo alcança as novas decisões sem atingir as situações anteriormente já julgadas. Mas se o precedente é recente e ainda não está consolidado, pode-se falar em *overruling* retrospectivo alcançando efeitos retroativos.

O *overruling* não pode ser confundido com outros mecanismos que apontam a superação dos entendimentos dos tribunais como o *signaling* e o *distinguishing*.

No *signaling*, o respectivo Tribunal já começa a dar sinais de que a jurisprudência vai ser alterada ou que seguirá outro entendimento. Essa identificação é encontrada no voto do relator ou na própria decisão quando aponta uma saída. Um exemplo claro ocorreu quando do julgamento da ADI nº 4277-DF, em que o Ministro Relator da Ação entendeu a encampação da ADPF anunciando o pronunciamento nessa outra ação e não na declaratória de inconstitucionalidade e assim exarou a ementa:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.
>
> 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA [...]
>
> 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA [...]

O *distinguishing* consiste em um método de comparação entre a situação que está sendo julgada e o precedente já existente, portanto, apenas uma técnica de interpretação em se analisar o precedente e aplicá-lo ao caso concreto. Essa técnica de decisão no âmbito dos tribunais não altera a coisa julgada, ou a viola, apenas concede um efeito *erga omnes* ao precedente.

3.1 *Overruling:* a quebra dos posicionamentos engessados dos tribunais

Para que o *overruling* seja o instrumento impeditivo de engessamento dos entendimentos dos tribunais, primeiro tem que se observar o conceito da expressão e o alcance nos tribunais brasileiros.

Apesar da expressão não ter uma tradução literal para a língua portuguesas, mas é entendido como um mecanismo de mudança de entendimento junto às decisões no âmbito dos tribunais, quando do julgamento do caso concreto verifica-se a mudança de paradigma do entendimento, ensejando assim, a revisão.

A identificação da mudança de entendimento dos tribunais têm base no próprio conceito de ciência (ciência jurídica), a qual não tem o condão absoluto, ao contrário, dialeticamente já se propõe a rever seus conceitos e entendimentos, o que não seria diferente no âmbito dos tribunais em que operadores do direito fazem ciência. Nesse sentido, calha o pensamento de Veiga-Neto:

> [...] cada um constrói, a seu modo e nem sempre declaradamente, uma teoria da Ciência que não pretende dar conta (decifrar, desvelar, revelar ou estabelecer a verdade estável porque última) da essência do saber científico mas, antes, propõe, cada uma delas, perspectivas analíticas completamente novas e produtivas para a compreensão da atividade científica e do papel dessa atividade em nosso mundo de hoje (VEIGA-NETO, 1994, p. 21).

A mudança da jurisprudência ocorre como decorrência da evolução do ordenamento jurídico e da evolução fático-histórica apoiado a um condicionamento interpretativo constitucional ou mutação constitucional que lhe dá um outro entendimento a medida que o tempo vai passando.

Em razão dessa mudança, *overruling* pondera-se como instrumento de mudança de entendimento quando da existência de casos concreto, respeitando as decisões anteriores, por uma questão de segurança jurídica.

Mas também, se a prospecção da mudança alcança um momento póstero, ocorre o *prospective overruling*, no sentido de que o tribunal reconhece a mudança de posicionamento da decisão, mas com aplicação em situações porvindouras.

Isso porque as normas findam com sua interpretação (GRAU, 2006), mesmo sem alteração do texto legal, o que não impede que a superação da jurisprudência de um determinado tribunal não possa sofrer interpretações para atingir situações venturas.

Desse parâmetro se extrai que os entendimentos possam enquadrar-se no sentido de que os Tribunais têm a prerrogativa de mudar seus posicionamentos (princípio do livre convencimento), dando novas interpretações a fim de coibir a estagnação do direito, o que no dizer de Carnelutti (1979), o juiz ao julgar é ao mesmo tempo juiz da parte e do próprio legislador. O pensamento de Francesco Carneluttti é de que o juiz sujeita-se não à parte ou a própria lei, mas ao sentido existente e à finalidade da lei.

Analisando essa atuação do juiz (ou tribunal) ao se permitir a mudança de pensamento em suas decisões também não se pode dar uma interpretação subjetiva, de valores próprios (pessoais), mas, dentro de um conceito transindividual na estrutura do ordenamento jurídico. Por outro lado, o juiz mão pode transferir ao legislativo a responsabilidade de legislar para atender novos casos e atender aos valores do ordenamento jurídico.

Também, deve ser entendido como sendo o precedente um instrumento vinculativo, ou seja de aplicabilidade por ordem do CPC, primeiro porque já servem de parâmetro às outras decisões e estão nos tribunais com esse propósito e segundo porque tem força vinculativa.

Agora, essa vinculação é de maior ou menor grau, a depender da discussão jurídica de que se coloca na questão, mesmo porque a lei processual não explica, apenas emprega a palavra utilizada (Art. 926, § 2.º, Art. 489, § 1.º, V e VI; Art. 927, § 5.º). Essa situação conduz a uma outra questão, a saber: se o precedente é fonte primária do direito ou se é fonte secundária?

O NCPC em sua análise, observa-se que ele é fruto, na maioria das vezes, de entendimentos judiciais os quais foram gradativamente sendo inseridos nos trâmites processuais pior julgados, uniformizações e entendimentos majoritários.

A lei em si, como espécie normativa tem força vinculante, e condiz a sua utilização como mecanismo processual dentro do sistema jurídico. A vigor toda decisão judicial tem força vinculante no âmbito do próprio processo em foi proferida a decisão, sendo a "força vinculante" da própria autoridade da decisão judicial (atributo da sua condição de poder estatal). Mas não é essa a dimensão da força vinculante. A situação reside em saber se a decisão tomada por um tribunal em um dado caso vincula os órgãos jurisdicionais inferiores ou em relação a outros casos. Há três termos que precisam ser distinguidos: "vinculação", "força vinculante" e "eficácia vinculante".

Essas acepções correspondem a diferentes graus de impositividade da decisão judicial.

A primeira "vinculação" (fraca) é utilizada para designar a força de um determinado precedente jurisprudencial, típico do sistema *civil law*.

A segunda possui um vinculação de força média diante da existência de precedentes ou de uma orientação jurisprudencial consolidada, em que a lei autoriza os órgãos judiciais ou da Administração Pública a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo.

Na terceira, a vinculação forte, ou força vinculante em sentido estrito é própria da imposição da adoção do pronunciamento que se reveste de tal força, pelos demais órgãos aplicadores do direito (órgão judiciais de grau de jurisdição inferior e, eventualmente, órgãos administrativos), e de forma geral dentro do mesmo tribunal.

Porém, ante do NCPC já haviam decisões com força vinculante e com efeito erga omnes (em sentido estrito) e principalmente diante de instrumentos previstos na Constituição, como o controle concentrado de constitucionalidade desempenhado pelo STF, na arguição de preceito fundamental e na súmula vinculante.

3.2 A mudança de paradigma jurisprudencial: a justificativa do *overruling* para se evitar a cristalização do Direito

Alinhando-se ao entendimento de Spota (1985) a jurisprudência é o mecanismo de aperfeiçoamento e desenvolvimento do bem-estar social, o qual deve ser acompanhada pelos elementos de alta valoração axiológica do Direito para que não se cometa injustiças.

Assim, a mudança de entendimento da jurisprudência deve ser considerada como sendo uma complementação ao ordenamento jurídico, trazendo para o presente momento e não deixando o Direito se engessar, trazendo, a mesma lei ou entendimento para o contexto jurídico mais justo.

Essa, portanto, é a natureza da jurisprudência, que nasceu do *common law* e foi criada para combater o legalismo e posicionar o *case law* nas regras do precedente.

Porém, não se pode torná-las obsoletas, permitindo-se sua reinterpretação, tornando o posicionamento judicial mais próximo à sociedade, fazendo-se justiça com as leis ultrapassadas, dando à lei um caráter mais justo e com melhor solução, pois o legislador não acompanha a velocidade das mudanças sociais, ficando aquém da modernidade. Por isso, buscar ferramentas para remodelar esse ordenamento jurídico e permitir a retirada de um direito engolfado no passado e inerte às mudanças.

Buscar justiça é colocar o Direito numa dialetização de entendimentos e não permitir sua cristalização, pois o Direito, enquanto ciência, não é estático, e se o fosse, seria, no mínimo, injusto à sociedade, não que o Direito seja o fim da justiça, mas o meio desta (KELSEN, 1943) e que necessita se adequar à realidade social, acompanhando as mudanças. Nesse sentido, Andrade (2003, *online*) coloca os valores jurídicos na função jurisdicional e diz que,

> Ao analisar o substrato, o juiz faz uso das normas e dos valores, incluindo seus valores pessoais, para chegar às várias soluções possíveis e, dentre elas, escolher a que melhor realize os valores jurídicos. Ou seja, o juiz deve optar pela espécie que realize o máximo possível de Justiça, Solidariedade, Paz, Poder, Segurança e Ordem.

Outra situação a qual tem que ser lembrada é que o juiz não pode ficar preso ao fato em si ou à norma envolvida, mas numa acomodação em que se coloca a jurisprudência como sendo uma manifestação axiológica do próprio Direito, e além de tudo um conceito aberto, propício a mudanças, não se preocupando na identificação de se ordenamento jurídico brasileiro é consuetudinário ou compatível ao *common law*, mas entendê-lo com órgão aberto a novas discussões, com esteio no Direito romano-germâmico, considerando-o como instrumento evolutivo.

Por isso, “O certo é que o Direito é dinâmico, está sempre evoluindo, modificando-se, acompanhando o ritmo das mudanças a sua volta. O Direito é parte da vida, é parte do Estado, confunde-se com ele e, com isso, vem a principal razão teleológica do estado o bem comum” (MIRANDA, 2015, *online*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As interpretações são indispensáveis à função jurisdicional, pois a lei, por si só, não consegue acompanhar a dinamicidade da sociedade moderna, que se movimenta numa velocidade suficientemente a ultrapassar os valores existentes, ou ainda situações não contempladas na legislação.

O Judiciário enquanto poder, é parte protagonista essencial a essa interpretação criadora restringindo ou ampliando as definições legais e fundamentando suas decisões, a construir um entendimento capaz de difundir para todo o Tribunal.

A exegese, por outro lado, não pode ficar cristalizada diante de transformações sociais, propondo a jurisprudência como fonte material do Direito acobertada por valores axiológicos e de autonomia, a trazer a atualização de valores, pois esses se perdem diante da sociedade movimentada, colocando a jurisprudência entre a lei (*lex*) e o Direito (*ius*).

Dessa forma, as decisões judiciais não estão vinculadas somente à lei, mas aos precedentes judiciais também.

No entanto, se o precedente for invocado, o juiz deverá dar continuidade ao precedente; verificando se é cabível (amoldável), se não há a violação da separação dos poderes e principalmente no que se refere à supremacia do legislativo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronald Castro de. A teoria egológica de Carlos Cossio sob uma perspectiva sociológica da aplicação do Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano

8, n. 68, 2 set. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4309>. Acesso em: 20 maio 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. Tradução da 2. Ed. Italiana de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARCIA, André Luís Bittar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: Uma oportunidade perdida. In: **O Projeto de Novo Código de Processo Civil – Um Estudo em Homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha**. p. 12-20 Salvador: Jus Podium, 2011.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito.** 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

HOMEM, António Pedro Barbas. **O justo e injusto.** Lisboa: Associação académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KELSEN, Hans. **Derecho y Paz em las Relaciones Internacionales**. Trad. De F. Costa. México: Fondo de Cultura Econômica, 1943.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo CPC comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Fátima. **A influência da jurisprudência no direito brasileiro - Parte II**. Disponível em: https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/237337297/a-influencia-da-jurisprudencia-no-direito-brasileiro-parte-ii. Acesso em: 20 de mai de 2017.

SPOTA, Alberto G. **O Juiz, o Advogado e a Formação do Direito Através da Jurisprudência**. Tradução de Jorge Trindade. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1985.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Livraria Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

VEIGA-NETO, Alfredo. (2006) Na oficina de Foucault. In: KOHAN, Walter Omar e GONDRA, José (org). **Foucault 80 anos**. Belo Horizonte: Autêntica.