

**OVERRULING: técnica de revogação de precedentes, para criação de um ordenamento jurídico socialmente congruente.**

Pedro Flávio Cardoso Lucena<sup>1</sup>

Matusalém Jobson Bezerra Dantas<sup>2</sup>

**Resumo**

Com intenção de colaborar com o fim do pensamento de que *Common Law* e *Civil Law* são concepções antagônicas, tenta-se mostrar neste artigo científico, através do estudo do direito comparado, algumas técnicas e doutrinas que se usam hoje no ordenamento brasileiro provenientes do sistema alienígena anglo-saxão. Por fim, dá-se enfoque maior à ferramenta jurídica do *Overruling* (instituto originário do direito norte-americano), abordando a sua forma de instrumentalização contra precedentes socialmente incongruentes no direito brasileiro.

Palavras chave: *Common law*. *Civil law*. Direito Comparado. *Overruling*. Precedentes socialmente incongruentes. Direito brasileiro.

**OVERRULING: technical revocation of precedents to creating a legal system with social coherence.**

**Abstract**

*With the intention to wipe out the thought that Common Law and Civil Law are antagonistic conception, try to show with this scientific article, through the study of comparative law, some techniques and doctrines that we use today in the Brazilian system from the anglo-saxon law system. Finally, we wil focus on the legal tool of overruling (originally from Stare Decisis), addressing its previous form of instrumentalization against socially incongruous precedents in Brazilian law.*

*Key words: Common Law. Civil Law. Comparative Law. Overruling. Precedent socially incongruous. Brazilian Law.*

**INTRODUÇÃO**

Há algumas décadas, o fenômeno da vinculação de precedentes jurídicos no ordenamento brasileiro, não era visto com bons olhos pela doutrina. A pouca informação

---

<sup>1</sup> Aluno: Pedro Flávio Cardoso Lucena. E-mail: royal\_pedro\_flavio@hotmail.com

<sup>2</sup> Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN; Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte exercendo a função de Diretor da 4ª Vara Federal; Professor Assistente do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN da Disciplina de Direito Processual Civil E-mail: matusalem@jfrn.jus.br

acerca do instituto, juntamente com a ideia de contraposição existente entre *civil law* e *common law* no estudo do direito comparado, levava certa desconfiança à matéria e a possibilidade de aplicá-la no sistema jurídico do Brasil era baixa.

Ocorre que, com o surgimento do fenômeno do neoconstitucionalismo, os princípios constitucionais obtiveram destaque em nosso ordenamento, e ideais como o da isonomia e o da segurança jurídica ganharam força, levando a ciência jurídica pátria evoluir em busca de institutos garantidores de tais princípios.

Dessa forma, com o crescimento do ideal neoconstitucional e o progresso dos estudos doutrinários sobre a matéria, cresceu também a necessidade do aumento de conhecimento em relação ao direito comparado em suas mais diferentes formas, pois o direito brasileiro segue uma tendência natural de importação de institutos do direito alienígena, com o fim de agregar, cada vez mais, valores e ferramentas positivas ao nosso ordenamento, que facilitem a solução de problemas processuais e materiais do nosso direito e, principalmente, atenda a demanda social que a ciência exige.

Portanto, o presente artigo tem a intenção de discutir acerca do aumento da utilização de precedentes judiciais no Brasil, demonstrando a tendência vinculativa da matéria originada do *stare decisis* norte americano, bem como discutir o seu funcionamento além da maneira que o mesmo se expressa no ordenamento pátrio.

Por fim, o trabalho abordará o tema do *overruling*, técnica de revogação de precedente, demonstrando sua origem, fundamento, incidência, bem como verificará se existe possibilidade de utilização do mesmo no sistema jurídico tupiniquim, e em sendo positiva a resposta para tal pergunta, algumas maneiras possíveis de incidência dessa ferramenta no sistema da *civil law* brasileira.

## **1. Civil Law x Common Law.**

O universo jurídico sempre foi fortemente marcado por duas correntes que, de forma geral, bipolarizam o direito na parte ocidental do mundo, a *civil law* e a *common law*. No passado, elas eram conhecidas como formas antagônicas e sua atuação conjunta era inimaginável, mas os dias atuais provam o contrário. Esta ideia foi derrubada e, na prática, vê-se uma grande disseminação de ferramentas tanto de uma quanto da outra sendo utilizadas de forma recíproca, levando assim a uma aproximação dos institutos do direito.

Pode-se apontar como fato histórico e também marco divisório da formação destes dois sistemas, a recepção do direito romano. Na *civil law*, os textos romanos foram adotados como fonte originária do direito, diferentemente da *common law*, que se destaca pelo afastamento de tal adoção.

Conforme citado anteriormente, nasce a *civil law* com a recepção dos textos romanos como fonte originária do direito, porém, até o final do século XII, viveu a Europa de acordo com um direito germânico feudal comum, tendo fim com o surgimento do direito neorromano, pois, em regra, os países continentais europeus começaram a aplicar o uso do *Code Civil*, caminhando em terreno oposto ao inglês.

No final do século XII, foram encontrados no norte da Itália, textos legais cujo nome conhecido nos dias de hoje é *Corpus Iuris Civilis*, uma compilação literária dos textos jurídicos da tradição romana, a qual foi estudada e passou a ser objeto de ensino na famosa Escola dos Glosadores. De acordo com Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti (2010, p.21) “aos glosadores cabe o mérito de terem recriado na Europa Ocidental, uma linguagem técnica sobre o direito, de terem criado um novo saber cuja autoridade intelectual seria notável”.

A partir daí, se dispersa conhecimento primeiro na Itália e depois na França, local onde foram concebidas as primeiras sínteses, com a influência da escolástica francesa. A França também é apontada como ponto de partida do que se considera hoje como codificação moderna, pois ocorreram nos primeiros anos do século XIX as codificações napoleônicas e com elas os traços marcantes do que conhecemos hoje da *civil law*.

Em caminho oposto, foram estabelecidos os contornos da *common law*. Em 1066, chegaram à Inglaterra os normandos, dando origem ao começo das modificações no sistema jurídico inglês, pois com eles foi iniciado o período feudal na Inglaterra, contudo de maneira diversa do que ocorria na Europa continental, tendo em vista que suas estruturas feudais detinham menor poder. Isso porque com a sua chegada, estabeleceu-se um poder forte e centralizado pela grande experiência administrativa daquele povo.

Com a centralização administrativa ocorrida, nascem também os Tribunais Reais de Justiça, vulgarmente conhecidos como tribunais de *Westminster*, e como bem explica Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti (2010, p.21):

O *common law* representa um direito uniforme aplicado pelos Tribunais Reais na Inglaterra, podendo-se afirmar, que o momento de nascimento das instituições judiciais centralizadas na Inglaterra dominada pelos normandos se identifica com o momento mesmo de nascimento do Direito inglês, ou seja, do *common Law*. (2010, p.21)

Dessa forma, com o passar do tempo, os Tribunais Reais vão tendo sua competência alargada, fazendo com que as jurisdições municipais, comerciais e senhorias percam importância. Com tal extensão de jurisdição, cresce a ideia de direito aplicado pela própria corte em oposição aos costumes locais anglos saxões, tornando-se assim um direito comum inglês.

A partir daí começou a se desenvolver fortemente a ideia do *common law*. Sua doutrina evoluiu, criou institutos, nasceu o conceito de *stare decisis*, ganhou países adeptos e transformou-se no sistema jurídico que é hoje, irradiando conhecimento até mesmo em ordenamentos partidários da *civil law*. Assim, com essa breve contextualização histórica, começa-se a abordar o estudo do tema da vinculação dos precedentes judiciais, e a utilização da técnica do *overruling*, dando enfoque na possibilidade de sua utilização no ordenamento brasileiro.

### **1.1 *Stare decisis* norte-americano e inglês**

Os Estados Unidos da América e Inglaterra têm seus direitos fundamentados na *common law* e adotam a política do *stare decisis*. Solidificada a partir da influência do modelo capitalista vigente no país, tal política gerou a necessidade da fixação de uma jurisprudência uniforme, dessa forma, o que se pretende é estabelecer uma força vinculativa entre os julgados precedentes e os julgados atuais, fazendo com que casos iguais sejam julgados da mesma maneira. Muito didática e facilitadora são as explicações de Raquel Cardoso Lopes (2007, p.07) sobre o tema quando afirma que “através dessa política obrigam-se as cortes subordinadas a obedecerem aos precedentes estabelecidos por decisão da sua corte de segunda instância e pela Corte Suprema dos Estados Unidos”. Ela mostra como funciona essa política intrinsecamente ligada ao direito norte-americano e, não por coincidência, mas por uma cada vez mais concreta aproximação do direito, podemos comparar (guardada as devidas proporções), por exemplo, essa ideia de subordinação de precedentes que ocorrem nos países anglo-saxões, com as Súmulas Vinculantes que, desde sua criação, são fontes constantes de polêmicas no direito brasileiro. Porém, se engana aquele que pensa terem os Estados Unidos

da América ou a Inglaterra uma jurisdição estática, pois esclarece Marcelo Alves Dias de Souza (2006, p.149) que as cortes na *common law* “acreditam que têm o poder de mudar seus pensamentos, banir casos desacreditados, desgastados pelo tempo, e tecer novas decisões na rede sem costura que é o Direito”. As mudanças sociais ocorridas nesses países proporcionaram a elaboração de instrumentos com o poder de conferir aos tribunais a possibilidade de revogação de precedentes aos quais estariam obrigatoriamente vinculados pela política do *stare decisis*. Essa forma não estática do direito se deu graças ao entendimento de que haveria a possibilidade de se prolatar um julgamento de forma equivocada, ao reanalisar a questão, ou também a possibilidade de que, com o passar do tempo, a alteração de instituições sociais implicaria no exame dos fatos sociais e jurídicos sob uma nova ótica.

Conforme observa Benjamim Cardozo (1978, p.148), “o direito judicial requer a adoção de técnicas jurídicas adaptáveis à sua natureza maleável, de limites menos definidos do que se gostaria, de maneira a permitir sua evolução.” Inglaterra e Estados Unidos, com o intuito de adequar direito e realidade, desenvolveram, ao longo do tempo, instrumentos, técnicas e critérios, para revogação de precedentes, pois havia a necessidade de afastar a força obrigatória daqueles que não mais serviam ao seu propósito inicial de estabelecer segurança jurídica aos cidadãos, bem como coerência jurídica, conforme a aplicação do que prega o *stare decisis*.

Através da maleabilidade para se adaptar em uma sociedade em desenvolvimento e de um conjunto de princípios definido, a doutrina dos países supracitados encontrou o ponto de equilíbrio entre a extrema flexibilidade e a extrema rigidez. Na Inglaterra, duas observações básicas foram feitas: primeiramente, a de que não é o caso que faz a lei, mas sim a evidência do que ela é tomando uma concepção evidentemente declaratória; depois, a de que quando em conflito com regras gerais e princípios, um precedente não tem força vinculante, visto que a autoridade dos primeiros não pode ser suprimida. Já nos Estados Unidos, a doutrina de Neil Duxbury (2008, p.111) afirma nunca ter havido uma aplicação extremista do *stare decisis*, pois corriqueiro era o não seguimento de determinados precedentes. Porém, para ocorrência de tal fato, havia sempre a necessidade de justificação do juiz ao deixar de seguir um precedente, representando isso a linha conectiva do juízo com o que foi decidido, demonstrando uma forma de coerência da Corte em seus julgamentos.

Dessa forma, pretende-se neste artigo, a demonstração de algumas técnicas de revogação de precedentes derivadas do direito alienígena, em especial o *overruling*, revelando a sua aplicabilidade no ordenamento pátrio, em especial, na exceção ao § 1º art. 518 do CPC.

## **1.2 Abordagens Históricas dos precedentes judiciais no Brasil.**

É no período colonial que aparecem as primeiras evidências da influência dos precedentes judiciais no ordenamento brasileiro, com as Ordenações do Reino. Tais ordenações eram livros ou setores autônomos, que previam os assentos, regras jurídicas com força vinculativa regulamentadas no Título V, §5º, Livro I, das Ordenações Filipinas. Acrescenta-se que em 1769 foi editada a Lei da Boa Razão, a qual consignava que os assentos aprovados pela Casa de Suplicação de Lisboa teriam força vinculante no Brasil.

Em 1808, ocorreu a invasão de Portugal pelas tropas de Napoleão, com a consequente mudança da família real portuguesa para o Rio de Janeiro, e em 1822 o Brasil obteve sua independência, outorgando sua primeira Constituição em 1824. Contudo, os assentos expedidos pela Casa de Suplicação Portuguesa continuaram a vigorar.

Em 1829, foi instituído o Supremo Tribunal de Justiça, cabendo a ele a função de lavrar assentos de observância obrigatória (Decreto Legislativo n. 2.684, de 23.10.1875). Tais assentos, após aprovados, não podiam ser cancelados ou revistos pelo judiciário, mas somente por meio de lei.

Com a promulgação da Constituição de 1891, ganhou força a jurisprudência do STF com o artigo 1º do Decreto n. 23.055, de 9.08.1933, tornando obrigatória a interpretação das leis em conformidade com o que dispunha a Corte Constitucional para todo o judiciário brasileiro, tendo fim tal obrigatoriedade com a vigência da Constituição de 1934, responsável pelo desaparecimento da vinculação da jurisprudência mencionada.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo sem existir em seu texto, dispositivo determinando expressamente a vinculação de precedentes judiciais, essa é uma tendência que vem tomando o direito brasileiro.

Temos como exemplo o artigo 557, caput, do CPC, que determina que o relator deverá negar seguimento ao recurso contrário ao enunciado de Súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de qualquer tribunal superior. Já no § 1º do art. 518 CPC, verifica-se a determinação para que o juiz não receba o recurso de apelação quando “a sentença estiver em

conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Portanto, temos aqui a inequívoca presença do expediente de compatibilização vertical das decisões judiciais ganhando força no ordenamento jurídico brasileiro.

Para se ter uma dimensão da atual da valorização dos precedentes no judiciário de nosso país, transcreve-se as palavras do Ministro Teori Zavascki (2009) do STJ, proferida na notícia expedida pelo comentado tribunal, no dia 02 de agosto de 2009, veiculada pelo sistema Push:

A observância e valorização dos precedentes por parte dos jurisdicionados e dos órgãos judiciários será, em breve, um fenômeno natural, especialmente porque o sistema de recursos repetitivos determinará maior estabilidade e previsibilidade na jurisprudência do STJ. Essas características têm relação íntima com a qualidade dos julgamentos: elas serão alcançadas e consolidadas com julgamentos juridicamente consistentes.

Sendo assim, nessa breve “linha do tempo”, pode-se perceber que o horizonte para qual aponta nosso judiciário é o uso cada vez maior dos precedentes em nosso sistema jurídico.

## **2. Instrumentos de concretização da força vinculativa de precedentes no ordenamento brasileiro.**

No Brasil, a sistemática jurídica da *civil law* predomina, entretanto, como visto anteriormente, a atuação jurisprudencial vem atentando ao uso dos precedentes (ferramenta basilar da *common law*). Ainda, as súmulas vinculantes e súmulas vêm ganhando força indiscutível na prática jurídica brasileira, bem como as discussões acerca de Ação Direta e Indireta de Constitucionalidade e a repercussão geral, criada com a Emenda Constitucional nº 45/ 2004, crescem no âmbito judiciário pátrio.

De acordo com as palavras de Fernando Capez (2005) em seu artigo intitulado Súmula Vinculante:

Aplica-se o brocardo *ubi idem ratio, ibi idem jus* (onde houver a mesma razão, aplica-se o mesmo direito). A reiteração uniforme e constante de uma decisão sempre no mesmo sentido caracteriza o que se convencionou chamar

jurisprudência. Em determinadas ocasiões, quando chega a surgir um consenso quase absoluto sobre o modo de se decidir uma questão, o tribunal correspondente pode sintetizar tal entendimento por meio de um enunciado objetivo, sintético e conciso, denominado "súmula", palavra originária do latim *Summula*, que significa sumário, restrito. A súmula nada mais é do que um resumo de todos os casos parecidos decididos daquela mesma maneira, colocado por meio de uma proposição clara e direta.

As Súmulas Vinculantes (advindas do Supremo Tribunal Federal) determinam a obrigatoriedade de sua aplicação pelos demais órgãos do judiciário e da administração pública a partir da sua publicação na imprensa oficial. É o que se deduz da regra normativa expressa no art. 103-A, *caput*, da EC n. 45/04 (BRASIL, 2004), se não vejamos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Apesar de não haver determinação expressa da obrigatoriedade de vinculação, as “puras e simplesmente” súmulas vêm ganhando uma utilização corriqueira no judiciário pátrio, demonstrando força e expressão. Em 07 de fevereiro de 2006, o chefe do executivo federal sancionou a Lei nº 11.276/2006, a qual altera o Código de Processo Civil acrescentando ao § 1º do artigo 518 à seguinte redação “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Existem posicionamentos contrários a esse parágrafo, que afirmam burlar de forma hedionda o tão importante princípio do duplo grau de jurisdição. Já as ideias que o defendem, assumem essa posição partindo do pressuposto de que essa medida desafoga o judiciário brasileiro, possibilitando uma maior agilidade na prestação jurisdicional e atinge a tão sonhada celeridade processual. Conflitos a parte, fato é que o sistema jurídico brasileiro a cada ano aumenta a quantidade de prolação de súmulas, elas são vigentes e, sem dúvida, determinantes para a atividade processual seja do magistrado, seja do promotor ou advogado.

Não se pode deixar de lembrar, também, a importância dos precedentes. Enquanto na *commom law* os precedentes têm caráter vinculativo, na doutrina do *civil law* eles são utilizados para embasar uma decisão, não tendo ela que ter obrigatoriamente o mesmo entendimento do precedente (com base no princípio da discricionariedade do juiz). Mesmo sem ser vinculante, é necessário lembrar de que sempre que possível, as decisões devem seguir precedentes que a fundamentam, com o intuito de garantir o princípio da segurança jurídica.

O estudo do precedente se demonstra de fundamental importância, pois é a partir de uma análise científica do mesmo, que iremos saber os momentos adequados para aplicá-lo ao caso concreto, se a situação fática possibilita o uso de determinado precedente ou se por outros motivos, aquele precedente não é aplicado a determinado caso.

Além disso, os estudos para a apuração de uma análise científica do precedente também irá ajudar, de maneira fundamental, o entendimento das súmulas e súmulas vinculantes brasileiras. Os precedentes fazem parte das súmulas, dessa forma, os instrumentos científicos para aplicabilidade, revogação ou derrogação de um precedente, poderão ser aplicados para esses mesmo motivos em uma súmula, conforme será visto no tópico a seguir.

### **3. Delimitação jurídica da proposição de um julgado.**

Segundo Fredie Didier, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p.347), precedente judicial é a “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Seja para determinar sua revogação ou aplicação, a análise de um precedente para identificar a convergência ou divergência do aspecto fático ao caso concreto, depende de uma visão global do seu conteúdo.

Assim como a sentença composta por três elementos, sendo eles o relatório, a fundamentação e o dispositivo, o precedente também é formado por três elementos, sendo eles o *holding*, a *ratio decidendi* e a *obter dictum*, porém o precedente será extraído da fundamentação da decisão judicial, diferentemente do que ocorre com a coisa julgada decorrente do dispositivo.

Segundo Patricia Perrone Campos de Mello (2005, p.180), o *holding* consiste na “norma, extraída do caso concreto, que vincula os tribunais inferiores; o princípio jurídico que

o tribunal estabeleceu para decidir; a regra necessária para solução do caso.” O *holding* é composto por duas partes: a *ratio decidendi* e a *obiter dicta*.

A *ratio decidendi* é a razão principal do julgamento, o que vincula os julgamentos posteriores é exatamente o fundamento da *ratio decidendi*. Já a *obiter dictum* são os argumentos externos ao fundamento principal e, diferentemente da *ratio decidendi*, não tem qualquer caráter vinculativo.

A grande dificuldade científica da matéria consiste exatamente em separar os argumentos periféricos (*obiter dictum*) do fundamento principal (*ratio*). Com a correta delimitação do núcleo vinculante, poderá se expor as razões pelas quais determinado precedente não pode ser aplicado ou, em sentido contrário, deve ser usado para embasar casos futuros específicos.

Portanto, a partir dessa explanação, verifica-se que todas as sentenças prolatadas por um juízo devem ser cuidadosamente feitas, pois se o dispositivo é a parte que faz lei entre os litigantes, o relatório e a fundamentação compõem a regra do direito, que irá ser extraída de determinado caso e poderá ser aplicada a casos vindouros.

### **3.1 A possibilidade de revogação de um precedente**

A partir do momento que se estabelece um precedente judicial, o ideal, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, é a aplicação do precedente formulado a todos os casos correlatos a ele. Essa é a tese fundamental do *stare decisi*, procurando fazer com que o precedente oriente o órgão judicial prolator, sendo essa sua eficácia horizontal, bem como vincule os órgãos inferiores da estrutura judicial, sendo essa sua eficácia vertical.

Quando um precedente ganha solidez jurídica, o que no caso do ordenamento brasileiro se dá, por exemplo, com a determinação da súmula vinculante ou súmula, é possível a sua revogação de diversas formas. O presente artigo tem a intenção de apresentar uma delas, o *overruling*, baseado no princípio de que se o precedente (ou a súmula vinculante ou súmula) não estiver de acordo com a congruência social, gerando assim uma inconsistência sistêmica, deve ser revogado.

### **3.2 Identificações do desvio padrão da congruência social e de consistência sistêmica de um precedente.**

Conforme relatado anteriormente, se um precedente não preenche os padrões da congruência social e da consistência sistêmica de um ordenamento, ele deve ser revogado. Observa-se que o segundo será sempre acessório ao primeiro, pois por ser uma ciência social, o direito deverá sempre acompanhar ou pelo menos buscar a evolução social. Dessa forma, não deverá haver consistência sistêmica se não houver congruência entre a sociedade e o sistema jurídico.

A aplicação de um precedente socialmente ultrapassado gera uma determinação jurídica equivocada que, mesmo que se enquadre de maneira correta no desenho fático, não será a melhor solução ao caso concreto. Assim, abre-se espaço para ser questionada a concepção de fatores socialmente relevantes, além da concepção de justiça que se espera do direito.

Muito utilizada na doutrina da *common law*, é a fundamentação da *jagged doctrine*. De acordo com Melvin A Eisenberg (1988, p.105), o mencionado conceito consiste em “identificar as situações em que uma regra e suas exceções tornam-se inconsistentes quando aplicadas sob determinado aspecto social, e em confronto com outras teses”. Para demonstrar a aplicabilidade da *jagged doctrine*, Eisenberg (1988, p.106-110) expõe o caso ocorrido nos EUA afirmando que: até os anos 40, prevalecia o entendimento de que instituições não tinham o dever de indenizar seus beneficiários, por razões como a assunção dos riscos pelos serviços recebidos por partes destas, a inaplicabilidade da responsabilidade indireta às instituições sem fins lucrativos e a preservação dos fundos de caridade. Em meados do século XX, os fundamentos constantes do precedente foram paulatinamente derrubados por uma nova concepção de responsabilidade, na qual não se podia impor aos beneficiários a assunção implícita de um risco, diferenciando-se das demais pessoas. Houve mudanças, ainda, nas políticas públicas em relação às instituições de caridade e na concepção moral desse tipo de serviço, o que fez com que os custos relativos às indenizações passassem a integrar a relação de despesas normais dessas instituições.

Portanto, conclui-se segundo Eisenberg (1988, p.113) que:

As proposições sociais que deram origem ao entendimento firmado nos anos 40 não existia mais, o que tornou a regra do direito constante naquele precedente inconsistente frente às novas condições sociais e às teses formuladas com base nessas novas condições. Por essas razões, a manutenção deste precedente, ainda que preservasse a

continuidade da jurisprudência, seria inútil à solução dos casos que se colocassem para além daquelas condições sociais postas no precedente.

Findando por argumentar Eisenberg (1988, p.115) que:

a sustentabilidade e a reprodutividade, os quais traduzem o raciocínio de que se uma doutrina padece de congruência social e consistência sistêmica, não serve mais de sustentação para a fundamentação de um novo julgado, ainda que tenha servido para o caso precedente. E, por essa razão, não pode mais ser reproduzida na fundamentação para a solução de outros casos.

#### **4. *Overruling*: técnica de revogação de precedentes no direito da *common law*.**

Inicialmente, deixa-se claro que a doutrina especializada apresenta diversas técnicas de revogação de precedente, porém tem o presente artigo o intuito de demonstrar a aplicabilidade da técnica denominada *overruling* para revogação de precedentes socialmente incongruentes e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento brasileiro, demonstrando assim, sua realidade prática.

Oriundo da *common law*, o *overruling* é uma técnica jurídica consistindo basicamente na revogação de um precedente, tendo em vista a construção de uma nova proposição jurídica aplicada a um contexto idêntico ao do precedente que foi revogado, em face de novas fundamentações formuladas.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, em regra, o atributo de revogação de um precedente pertence somente à Corte de superior hierarquia àquela que foi prolatada. Esta é uma forma de manutenção da coerência e da hierarquia entre os tribunais, garantido que as inovações doutrinárias apliquem-se inicialmente as Cortes superiores, sendo adotadas de maneira gradual pelas inferiores.

De acordo com Margaret N Kniffin (1988), a regra acima mencionada é uma forma de princípio determinante para a vinculação do juízo ou da Corte, ao precedente da Corte Superior, disseminando uma doutrina jurídica consistente nos diversos patamares do sistema e conforme Rupert Cross (1991, p.127) esse sistema de vinculação do precedente da Corte Superior e sua prerrogativa de revogação, também é o utilizado na Inglaterra.

Porém, o que se vê nos dias atuais é uma flexibilização dessa regra do *stare decisis*, pois como se pode notar na América do Norte, existe a possibilidade de revogação de um precedente pela própria Corte prolatora. Mesmo com uma demora maior para se consolidar tal prerrogativa, também é aplicada no sistema jurídico inglês.

Ainda, outro importante aspecto a se considerar é a retroatividade ou prospectividade dos efeitos do novo precedente firmado pelo *overruling* estabelecido no anterior. Tal ponto é o que se mostra mais controverso na doutrina e se demonstra extremamente delicado, pois deverá haver uma milimétrica ponderação entre o princípio da razoabilidade e o da segurança jurídica.

Contudo, acerca da delimitação temática estabelecida neste artigo, tendo em vista a abordagem da revogação através do *overruling* de precedentes socialmente incongruentes com a realidade fática, podemos concluir que nesses casos o precedente não se fazia errôneo em sua fundamentação, mas somente não pôde ser mais aplicado devido mutação social e jurídica ocorrida em determinado espaço, portanto, a aplicabilidade do direito no novo precedente firmado só poderá ter efeitos futuros, *ex nunc*, respeitando assim a segurança jurídica estabelecida nas decisões anteriores.

Desse modo, conclui-se que o *overruling* detém a importante função de manter o direito sempre atualizado, fazendo com que sua atuação ocorra de acordo com o tempo e os pensamentos contemporâneos da sociedade não o deixando, assim, ultrapassado. Em uma lúcida explicação de como se dá tal fenômeno, faz-se uso da definição de Rachel Cardoso Lopes (2007, p.10) ao afirmar que:

O *stare decisis* norte-americano é maleável e acompanha a evolução da sociedade, nele o *overruling* ocorre quando o Tribunal que abandona o precedente no julgamento de um caso sucessivo é o mesmo que anteriormente o havia firmado.

Assim, sem sobra de dúvida, percebemos com utilização da importante ferramenta proveniente do direito norte-americano, a mudança ocorrida no direito quando um precedente tem seu fim a partir do momento em que um novo fundamento vem para desqualificá-lo, julgando os magistrados de forma oposta ao entendimento anteriormente usado. Para não haver mais dúvidas sobre sua importância na *common law*, transcreve-se um trecho do jornal

jurídico da Universidade de Yale (DUNN, 2003, N<sup>a</sup> 493) dos Estados Unidos da América, afirmando que “*Judges must be given the ability to overrule; otherwise, we would be stuck with a decision even if it was wrongly decided and times and thinking had changed*”. Em uma tradução não literal, essa frase nos diz que os juízes devem ter a habilidade de modificar entendimentos, caso contrário ficar-se-iam presos com uma decisão, mesmo sendo ela errada, e os tempos e pensamentos sociais tenham sido modificados.

#### **4.1 Overruling como instrumento do civil law.**

Diante da globalização que o mundo vive, além da economia, o conhecimento transcende as barreiras do espaço e vive momento de grande interação. Conforme demonstrado em linhas anteriores, a atualidade jurídica nos mostra que, se por um lado as doutrinas da *civil law* e da *common law* estabelecem bases “divergentes”, por outro o estudo do direito alienígena confirma a semelhança e a possibilidade de uso de institutos de umas nas outras.

Portanto, conforme análise do direito comparado realizado, outra não poderá ser a conclusão, se não a de que o instrumento jurídico do *overruling* pode ser utilizado na *civil law* e não só isso, deve ser usado pois se mostra de grande utilidade na resolução de questões e atualização na evolução jurídica do direito pátrio.

#### **4.2 Possibilidades de utilização do overruling em nosso ordenamento.**

Quanto à possibilidade de por em prática o *overruling*, não há mais dúvidas. É inexistente em nosso país qualquer lei, súmula ou princípio que afaste do direito brasileiro tal instrumento. Ele já se mostra útil, não tendo uma maior repercussão graças a basicamente dois pontos que merecem ser criticados.

O primeiro e mais grave deles, é o ideal ainda presente na cabeça de muitos operadores do direito de que *civil law* e *commun law* são escolas opostas. Tal pensamento se faz inadmissível em pleno século XXI, época em que o direito internacional segue uma linha na procura por maior homogeneidade, promovendo a inclusão de institutos genéricos das mais variadas formas de direito (respeitando, é claro, as individualidades de cada ordenamento), proporcionando assim uma disseminação de ferramentas (descobertas a partir do estudo do direito comparado) com a serventia de elucidar questões novas e complexas nas jurisdições de todas as sociedades. Essa problemática só será resolvida quando os cientistas do direito

passarem a pensar os princípios da *civil law* e da *common law* como matérias irmãs e complementares, extinguindo a filosofia ultrapassada dos “direitos antagônicos”.

Por fim, o segundo motivo mostra-se ser decorrência do primeiro. Diante da ideia antiquada de que os dois sistemas se opõem, a ciência jurídica acerca do tema proveniente da *common law* evolui a passos lentos. A doutrina a respeito do tema ainda se mostra escassa em nosso país e não acompanha a evolução legislativa e jurisprudencial efetivada em nossos tribunais.

Portanto, conclui-se estarmos diante de situação, no mínimo, controversa, pois se a ciência jurídica não evolui, na mesma velocidade das normas legislativas e jurisprudenciais de nosso ordenamento, que como demonstrado, vem importando institutos do direito alienígena, a conclusão ao qual chegamos é que as ferramentas introduzidas, não estão ou não serão utilizadas de maneira adequada, pois aspectos peculiares de nosso sistema jurídico e, principalmente, da nossa sociedade, não serão devidamente analisados, importando assim em futuros problemas jurídicos e sociais.

## **5. *Overruling* x *Distinguishing*.**

Antes de se demonstrar algumas possibilidades de aplicação do *overruling* no ordenamento brasileiro, como por exemplo, os casos de incidência no § 1º do art. 518 do CPC, é interessante que seja feito um breve comentário acerca de outra ferramenta do direito norte-americano muito semelhante ao *overruling* que é o *distinguishing*.

De acordo com Maira Pontes (2010, p.115) entende-se por *distinguishing*:

A recusa à aplicação de um precedente a um caso atual em decorrência de peculiaridades destes, as quais impedem a convergência entre os fatos (fatos relevantes- *material facts*) e a conformação da fundamentação (*substantive rationale*) utilizada no caso predecessor ao caso atual.

Em outras palavras, podemos dizer que o fenômeno do *distinguishing* ocorre quando não se aplica um precedente, porque após se fazer um preciso estudo comparativo entre o recente caso apresentado e o precedente, percebe-se circunstâncias fáticas diferenciadoras entre o primeiro e o segundo caso, acarretando então o *distinguishing*.

Conforme o que foi estudado, pode-se afirmar que a não vinculação do precedente ao caso analisado, dá-se não por seus fundamentos estarem errados ou socialmente ultrapassados, mas porque como foi dito, encontra-se circunstâncias fáticas diferenciadoras entre o precedente e o novo caso analisado. No *distinguishing*, diferentemente do *overruling*, a análise para se estabelecer a diferença é feita no *obiter dictum* e não na *ratio decidendi*.

Segundo Neil Duxbury (2008 p.115), o *distinguishing* pode ser feito levando-se em consideração apenas um caso, com o intuito de separar os fatos constituintes da *ratio decidendi* dos que constituem a *obiter dictum*, selecionando as circunstâncias relevantes para a decisão, como também pode ser feito levando-se em consideração dois casos, com o escopo de apresentar os fundamentos pelos quais a *ratio* de um caso precedente não se aplica de maneira satisfatória ao caso em tela.

Com isso, Duxbury (2008) conclui que determinada incongruência poderá se dar em vários níveis, o que acarreta admitir uma maior ou menor aplicabilidade do precedente, dependendo sempre da série de fatores envoltos ao caso.

Desse modo, no *distinguishing* as circunstâncias já existem tanto no precedente quanto no caso posto em análise, se fazendo necessário encontrar a diferenciação fática em ambos. Já o *overruling* traz no caso em análise fundamento novo, o qual irá gerar o fim do antigo entendimento, considerado agora antiquado ou ultrapassado.

De acordo com a monografia de Tássia Baia Miranda (2006, p.36) em que mostra a recorrência dos dois institutos no direito americano:

Em comparação com o *distinguishing*, não se pode falar em uma prática tão corrente do *overruling*. Uma corte, geralmente, não revoga seus precedentes, mas busca fazer distinções (*distinguishing*) entre os fatos neles vistos e os fatos de novos casos, assim proferindo decisões diferenciadas. O caráter não-corriqueiro do *overruling* é explicado pela necessidade de segurança jurídica. Se um tribunal muda o entendimento sobre determinada questão num curto período de tempo, a insegurança gerada na sociedade sobre o assunto trará graves consequências, especialmente em searas como o direito de propriedade ou o direito comercial. Busca-se, então um equilíbrio entre necessidade de previsibilidade do direito e a questão fundamental da constante evolução do mesmo para adotá-la à realidade.

Portanto, conclui-se do demonstrado que nem todo precedente merece ser revogado quando não se mostra congruente com determinado caso. A escolha entre a aplicação do *overruling* (revogação de precedente) e do *distinguishing* (não aplicação do precedente a um caso específico) requer uma profunda análise da *ratio decidendi* de um julgado, bem como da *obiter dictum*, pois somente com elas encontram-se os fundamentos e as circunstâncias fáticas da construção jurídica das premissas originárias da proposição do precedente.

## **6. Peculiaridades do *overruling* brasileiro.**

Primordialmente, deve-se saber que tal técnica não é importada sem adaptações em nosso ordenamento. Como informando anteriormente, o *overruling* anglo-saxão só é possível quando um corte modifica um precedente que ele mesmo havia firmado ou um corte hierarquicamente superior o faz. No ordenamento brasileiro também se adotam tais premissas, mas a revogação de um precedente se faz por meio de tribunais.

Depois, deve ser lembrado também que o ordenamento jurídico brasileiro, em regra, cria precedentes através de súmulas e súmula vinculante. A última é criação do Supremo Tribunal Federal, e tem vinculação obrigatória. A partir do momento que um juízo singular decide julgar de maneira oposta a uma súmula ou súmula vinculante, deverá o fazer de maneira fundamentada, demonstrando as razões pela qual não irá adotar determinado precedente. No Brasil, tal entendimento decorre do princípio do livre convencimento motivado.

### **6.1 Apelações dando origem ao *overruling*. Um exemplo da aplicabilidade do *overruling*, frente à norma do § 1º do art. 518 do CPC.**

Chega-se até aqui com o conhecimento de que não há óbice à utilização da técnica do *overruling* no ordenamento brasileiro, porém tendo em vista que tal afirmação ainda não foi demonstrada de maneira concreta, escolhemos a norma do § 1º do art. 518 CPC, para evidenciar uma forma de emprego do *overruling* no sistema jurídico brasileiro.

Clara é a redação de tal parágrafo do nosso Código de Processo civil (BRASIL, 1973) quando diz que “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Percebe-se nessa norma, verdadeira imposição ao magistrado. A ele não cabe a escolha de aceitar ou não, mas sim de recusar a apelação. Trata-se então “de mais um dispositivo que

decorre do sistema de força vinculativa dos precedentes dos tribunais superiores” como bem lembra o doutrinador Fredie Didier Jr (2008, p.129).

Desta forma, pode-se ir mais longe afirmando que tal norma criou mais uma condição de admissibilidade para aceitar a apelação de uma sentença nos casos baseados em uma súmula do STJ ou do STF. Explica-se o presente posicionamento de forma lógica, pois se sabe que juntada uma apelação aos autos, deve ela ser encaminhada ao juiz para que o mesmo analise exclusivamente sua admissibilidade, não sendo lícito ao juiz *a quo* apreciar o mérito da apelação. O magistrado ao negar o andamento do recurso, estará recusando-o com base na não aceitação do juízo de admissibilidade.

É a partir daí que o *overruling* pode ser usado como arma contra o não provimento do recurso de apelação fundamentado com base no §1º do art. 518. No entendimento da doutrina de Fredie Didier Jr. (2008, p.127), ao afirmar não aplicação de tal norma “se o apelante trouxe em suas razões fundamento novo, não examinado pelos precedentes que geraram o enunciado da súmula do STF ou STJ, que permitem o *overruling* do precedente”. Nessa passagem, o jurista baiano mostra ao apelante o caminho pelo qual o seu recurso deve ser direcionado, para assim ser considerada uma proposta de *overruling*, (trazendo fundamento novo, não examinado pelos precedentes que deram origem ao enunciado da súmula) gerando uma exceção à regra da aplicabilidade do § 1º no art. 518 do CPC, visto que a apelação irá sugerir a superação da súmula por entendê-la equivocada ou ultrapassada.

Com o prosseguimento da apelação (instrumento recursal viabilizante do *overruling*) e posterior aceitação de suas razões, começará o tão importante trabalho dos tribunais, pois “A decisão que acolhe nova orientação incube-se de revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*). Nesse caso, o antigo paradigma hermenêutico perde todo o seu valor vinculante” (TUCCI,2004,p.174).

## **6.2 Overruling como ferramenta de efetivação da Ação Rescisória.**

Ousa-se ir mais além afirmando ser possível utilizar a técnica do *overruling* não só como exceção ao § 1º no art. 518 do CPC, mas também em ação rescisória. Por tê-la como pressuposto o não decurso do prazo decadencial de dois anos, nos termos do art.495 do CPC, acredita-se na eficácia do *retrospective overruling*, que ocorre até o limite de dois anos desde a decisão transitada em julgado, lembrando é claro que essas devem ser situações

excepcionais, pois seu recorrente uso poderia trazer uma grande insegurança jurídica no âmbito social de nosso país.

De acordo com as palavras de Fredie Didier Júnior (2008, p.150):

A mudança de orientação pode ter eficácia retroativa, para atingir as situações consolidadas sob a vigência do precedente anterior (*retrospective overruling*, na linguagem da *common law*). Trata-se de técnica que somente deve ser aplicada se a duração do precedente superado for muito curta. Mais comum é o *prospective overruling*, em que a mudança de precedente opera apenas para as situações que venham a surgir a partir dessa decisão, dali pra frente (eficácia *ex nunc*).

Deve-se lembrar também que a revogação do precedente pelo *overruling* pode se dar de maneira expressa ou implícita. Na segunda (de ocorrência muito mais comum) se dará quando simplesmente a decisão for contrária ao precedente ou mesmo quando o juiz afirmar que a decisão anterior não se sustenta diante do novo entendimento do tribunal.

## CONCLUSÃO

A cada ano que passa, nossos tribunais criam mais precedentes através de súmulas e súmulas vinculantes. Hoje se percebe a utilização cada vez maior de precedentes tanto nas teses de advogados ou membros do Ministério Público quanto na fundamentação dos magistrados. Porém, o grande fator a ser questionado é se a consciência a respeito do uso dos precedentes judiciais também se desenvolve no mesmo ritmo, pois sua utilização indevida poderá ocasionar diversos transtornos jurídicos como, por exemplo, o engessamento do direito pátrio.

As reformas legislativas apontam para uma evolução no que diz respeito à utilização de precedentes, mas o que se deve ter como objetivo acima de qualquer coisa é atingir o compromisso de um judiciário ético capaz de atribuir respostas céleres e isonômicas aos diversos jurisdicionados que se encontram nas mesmas condições sem, contudo, descuidar do devido processo legal ou diminuir a qualidade das decisões.

O que se observa é que a revogação de precedentes criadas nos países adeptos da *common Law* mostra-se complexa quando comparada a realidade atribuída aos tribunais existentes nos países da *civil law*, pois à segurança jurídica, aquela que garante a

previsibilidade jurisdicional nos primeiros, se dá através dos precedentes confirmados pelas Cortes superiores, diferentemente dos últimos em que a segurança se dá não só através dos julgados, mas principalmente a partir do processo democrático de elaboração de leis, fato esse que constitui fundamento principal das decisões jurídicas de nosso ordenamento.

Nesse contexto defende-se a importância da utilização da técnica do *overruling* no judiciário brasileiro, e a revolução que ele causa sempre que requisitado no direito, concluindo-se assim por ser o *overruling* um direito subjetivo social, pois o homem não é obrigado a conviver com uma jurisdição estática e ultrapassada baseada em precedentes ou súmulas equivocadas. Isso constitui um atraso enorme em um mundo com uma evolução tão dinâmica presenciada nos dias atuais.

### **Referências**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 jan. 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial**. Brasília 17 jan. 1973. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17 jun. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Súmula vinculante**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7710>. Acesso em: 18 jul. 2012.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Porto Alegre: Coleção Ajuris, AGE, 1978.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada, e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, Vol 2, ed. 3, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** Salvador: Juspodivm, ed.8, 2010.

DUNN, Pintip Hompluem. **How Judges Overrule: Speech Act Theory and the Doctrine of Stare Decisis.** Connecticut: The Yale Law Journal, 2003.

DUXBURY, Neil. **The Nature and authority of precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EINSENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the common Law.** Massachussets: Havard University Press, 1988.

LOPES, Rachel Cardoso. **Uniformização de Jurisprudência.** Revista Bonijuris. V.19, n.522, maio 2007.

MARINONI, Luis Guilherme (Org.). **A força dos precedentes** estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Juspodivm, 2010.

MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes e vinculação.** Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. Revista de direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, julho/setembro 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006.

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