

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Gabriela Coelho Torres

**O ANTICIPATORY OVERRULING NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO**

BELO HORIZONTE
2022

Gabriela Coelho Torres

**O ANTICIPATORY OVERRULING NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO**

Dissertação de mestrado apresentada pela bacharela em Direito Gabriela Coelho Torres ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade.

Área de estudo: Fundamentos do novo processo civil brasileiro.

Orientador: Prof. Dr. Érico Andrade

BELO HORIZONTE
2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

T693a Torres, Gabriela Coelho
O anticipatory overruling no sistema jurídico brasileiro [manuscrito]
/ Gabriela Coelho Torres. - 2022.

277 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 252-277.

1. Direito processual - Teses. 2. Processo civil - Estados Unidos
- Teses. 3. Precedentes judiciais - Teses. I. Andrade, Érico.

II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito.

III. Título.

CDU: 347.9(73)



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA GABRIELA COELHO TORRES

Realizou-se, no dia 29 de setembro de 2022, às 17:00 horas, no Edifício da Pós Graduação da Faculdade de Direito, 16º andar, auditório Francisco Luiz da Silva Campos, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *O Anticipatory Overruling no Sistema Jurídico Brasileiro*, apresentada por GABRIELA COELHO TORRES, número de registro 2020652522, graduada no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Erico Andrade - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Juliana Cordeiro de Faria (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Edilson Vitorelli Diniz Lima (Universidade Federal de Minas Gerais).


A Comissão considerou a dissertação:

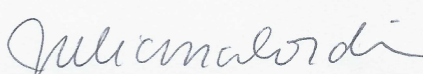
Aprovada, tendo obtido a nota 100. (cem)


Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 29 de setembro de 2022.


Prof(a). Erico Andrade (Doutor) nota 100. (cem)


Prof(a). Juliana Cordeiro de Faria (Doutora) nota 100,0 (cem)


Prof(a). Edilson Vitorelli Diniz Lima (Doutor) nota 100,0. (cem)

* COM RECOMENDAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA PARA PUBLICAÇÃO DA DISSERTAÇÃO.

Para o vô Antônio (em memória), que sempre se orgulhou de todos os meus passos.

Para meus pais, Valéria e Bráulio, primeiros incentivadores de minha escrita, com carinho.

AGRADECIMENTOS

Em tempos pandêmicos, a trajetória de pesquisa e redação desta dissertação foi permeada por dedicação, isolamento e desafios. Só consegui concluir esta árdua jornada graças à compreensão e à colaboração daqueles que fazem parte da minha vida, a quem não poderia deixar de agradecer.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus e a Nossa Senhora, que me guiaram por todo este caminho.

Sou grata ao Professor Érico Andrade, cujos ensinamentos foram essenciais. Tive a sorte de tê-lo como mestre durante o estágio de docência e na orientação deste trabalho, pelo que serei eternamente grata. Sua precisão no tratamento do direito processual e no ensino jurídico sempre serão referenciais para todos os meus passos acadêmicos.

Não poderia deixar de expressar minha gratidão aos Professores Gláucio Maciel e Valter Lobato, cujas preciosas considerações na banca de qualificação muito contribuíram para o desenvolvimento desta dissertação.

Sou grata também à Professora Juliana Cordeiro, inspiração de advogada e professora, que conduziu meu aprendizado da matéria processual durante a graduação, despertando em mim enorme entusiasmo pelo tema.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – de que sou orgulhosa filha – e a todos os professores, colegas e amigos que preencheram minha trajetória do mestrado: mesmo à distância, vocês foram essenciais para o meu crescimento. Em especial, registro minha gratidão à Carol, com quem dividi a orientação, o estágio de docência, as alegrias e as angústias do caminho.

Também sou grata a todos do escritório Sacha Calmon Misabel Derzi, a que devo meu amadurecimento como advogada. Agradeço, em especial, ao Professor André Mendes Moreira, exemplo insuperável de excelência acadêmica e profissional, por sempre acreditar e apostar no meu potencial.

Devo muito aos meus colegas de equipe, cuja paciência e suporte fizeram-me chegar até aqui. Guilherme, obrigada por ser liderança, guia e compreensão em meio a nossos desafios diários. César, obrigada pela amizade, pela mentoria intelectual e pela constante inspiração. Bia, obrigada pelo apoio e por todas as pontas seguradas:

sem você nada disso seria possível. Arthur, Duque, Emerson e Letícia, obrigada por tornarem a rotina mais leve durante o intenso período de escrita.

Sou grata também aos demais amigos e colegas de escritório, que sempre se mostraram disponíveis para ajudar no que fosse possível.

Agradeço às amigadas de uma vida. Bernardo, Júlia e Laura, obrigada por serem base sólida e inquebrantável. Larissa e Luísa, vocês foram essenciais apoios e respiros ao longo desta trajetória. Amigos do SJ: sem o astral de vocês o dia a dia teria sido muito mais difícil.

Matheus, obrigada por ter sido ombro amigo e paciente durante esta caminhada. As saudades são imensas.

Sou grata ao Igor por todo o companheirismo, incentivo e compreensão sobre minha ausência nos últimos meses. Ter você ao meu lado nos momentos difíceis foi essencial.

Por fim, agradeço à minha grande família, que vibra comigo por essa conquista. Vó Lais, vó Helena, vô Antônio e vô Zé, vocês são a fundação de tudo que sou: obrigada por tudo.

Ao meu pai, agradeço por ser o exemplo que guia os meus passos, e por me apoiar enquanto “um pavão em terra de pinguins”. A minha mãe, agradeço pelo cuidado, pelos joelhos dobrados e pelas velas acesas: foi por você que atravessei todas as noites, calmas ou traiçoeiras. A minha irmã Jéssica, agradeço por me puxar a ser sempre melhor: somos uma inesperada, mas inseparável, dupla dinâmica.

“Look up!”. (Filme – Don’t look up).

*“The doctrine of precedent does not compel your Lordships to follow the wrong path until you fall over the edge of the cliff”.
(Lord Denning).*

RESUMO

A caracterização do sistema brasileiro de precedentes tem despertado grande interesse da doutrina processualista, gerando debates revigorados pela publicação do CPC/2015. Trata-se de marco chave em meio ao movimento de aproximação entre as tradições ocidentais do *common* e do *civil law*. Entre nós, o destaque tem ficado por conta dos pronunciamentos vinculantes das cortes de vértice, diretivos de toda a sociedade e dos órgãos judiciais subordinados. Diante disso, alguns tem apontado tendência de esvaziamento da função das partes e dos julgadores atuantes nas instâncias ordinárias. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objeto o estudo da enxertia, no sistema brasileiro, de técnicas estadunidenses de manejo de precedentes superiores pelos tribunais intermediários, culminando no polêmico *anticipatory overruling*. Artifícios dessa espécie empoderam tais atores processuais e podem contribuir para a racionalização e o desenvolvimento cotidianos do direito jurisprudencial. Contudo, o traslado impensado de tecnologias jurídicas estrangeiras é capaz de ocasionar aberrações incongruentes com a moldura processual local. Portanto, o trabalho parte do lançamento das premissas comparativas entre os modelos de precedentes estadunidense e brasileiro, utilizadas na análise crítica da apropriação nacional dessas técnicas (incluindo *calling dicta*, *distinguishing* e *criticizing*). Por fim, o estudo atinge o exame da compatibilidade ao sistema pátrio do *anticipatory overruling* – mais jovem e arrojada manobra, que apenas recentemente começou a ser apropriada pelos tribunais locais –; em busca de parâmetros para sua adequada aplicação no Brasil.

Palavras-chave: Precedentes. Estados Unidos. *Dicta*. *Distinguishing*. *Criticizing*. *Anticipatory overruling*.

ABSTRACT

The characterization of the Brazilian system of precedents has aroused great interest amid the local doctrine, generating debates invigorated by the publication of the Federal Code of Civil Procedure of 2015. This is a key milestone in the movement towards approximation between the western traditions of the *common* and *civil law*. Among us, the highlight has been the binding pronouncements of the apex courts, directors of the whole society and subordinate judicial bodies. However, some have pointed to a tendency of emptying the role of the parties and judges acting in ordinary instances. In this context, the present work has as its object the study of the grafting, in the Brazilian system, of American techniques of handling superior precedents by the intermediate courts, culminating in the controversial “*anticipatory overruling*”. Artifices of this kind empower such actors and can contribute to the daily rationalization and development of case law. However, the thoughtless transfer of foreign legal technologies can cause aberrations that are incongruous with the local procedural framework. Therefore, the work starts from the launch of the comparative premises between the US and Brazilian precedent models, used in the critical analysis of the national appropriation of these techniques (including *calling dicta*, *distinguishing*, and *criticizing*). Finally, the study reaches the examination of the compatibility with the national system of anticipatory overruling – the youngest and boldest maneuver, which only recently began to be appropriated by the local courts -, establishing parameters for its proper application in Brazil.

Key words: *Precedents. Case law. USA. Dicta. Distinguishing. Criticizing. Anticipatory overruling.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
Cf.	Conforme
CC	Código Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil de 2015
CTN	Código Tributário Nacional
Des.	Desembargador
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
EDs	Embargos de Declaração
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Civis
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
Séc.	Século
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Estruturas judiciárias – EUA e Brasil.....	44
Figura 2 Meios de controle dos desvios de precedentes no Brasil.....	133
Figura 3 Uso do indexador “anticipatory overruling” nos acórdãos de tribunais brasileiros.....	212
Figura 4 Representação simplificada das técnicas abordadas.....	251

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 ESTADOS UNIDOS E BRASIL NO CONTEXTO DE APROXIMAÇÃO ENTRE <i>COMMON</i> E <i>CIVIL LAW</i>.....	18
1.1 Movimento de aproximação entre os sistemas de <i>common</i> e <i>civil law</i>	19
1.2 Estados Unidos e Brasil: sistemas híbridos?.....	27
2 SISTEMAS ESTADUNIDENSE E BRASILEIRO DE PRECEDENTES: ABORDAGEM COMPARATIVA	36
2.1 Estrutura judiciária e aspectos procedimentais básicos	37
2.2 Fórmulas de elaboração de precedentes, técnica e conteúdo decisório	44
2.3 Dimensão subjetiva dos precedentes	59
2.4 Dimensão objetiva dos precedentes.....	67
2.5 Termo inicial de vigência dos precedentes	81
2.6 Termo final de vigência e meios de revogação dos precedentes.....	89
2.6.1 <i>Legislative overriding</i> /Revogação legislativa	89
2.6.2 <i>Overruling</i> /Superação Judicial	94
2.6.2.1 Conteúdo decisório.....	95
2.6.2.2 Técnicas preventivas e compensatórias para manejo da confiança.....	100
2.6.2.3 Aspectos procedimentais.....	115
2.6.3 Considerações conclusivas acerca dos meios de revogação	123
2.7 Mecanismos de controle em face do desvio de precedentes superiores	125
2.8 Princípios/objetivos servidos pelos sistemas de precedentes e aspectos institucionais/culturais intervenientes	138
2.9 Conclusão parcial.....	146
3 TÉCNICAS ESTADUNIDENSES DE MANEJO DE PRECEDENTES SUPERIORES JÁ IMPLEMENTADAS NO BRASIL.....	146
3.1 Importância das instâncias inferiores e das técnicas de manejo de precedentes na racionalização dos sistemas jurisprudenciais.....	147
3.2. Técnicas em espécie.....	156
3.2.1 <i>Calling dicta</i>	157
3.2.2 <i>Distinguishing</i> /Distinção	163
3.2.3 <i>Criticizing</i> /Ressalva de opinião	178
4. ANTICIPATORY OVERRULING	187
4.1 <i>Anticipatory overruling</i> nos Estados Unidos	188
4.1.1 Definição e distinções de outros institutos	188
4.1.2 Construção jurisprudencial	193
4.1.3 Recepção doutrinária	202
4.2 Breve nota quanto ao <i>anticipatory overruling</i> em outros países.....	209
4.3. <i>Anticipatory overruling</i> no Brasil	211

4.3.1 Diagnóstico	212
4.3.1.1 Panorama jurisprudencial	212
4.3.1.2 Recepção doutrinária	220
4.3.2 Análise acerca da admissibilidade e balizamento da técnica	223
4.3.2.1 Delimitação	223
4.3.2.2 Pertinência e praticabilidade em face do cenário institucional/cultural	225
4.3.2.3 Admissibilidade em face dos princípios/objetivos fundamentais	230
4.3.2.4 Parametrização em face de características e regras do sistema processual	237
4.3.2.5 Conclusão parcial	241
4.3.3 Exemplos diante de casos reais já enfrentados no Judiciário	242
5 CONCLUSÕES.....	246
REFERÊNCIAS	252

INTRODUÇÃO

Em meio à tendência de desenvolvimento do chamado “direito jurisprudencial” no Brasil, a Academia nacional tem manifestado grato interesse pelo tema¹, principalmente a partir da publicação do Novo Código de Processo Civil, que revigorou os debates a respeito. Nesse contexto, considerando a existência de excelentes obras que perpassam esse objeto, talvez uma boa maneira de introduzir o presente trabalho seja esclarecer o que ele não é. Realmente, não se trata de análise aprofundada sobre todos os aspectos concernentes aos precedentes e institutos análogos². Não se intenciona percorrer as múltiplas nuances históricas, filosóficas, jurídicas e linguísticas que precedem e preenchem a matéria.

De fato, o ponto focal da presente dissertação é muito mais singelo: no sistema jurídico-processual brasileiro, quais são as principais técnicas disponíveis às partes e julgadores das instâncias ordinárias para a lida com os precedentes, teses e súmulas vinculantes das cortes superiores, especialmente na hipótese em que sua simples aplicação no caso concreto parece produzir resultado equivocado ou injusto? Em boa medida, são essas ferramentas as responsáveis pela oxigenação e desenvolvimento do direito jurisprudencial na prática cotidiana³, por não haver dependência de grandes acontecimentos nos tribunais de vértice.

Em particular, esta dissertação culmina na abordagem do “*anticipatory overruling*”, técnica desenvolvida há décadas nas cortes de apelação dos Estados Unidos e que apenas recentemente começou a ser apropriada pelos tribunais brasileiros. Cuida-se, do afastamento da norma de precedente vinculante válido, vigente e aplicável ao caso concreto, mediante previsão de que ele será superado

¹ Cf. notado em: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil, 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 31.

² Define-se precedente, de modo geral, como “decisão judicial anterior que vem considerada a partir do seu valor orientativo em relação à atuação judicial futura, relativamente à mesma questão decida”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico, Precedentes no Processo Brasileiro, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 163). Apesar da diferença relativamente às súmulas e teses (enunciados sínteses de entendimentos jurisprudenciais), para fins de simplificação, aqui o termo será empregado em referência também aos institutos análogos, destacando-se os diferentes tratamentos quando necessário.

³ Cf. notado em DEVINS, Neal; KLEIN, David, The vanishing common law judge?, The University of Pennsylvania Law Review, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017, p. 606.

pela corte responsável⁴. Trata-se, assim, de mecanismo arrojado, que parece misturar o sagrado território do *overruling de* precedente “*superior*” com a impensável competência dos tribunais subordinados.

Tendo nascido da prática forense norte-americana, o instituto acabou notado pela doutrina local, em que se tornou objeto de grandes teorizações e controvérsias, envolvendo principalmente a tensão entre segurança jurídica e justiça no caso concreto. Por outro lado, sem muitas discussões, o artifício acabou rejeitado na Inglaterra, berço do *stare decisis*⁵, em que são notavelmente superiores as exigências de estabilidade jurisprudencial.

Pertinente, assim, a análise da conformação dessa polêmica técnica com as tantas peculiaridades do sistema processual brasileiro, considerando sua já corrente aplicação pelos tribunais nacionais, à revelia de qualquer regulamentação, e sem que a doutrina pátria tenha se debruçado com vigor sobre o tema.

Aliás, no célebre estudo comparativo de vários sistemas de precedentes do mundo ocidental, conduzido há anos por Neil Maccormick e Robert Summers, o questionamento acerca da prática da superação antecipada foi um dos selecionados para resposta pelos representantes dos diversos países participantes⁶. Trata-se, realmente, de questão reveladora relativamente às características de cada um desses modelos. É chegada a hora de análise do tema em referência ao sistema brasileiro.

Para tais fins, o ponto de partida será a comparação do modelo nacional com o estadunidense, cuja prática judiciária foi terreno fértil para o nascimento e desenvolvimento das técnicas analisadas. Em vários níveis, esse cotejo parece fazer especial sentido: para começar, porque historicamente o sistema brasileiro tem se mostrado bastante permeável aos construtos anglo-americanos de lida com os precedentes, *o que de certa forma foi fomentado pelo CPC/2015*. Dentro desse espectro, a princípio o modelo nacional aproxima-se mais do estadunidense do que

⁴ BRADFORD, Steven C., Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling, *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 41.

⁵ O termo latim “*stare decisis*”, redução de “*stare decisis et non quieta movere*” (algo como manter as coisas como estão e não perturbar o que foi decidido; acatar a decisão) é o nome dado à doutrina anglo-americana de *common law* segundo a qual o tribunal deve decidir determinada questão da mesma maneira que a decidiu no passado, mesmo que sua composição tenha se modificado, ou que os membros tenham mudado de ideia. Trata-se da eficácia horizontal do precedente, que se adiciona à sua eficácia vertical (obrigação do tribunal de seguir prévias decisões de cortes superiores). (SCHAUER, Frederick, *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 37).

⁶ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 560.

do inglês, que possui *stare decisis* bem mais rígido⁷, embora ambos se destaquem como tradicionalmente pertencentes à família do *common law*. Ademais, os artifícios de manejo dos precedentes pelas instâncias inferiores já foram muito refletidos e testados pela doutrina e pelos tribunais norte-americanos, que há séculos vêm lidando vigorosamente com questões de direito jurisprudencial. Proveitosa, portanto, a análise das considerações e conclusões dos estudiosos estadunidenses, e de sua extensibilidade ou não às molduras jurídicas pátrias.

O terreno da transposição de tecnologia processual estrangeira reclama grandes cuidados⁸, contudo, especialmente quando envolvidos países tradicionalmente filiados a tradições jurídicas distintas. Embora seja notável o recente fenômeno da aproximação e até da mixagem de *civil* e *common law*, também é inegável que as estruturas e concepções do direito nos respectivos países foram historicamente moldadas de maneiras diferentes, influenciando a origem, o tratamento e aplicação de precedentes em cada um deles⁹. No âmbito do direito jurisprudencial, nem todas as ferramentas desenvolvidas em um sistema conformam-se ao outro, e, por vezes, o aproveitamento impõe sérias adequações: “É preciso ser universalista, ter janelas para o mundo. Mas um pouco de criatividade, sem reprodução mecânica de chavões, certamente será útil”¹⁰.

Por isso, o primeiro capítulo deste trabalho cuida de contextualizar a temática da aproximação das tradições jurídicas ocidentais e do reflexo do fenômeno nos sistemas estadunidense e brasileiro.

⁷ GOODHART, Arthur L, Case Law in England and America, Cornell Law Review 173, v. 15, n. 2, p. 173–193, 1930, p. 186.

⁸ Barbosa Moreira adverte dos riscos da transposição acrítica e lista os passos para importação bem-sucedida: “A ninguém é lícito duvidar, nos dias que correm, da importância dos estudos comparativos, indispensáveis, entre outros fins, para que os ordenamentos jurídicos possam beneficiar-se reciprocamente das experiências levadas a cabo fora das fronteiras nacionais. (...). Uma coisa, porém, é a atenção crescente ao direito comparado, movimento a que o autor desta palestra dificilmente poderia ser tachado de alheio. Outra, bem distinta, é o deslumbramento ingênuo que impele à imitação acrítica de modelos estrangeiros. (...). A dois pressupostos, segundo penso, devem subordinar-se as operações de importação. Primeiro, cumpre examinar a fundo o modo como na prática funciona o instituto de que se cogita no país de origem. (...). O segundo pressuposto é o convencimento, fruto de reflexão tanto quanto possível objetiva, de que a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la. (...)”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo, n. 99, p. 141–150, 2004, p. 145-146).

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico, Precedentes no Processo Brasileiro, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 163.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição Federal. Revista de direito constitucional e internacional, v.1, 1992, p.115.

Na sequência, o segundo capítulo aborda os seguintes tópicos comparativos, relativamente à temática dos precedentes vinculantes nos EUA e no Brasil: (i) estrutura judiciária subjacente; (ii) fórmulas de elaboração; (iii) dimensão subjetiva; (iv) dimensão objetiva; (v) termo inicial de vigência; (vi) termo final de vigência e meios de revogação; (vii) mecanismos de controle dos desvios; e (viii) fatores principiológicos e culturais.

Com isso, delimitam-se os aspectos fundamentais para a compreensão do tratamento dos precedentes em cada um dos modelos eleitos, apontando-se semelhanças e diferenças relevantes ao ponto focal deste trabalho. Tem-se aí todas as bases¹¹ necessárias para a exposição crítico-comparativa desenvolvida nos capítulos seguintes. Nada obstante, as comparações traçadas podem constituir substrato relevante à análise crítica da importação de toda sorte de tecnologia jurisprudencial estadunidense.

Já no terceiro capítulo foram abordadas as técnicas norte-americanas de manejo dos precedentes “superiores” pelas instâncias ordinárias já mais amplamente utilizadas no sistema nacional, avaliando eventuais adaptações implementadas ou dignas de implementação no Brasil. Em específico, após contextualização acerca da importância das instâncias inferiores no desenvolvimento e na racionalização do direito jurisprudencial, os métodos abordados são (i) *calling dicta* (classificação da regra controladora como *dicta*); (ii) *distinguishing* (distinção); e (iii) *criticizing* (ressalva de entendimento). De fato, é relevante delimitar os contornos e campos de incidência desses instrumentos para que sejam diferenciados e congregados com os cenários de *anticipatory overruling*, o que viabiliza compreensão mais completa acerca da instrumentária eventualmente disponível às partes e aos julgadores na lida com os entendimentos vinculantes das cortes superiores.

Traçado esse panorama, o foco do trabalho volta-se à mais arrojada dessas técnicas: o próprio *anticipatory overruling*. Assim, o quarto capítulo inicia-se pela abordagem (a) da concepção, do tratamento jurisprudencial e da crítica doutrinária do instituto nos Estados Unidos, onde surgido. Na sequência, após breve nota acerca da apreciação da técnica em outros países, passa-se ao exame (b) da sua recepção no Brasil, principiando por (b.1) etapa diagnóstica de seu tratamento corrente na

¹¹ Em meio à exposição desses tópicos iniciais, na abordagem do sistema brasileiro, também serão expostas algumas de nossas opções conceituais que constituem premissas para as explanações subsequentes.

jurisprudência e doutrina pátrias, seguida por (b.2) etapa analítico-propositiva, focada no exame da compatibilização da técnica ao panorama institucional/cultural, aos princípios fundamentais, às regras e institutos processuais do sistema de precedentes brasileiro.

Em uma nota mais prática, serão abordados acórdãos de tribunais intermediários aplicando ou afastando o *anticipatory overruling*, bem como expostos exemplos de situações já vivenciadas no judiciário brasileiro que viabilizam reflexões em torno da pertinência da técnica.

Como forma de arremate, já nas conclusões, apresenta-se fluxograma acerca dos artifícios abordados.

Ao longo de todo o trabalho, que se insere na vertente teórico-metodológica “jurídico-dogmática”, foram utilizadas fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente brasileiras e estadunidenses (em língua inglesa)¹². Ademais, visando conferir maior pragmatismo à exposição, houve corriqueiro recurso a pesquisas empíricas, dados numéricos e estatísticos oriundos de entidades públicas e privadas de ambos os países.

Objetiva-se, enfim, que a presente dissertação represente pequena contribuição para o debate acerca das peculiaridades do sistema jurídico brasileiro e das técnicas de manejo de precedentes superiores nele utilizadas; fornecendo aos nossos operadores do direito substrato crítico e algumas balizas em torno desses mecanismos, especialmente do recém-chegado *anticipatory overruling*.

1 ESTADOS UNIDOS E BRASIL NO CONTEXTO DE APROXIMAÇÃO ENTRE COMMON E CIVIL LAW

O presente capítulo tem por objeto (i) a contextualização acerca da tendência de aproximação entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais (*civil e common*

¹² Barbosa Moreira anota que, historicamente, o sistema brasileiro vem sendo muito influenciado por construtos norte-americanos, os quais, contudo, nossos doutrinadores costumam acessar indiretamente, através de obras em línguas latinas: “Aqui vale a pena registrar um paradoxo. Apesar da imensa difusão que experimentou, particularmente desde o fim da segunda guerra mundial, a língua inglesa não era (nem é) das mais familiares nos meios jurídicos brasileiros. Nossos juristas, em geral — e a constatação parece menos duvidosa entre os processualistas que noutros setores —, sentiam-se e ainda se sentem tradicionalmente mais à vontade no universo dos idiomas latinos. Isso explica que de fenômenos peculiares aos Estados Unidos tomemos conhecimento, com freqüência, por meio de trabalhos redigidos em espanhol ou italiano.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. Revista da Emerj, v. 4, n. 16, p. 11–22, 2001, p. 14).

law); e (ii) o posicionamento dos sistemas jurídicos estadunidense e brasileiro em meio a esse movimento de influência recíproca.

Trata-se do “pano de fundo” para a comparação dos sistemas de precedentes dos dois países, e para a análise da apropriação de construtos jurisprudenciais estadunidenses no modelo brasileiro.

1.1 Movimento de aproximação entre os sistemas de *common* e *civil law*

Por muito tempo toda a doutrina comparatista baseou-se na clássica distinção entre as duas grandes tradições jurídicas ocidentais: *common-law* (família anglo-americana) e *civil law* (família romano-germânica)¹³. Historicamente, as origens da primeira são vinculadas à conquista da Inglaterra pela Normandia, no século XI, seguida da centralização do poder político na monarquia e da instituição de cortes que decidiam os casos e diziam o direito em nome do Rei¹⁴.

Assim, “o direito inglês, que é a raiz do *common law*, foi construído a partir da criatividade jurisprudencial”¹⁵, mediante uma série de pronunciamentos em casos específicos, que foram constituindo um corpo complexo de regras e princípios não positivados, preponderantes sobre antigos costumes locais. A Revolução Inglesa antecedeu a francesa, e teve caráter mais conservador: embora o Rei tenha sido submetido à autoridade do Parlamento, foi preservada a autonomia dos juízes, que sempre lutaram contra o absolutismo, resguardando-se sua prerrogativa de controlar os atos legislativos¹⁶.

¹³ A classificação dos ordenamentos do mundo nas famílias de *civil law*, *common law* e de direitos socialistas, de acordo com critérios históricos, foi difundida, dentre outras, pela obra de René David. Confira-se: DAVID, René, Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹⁴ EWALD, William B., What's So Special About American Law? *Oklahoma City University Law Review*, v. 26, n. 3, p. 1083–1101, 2001, p. 1089. Coexistiram até a metade do século XIX as diferentes “*common law courts*” – que se baseavam no sistema de *writs* (comandos em nome do Rei), a permitir remédios e respostas judiciais apenas para determinadas perturbações – e as “*courts of equity*” – surgidas a partir da inflexibilidade e insuficiência das primeiras para propiciar a justiça em todos os casos. Estas últimas eram autorizadas a aplicar princípios de equidade para decidir as demandas (BERKELEY UNIVERSITY. *The Common Law and Civil Law Traditions*. The Robbins Collection, 2010, p.3).

¹⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 51.

¹⁶ GONÇALVES, Gláucio Maciel de; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie. et al. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2, p. 627–640, p. 628.

Embora há tempos se tivesse desenvolvido a prática judicial de usar decisões pregressas como fontes, o julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, foi um marco do expresse reconhecimento pela *House of Lords* da vinculatividade de seus próprios pronunciamentos anteriores.¹⁷ Consolidava-se, assim, a doutrina do *stare decisis*¹⁸.

Nesse contexto, apontam-se as seguintes características tradicionais dos sistemas jurídicos filiados ao *common law* (nascido na Inglaterra e levado aos Estados Unidos e a outras nações por força da colonização): a inexistência de uma doutrina tão rígida de tripartição dos poderes, havendo coordenação de competências através do sistema de freios e contrapesos, e atribuindo-se aos juízes função criativa (*judge-made law*); o reconhecimento dos precedentes como fonte primária do direito; a prevalência de raciocínio jurídico pragmático, indutivo e analógico; a forte divisão entre direito processual e material, concedendo-se grande importância ao primeiro; e a presença de jurisdição única (sem a especialização administrativa)¹⁹.

Por outro lado, a tradição do *civil law* é atrelada à recuperação, na Itália do século XI, do *corpus iuris civilis* de Justiniano (um enorme compilado de leis civis da Roma Antiga); à influência das normas de direito canônico; e à Revolução Francesa, a exigir a supremacia da lei como reflexo da vontade popular, desaguando no movimento de codificação (com marco no Código Napoleônico, de 1804).²⁰ A França Revolucionária subjugou os juízes – componentes da aristocracia – a meros “bocas da lei”, totalmente submetidos à Assembleia e destituídos de poderes interpretativos²¹.

A partir disso, destacam-se algumas características clássicas dos sistemas jurídicos filiados a essa família: a existência de rígida tripartição de poderes, atribuindo-se ao Legislativo toda atividade produtiva do direito e ao Judiciário função meramente aplicadora²²; a eleição da lei positiva como fonte primária do direito, e sua

¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério, Precedente judicial como fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

¹⁸ Vide nota de rodapé nº 5, supra.

¹⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 54-58.

²⁰ BERKELEY UNIVERSITY, The Common Law and Civil Law Traditions, The Robbins Collection, 2010, p. 2.

²¹ GONÇALVES, Gláucio Maciel de; VALADARES, André Garcia Leão Reis, A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC, in: DIDIER JR, Fredie. et al. Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil, Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2, p. 627–640, p. 628.

²² “A proibição da interpretação da lei pelo juiz e a doutrina da estrita separação dos poderes ganhou ainda mais força com a instituição de um órgão para exercer a função de cassação, a Corte de

elaboração de maneira sistemática e abrangente; o predomínio de raciocínio jurídico dedutivo (aplicação da norma legal aos casos concretos por simples silogismo), fundado em conceitos abstratos²³; e a divisão máxima entre direito público e direito privado, inclusive com repartição da jurisdição em administrativa e ordinária²⁴.

Em síntese, no *civil law*, o direito se desenvolvia de “cima para baixo”, advindo da aplicação de normas positivas previamente fornecidas pelo Estado; enquanto no *common law*, a construção vinha de “baixo para cima”, pelas decisões em casos concretos. Naquele, havia um corpo normativo abstrato e coerente (“direito nos livros”), enquanto neste a estrutura era mais caótica e pragmática (“direito em ação”)²⁵.

Esse cenário se refletiu nas diferentes metodologias de ensino, causas e consequências das dessemelhanças entre os dois modelos. Na França, surgiram importantes universidades jurídicas desde o final da Idade Média, e o “direito dos professores” desde cedo assumiu grande relevância, a princípio com cadeiras de direito romano e canônico, e depois com a introdução de matéria nacional (séc. XVII)²⁶:

Nos países do continente, ao contrário da Inglaterra, prevaleceu a solução proposta pelas universidades. A família romano-germânica tira daí a sua existência: ela é composta de países que, numa medida variável, mas sempre importante, sofreram na sua maneira de conceber o direito, na apresentação, nos métodos de investigação, e, por vezes, nas próprias regras do seu direito, a influência do ensino ministrado nas faculdades de direito destas universidades²⁷.

Em contrapartida, durante muito tempo a formação do jurista inglês assentou-se somente na prática: o jovem desejoso de seguir a carreira passava a acompanhá-

Cassação francesa, que tinha por finalidade “*impedir que os juízes, em vez de se limitarem a dar a aplicação ao direito vigente, invadissem a esfera do poder legislativo*” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. III. Com notas de Tullio Liebman, p. 297). No início, a Corte tinha a função de cassar a decisão que apresentasse uma interpretação incorreta, mas não a função de proferir nova decisão com a interpretação correta em substituição à decisão cassada. Somente com o passar do tempo é que se constatou que o momento de cassação da decisão também seria propício para que a Corte proferisse nova decisão, afirmando a interpretação correta; transformação que só ocorreu em meados da década de 1960.” (BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso, Ação rescisória e precedentes, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 25-26).

²³ ENTRIKIN, J Lyn. The death of common law, Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 42, n. 2, p. 352–488, 2019, p. 444.

²⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 42.

²⁵ EWALD, William B. What’s So Special About American Law? Oklahoma City University Law Review, v. 26, n. 3, p. 1083–1101, 2001, p. 1090.

²⁶ DAVID, René, Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 42-44.

²⁷ Ibid., p. 50-51.

la junto a um órgão judicial ou a um escritório advocatício, aprendendo com a observação do mestre, tal qual nas profissões artesanais²⁸. “Foi apenas no século XVIII que o direito inglês foi considerado um tema digno de ser ensinado em uma universidade”²⁹, mas apenas no final do século XIX essa modalidade de ensino se tornou mais relevante.

No entanto, a partir de meados do séc. XX, a doutrina passou a notar verdadeiro movimento de convergência entre as duas grandes famílias ocidentais:

Ao mesmo tempo que os sistemas de civil law têm se movido no sentido da adoção de formas de controle de constitucionalidade da legislação; as nações de common law têm se movido no sentido de sistemas mais extensivamente codificados. Nesses sentidos, as duas tradições estão começando a convergir. A tradicional autoridade e independência do juiz de common law foi reduzida nos anos mais recentes pela introdução de legislação ampla e abrangente (...).³⁰

Dentre os fatores que contribuíram para esse movimento, ressalta-se o fenômeno do neoconstitucionalismo. No cenário pós 2ª Guerra Mundial, fez-se claro que a lei poderia ser usada como instrumento legitimador de abusos de poder e de atrocidades. O instrumento eleito para a contenção dessas máculas foi a Constituição, que se tornou rígida, de difícil modificação, e com direitos fundamentais incrustados, a orientar a interpretação de todo o corpo normativo³¹.

Assim, houve a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional³², com inarredável ganho de importância da jurisdição e do Judiciário, ao qual foi atribuída maior função interpretativa-criativa (e não meramente exegética) dos textos legais, visando à efetivação concreta dos princípios e direitos

²⁸ CANAEGEM, R. C. van. Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 42. Há de se destacar, contudo, o papel relevante das *Inns of Court*, organizações corporativas de juristas ingleses funcionais desde o séc. XIV, que a princípio serviam apenas como acomodações para advogados viajantes, adquirindo feição de entidades de ensino da carreira jurídica com o passar do tempo. (NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 88-89).

²⁹ *Ibid.*, p. 43.

³⁰ Tradução nossa. LUNDSGAARD, David C.; UTTER, Robert F., *Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some Thoughts from a Comparative Perspective*, *Ohio State Law Journal*, v. 54, n. 3, p. 559–583, 1993, p. 581.

³¹ BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação rescisória e precedentes*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 27.

³² A égide do Estado Constitucional enfraquece a divisão entre civil e common law, porque submete tanto a autoridade do juiz quanto à do legislador à Constituição, à teoria dos direitos fundamentais e à teoria da argumentação (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 111).

fundamentais³³. Assim, verificou-se certa aproximação das funções dos juízes de *civil law* relativamente às dos magistrados do *common law*. De fato, em diversos sistemas classicamente romano-germânicos, especialmente naqueles dotados de cortes supremas, ganhou relevo o direito jurisprudencial, sobretudo em matéria constitucional³⁴.

Com efeito, já há vários países de *civil law* que adotam precedentes formalmente obrigatórios³⁵, mas, mesmo não sendo esse o caso, faz-se presente a “vinculatividade de fato”³⁶. Isto é: embora possa existir resistência teórica ao reconhecimento formal da autoridade dos pronunciamentos judiciais, a prática forense acaba a legitimando em maior ou menor medida³⁷.

Relevante notar, contudo, que em muitas nações de *civil law* que passam a adotar direito jurisprudencial formalmente vinculante, sua introdução acontece via reforma legislativa, e não via evolução cultural³⁸. Ou seja: ao contrário do que ocorre nos países de *common law*, a lei (fonte primária) é que impõe a observância ao precedente (dotado, assim, de normatividade reflexa).

Paralelamente, nos países de tradição anglo-saxônica, a exemplo da Inglaterra, a influência do Estado do Bem-Estar Social³⁹ somou-se à percepção da incongruência entre o desenvolvimento comercial e a incerteza causada pelo imenso corpo de

³³ “A abertura principiológica contida na Constituição, seguida da alocação na jurisdição como guardiã das normas constitucionais, acaba por transferir para a jurisdição o importante papel de resolver crises jurídicas, inclusive entre os poderes estatais (...)”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 54).

³⁴ LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 344.

³⁵ DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 160.

³⁶ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 532.

³⁷ Especialmente no que se refere à Alemanha, Finlândia, França, Itália, Espanha e Suécia, foi essa a conclusão da pesquisa empírica conduzida por Neil Maccormick e Robert Summers há mais de duas décadas, quando o fenômeno da convergência entre as tradições jurídicas ocidentais ainda era menos ostensivo do que atualmente: “Diferenciar sistemas de civil e common law é um lugar-comum entre os advogados. É banal aprender que precedentes significam menos nos primeiros do que nos segundos, e algumas vezes duvidou-se de que eles representam alguma coisa nos sistemas romano-germânicos. O presente trabalho mostra que a dúvida é infundada. Aqui é demonstrado que os precedentes contam muito em países de civil law. A tendência de convergência entre os sistemas dos dois tipos é um fato saliente do final do século XX, embora ainda permaneçam reais diferenças, algumas de grande importância.” (Ibid, p. 2). Tradução nossa.

³⁸ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 138-139.

³⁹ GALIO, Morgana Henicka, Overruling: a superação do precedente, Tese de Doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p. 94.

entendimentos judiciais (inacessível aos leigos)⁴⁰. Buscou-se então a produção legislativa como forma de atingir a igualdade e a cognoscibilidade do direito, o que resultou em uma onda de codificação. Marco disso foi a adoção das *Rules of Civil Procedure* (Código de Processo Civil) na Inglaterra, em 1999, com algumas disposições inspiradas nos ordenamentos da Europa Continental⁴¹. Ademais, diversas peculiaridades que afastavam o modelo processual do *common law* do estilo romano-germânico foram relativamente mitigadas ao longo do tempo⁴².

Enfim, hoje, os países de *common law* reconhecem a prevalência hierárquica da lei sobre a jurisprudência⁴³; apesar de a fonte legislativa ser insuficiente para resolução autônoma de boa parte das controvérsias, especialmente em determinados ramos jurídicos (envolvendo demandas de responsabilidade civil, por exemplo, classicamente construídas por direito jurisprudencial)⁴⁴.

Embora as diferenças no estilo de raciocínio jurídico sejam sempre apontadas como as maiores remanescências da divisão entre *civil* e *common law*, até mesmo nessa seara nota-se alguma aproximação. Realmente, a argumentação teórica, com emprego da doutrina, tem ganhado importância no ensino e prática jurídicos dos países de *common law*; enquanto o recurso aos casos concretos tem se tornado cada vez mais indispensável nas universidades e tribunais das nações romano-germânicas⁴⁵. Ademais, a doutrina aponta o caráter transordenamental das teorias céticas da interpretação surgidas no séc. XX (vinculadas à superação do cognitivismo e à percepção da indeterminação do direito) como fator intensificador da interpenetração das duas tradições jurídicas⁴⁶.

⁴⁰ WILLISTON, Samuel, *Written and Unwritten Law*. American Bar Association Journal, v. 17, n.1, p. 39–41, 1931, p. 40–41. Destaca o autor que, em qualquer civilização ocidental, quando o crescimento do direito consuetudinário e judiciário chega a determinado nível, tornando-se desorganizado, segue-se o movimento de codificação.

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. Revista da Emerj, v. 6, n. 24, p. 55–69, 2003, p. 60.

⁴² Aponta-se, por exemplo, o ganho de importância do juiz como gestor do processo (em detrimento do antigo papel arbitral passivo, típico do modelo adversarial), a utilização da fase do pre-trial como oportunidade para a solução precoce da lide; e a perda de espaço do júri cível. O processo, como ramo que perpassa todas as demais áreas do direito, ganha relevo no movimento de aproximação das tradições jurídicas. (TARUFFO, Michele, *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*, Revista de Processo, v. 110, p. 141–158, 2003, p. 146-147.)

⁴³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 70.

⁴⁴ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 533.

⁴⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 445.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel, *Precedentes: da persuasão à vinculação*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 43.

Ressalte-se que, para além de quaisquer paradigmas teóricos, o crescente fenômeno da globalização desponta como pano de fundo de todas as convergências em comento⁴⁷. Com o desenvolvimento das telecomunicações, intensifica-se a troca de informações entre os membros de diferentes sistemas jurídicos, com alto compartilhamento de problemas e soluções, influenciando legisladores e juristas a se inspirarem em mecanismos e técnicas estrangeiros. Para além dos cenários convencionais, a multiplicação de organismos e fóruns internacionais é fator que acentua os canais de troca, impulsiona instrumentos jurídicos multipolares, além de influenciar os ordenamentos das nações-membro a alguns níveis de homogeneização⁴⁸. Tem-se, então, alta circulação de modelos e institutos jurídicos, capaz de mitigar algumas características tradicionais da filiação romano-germânica ou anglo-saxônica.

Para além disso, a integração econômica e o alto tráfego de pessoas e mercadorias a nível global também impõe certo grau de uniformização transnacional. Os investimentos e o comércio internacionais exigem panorama de segurança jurídica⁴⁹, demandando, ao mesmo tempo, a presença de leis conhecidas e de jurisprudência forte e estável.

Como resultado de todos os aspectos citados, o que se tem hoje no Ocidente são sistemas jurídicos altamente complexos e multifacetados⁵⁰, com certos atributos de ambas as tradições jurídicas (em maior ou menor grau), somados a características peculiares que não remetem a nenhuma delas, além de traços de “direito global”. Nesse contexto, o comparatismo legal – que é ao mesmo tempo causa e efeito da aproximação em comento⁵¹ – passa a depender cada vez mais do estudo e eleição de sistemas específicos, sem agrupamentos simplificadores dos fenômenos jurídicos.

⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Sistema Brasileiro de Precedentes, 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 9.

⁴⁸ A exemplo da Organização das Nações Unidas e da União Europeia (ENTRIKIN, J Lyn. The death of common law. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 42, n. 2, p. 352–488, 2019, p. 445). Note-se que os países membros da União Europeia são formalmente vinculados aos precedentes da sua Corte de Justiça, o que impõe certa observância ao *stare decisis* até às nações que lhe são mais resistentes (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 74).

⁴⁹ A respeito da repercussão dos interesses econômicos no direito, conduzindo o diálogo e a pilhagem jurídica entre os países, com especial enfoque para a “americanização do Estado de Direito”: MATTEI, Ugo; NADER, Laura. Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

⁵⁰ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 4.

⁵¹ “A globalização tem efeitos importantes como fator de harmonização, e talvez de unificação dos instrumentos jurídicos, e às vezes isso também acontece no âmbito do direito processual. Além disso,

Em conclusão: ao menos em termos, é seguro falar no fim da rígida dicotomia entre *civil* e *common law*⁵², que sede espaço para múltiplas experiências jurídicas peculiares e interconectadas. Nesse panorama de troca constante, inexistem empecilhos apriorísticos à recepção e aproveitamento de técnicas jurídicas entre dois sistemas classicamente atrelados a uma e outra tradição⁵³, inclusive porque as fronteiras entre elas são cada vez menos estanques, conforme exposto.

Não se ignora, contudo, que a histórica filiação a determinada família foi capaz de deixar marcas⁵⁴ que até hoje se refletem, inclusive, no trato dos precedentes⁵⁵. Portanto, no estudo do intercâmbio de institutos jurídicos estrangeiros (especialmente de “direito jurisprudencial”), essencial dispensar preconcepções generalistas e investigar caso a caso as semelhanças e diferenças entre os modelos emissor e receptor, com especial enfoque às adaptações reclamadas por este último⁵⁶.

a circulação de modelos processuais é favorecida pelo desenvolvimento de estudos comparativos também na área do direito processual (pelo menos em alguns países), e isso ajuda a reduzir o provincialismo cultural dos tribunais. Efeitos semelhantes derivam da 'internacionalização' de alguns aspectos do processo, como jurisdição, intimação, obtenção de provas, execução de sentenças etc.” (TARUFFO, Michele, *Dimensioni transculturali della giustizia civile.*, Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, p. 1047–1084, 2000, p. 1076). Tradução nossa.

⁵² “No atual estado da arte, a complexidade da experiência jurídica nos vários países ou ao interno das diversas famílias jurídicas, não mais se coaduna com certas posturas excludentes ou dicotomias radicais (...). Uma postura de isolamento dos ramos jurídicos hoje se torna impraticável, não se justificando nem mesmo por argumentos reportados a contingenciamentos geográficos, diferenças culturais ou distinta evolução histórica de cada povo. O fato de os países da família de *common law* terem privilegiado o precedente judiciário (*stare decisis et non quieta movere*), enquanto os do *civil law* escolherem a norma como fonte principal dos direitos e correlatas obrigações (dentre nós: CF, art. 5º, caput e inc. II), hoje já não basta para se pretender o confinamento de um e outro desses sistemas em searas incomunicáveis; antes, a realidade contemporânea vai exibindo uma tendencial e crescente intercomunicação das experiências (...).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 13-14).

⁵³ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 66-67.

⁵⁴ Barbosa Moreira reconhecia o obscurecimento das divisas entre as famílias ocidentais, entendendo, contudo, pela sua permanência, listando diversas razões para tanto: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo*. Revista da Emerj, v. 6, n. 24, p. 55–69, 2003, p. 65-67.

⁵⁵ Na conclusão de seu célebre estudo, Neil McCormick e Robert Summers referem-se a diferenças remanescentes atinentes aos seguintes pontos centrais: forma de estruturação das decisões geradoras de precedentes das Cortes Superiores; o tratamento argumentativo de precedentes nas decisões subsequentes; a tradição de diferenciar entre *ratio* e *dicta*; a facticidade das proposições jurídicas; o desenvolvimento da prática do *distinguishing*; a suficiência de um único precedente para gerar vinculatividade; a liberdade das cortes ordinárias de desviar-se dos precedentes; a liberdade das cortes superiores de desviar-se de seus próprios precedentes (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 536-539).

⁵⁶ Vide nota de rodapé nº 8 , supra.

1.2 Estados Unidos e Brasil: sistemas híbridos?

Tendo em vista o escopo do presente trabalho, cumpre então posicionar os sistemas estadunidense (emissor) e brasileiro (receptor) no contexto da aproximação das famílias jurídicas ocidentais.

Pelos laços com a metrópole inglesa, as Treze Colônias norte-americanas acabaram acolhendo a tradição do *common law*, bem como, em certa medida, as normas do direito britânico⁵⁷. *Realmente, os Commenteris on the Laws of England, de Blackstone, são referenciados como uma das principais fontes empregadas pelas cortes desde o período pré-revolucionário, com influência que se alastra até a contemporaneidade*⁵⁸.

A revolução americana, entretanto, conduziu à independência dos Estados Unidos (1776), e a estruturação do novo país refletiu sua organização dos tempos coloniais – nos quais o controle político não era exercido com muito rigor pela chamada “*mother-nation*”⁵⁹. Ao contrário das nações europeias, o povo norte-americano nunca experienciou um Estado forte e centralizado (herança da monarquia), controlado por uma elite profissional e burocrática. Pelo contrário, a descentralização colonial e as bandeiras revolucionárias conduziram à limitação do poder através de sua total repartição: horizontal (com os três poderes bem definidos); e vertical (com os governos federal e dos estados – sendo estes imbuídos de imensa autonomia)⁶⁰.

Juntamente com a adoção da república presidencialista, tais soluções acabaram formalizadas na Constituição do país (cuja fórmula rígida e escrita já a apartava do modelo inglês), iniciada com os famosos dizeres “we the people”. Eis aí uma das raízes da democracia contemporânea. De acordo com a doutrina, o

⁵⁷ René David leciona que nos primórdios coloniais (século XVII), praticamente não havia nenhum jurista nas colônias, nas quais aplicava-se um direito bastante primitivo, por vezes baseado na Bíblia e ou no arbítrio dos magistrados. No século XVIII, com a melhoria das condições de vida, sente-se a necessidade de um direito mais evoluído, e inicia-se o movimento de aplicação mais geral do *common law*. (DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 450-451).

⁵⁸ Influente tratado do século XVIII sobre o direito inglês, dividido nos volumes direito das pessoas, direitos das coisas, direito dos danos privados e direito dos danos públicos. Trata-se do primeiro tratado metódico e sistemático sobre o tema desde a idade média (SELLERS, Mortimer N. S. The Doctrine of Precedent in the United States of America. The American Journal of Comparative Law, v. 54, p. 67–88, 2006, p. 72-73).

⁵⁹ EWALD, William B. What's So Special About American Law? Oklahoma City University Law Review, v. 26, n. 3, p. 1083–1101, 2001, p. 1100.

⁶⁰ Ibid., p. 1099-1100.

entranhamento do ideal de soberania popular em todas as instituições é a marca que diferencia o sistema político e jurídico estadunidense, desde o seu nascedouro, sendo a causa fundamental do seu crescente distanciamento do modelo britânico⁶¹. As noções de “Estado” e de “profissionalização intelectual” tem um papel secundário⁶². Reflexos disso no judiciário e no processo são, por exemplo, a prática da eleição dos juízes, e a subsistência do júri em causas cíveis, com discricionariedade, inclusive, para fixação de valores de indenizações.

Interessante notar que a Constituição americana é muito antiga (1789) e foi emendada pelo Congresso apenas 27 vezes, sendo 10 nos dois anos subsequentes à promulgação. Portanto, sua vitalidade contemporânea deve-se à sua natureza sintética e às diferentes interpretações judiciais que lhe foram conferidas ao longo dos anos⁶³, a exigir certa flexibilidade na mutação do direito jurisprudencial, principalmente em matéria constitucional.

Assim, embora as doutrinas do *stare decisis* e dos precedentes obrigatórios tenham sido recepcionadas da Inglaterra, com o passar do tempo, e especialmente no séc. XX, distanciaram-se da rigidez com que eram praticadas na *mother-nation*⁶⁴. Para além dos fatores citados, os ideais de liberalismo, progressismo e soberania popular, somados à influência da escola realista⁶⁵, geraram terreno de maior liberdade para eventuais desvios dos precedentes, contrabalanceados por ressalvas à proteção da confiança.⁶⁶ Nas palavras do *Chief Judge* Cardozo (célebre jurista norte-americano):

Eu acho que a adesão ao precedente deve ser a regra e não a exceção (...). Mas estou pronto para admitir que a regra de aderência ao precedente, apesar de não dever ser abandonada, pode ser em algum nível flexibilizada (...). Deve haver maior prontidão para abandonar uma posição insustentável quando se possa razoavelmente supor que a regra a ser descartada não foi

⁶¹ Ibid., p. 1100-1101.

⁶² Ibid, p. 1097.

⁶³ COLE, Charles. The reality of binding precedent in America. NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, p. 137–154, 2005, p. 143.

⁶⁴ GOODHART, Arthur L. Case Law in England and America. Cornell Law Review 173, v. 15, n. 2, p. 173–193, 1930, p. 180. O autor apresenta diversos exemplos de casos em que juízes ingleses afirmaram a rigidez do *stare decisis* e recusaram-se a desviar-se ou a superar precedentes errados e ultrapassados, motivados pelo valor da estabilidade jurisprudencial (Ibid., p. 175-179).

⁶⁵ Cohen menciona que os realistas viam o direito como ciência social, o que afetou o Judiciário dos Estados Unidos, estimulado a lidar mais ativamente com os cambiantes problemas da vida norte-americana. Assim, o common law do país passou a ser mais fluido e sensível às demandas sociais e aos impactos das suas decisões. (COHEN, Morris L. The Common Law in the American Legal System: The Challenge of Conceptual Research. Law Library Journal, v. 81:13, p. 13–31, 1989, p. 27).

⁶⁶ GOODHART, Arthur L. Case Law in England and America. Cornell Law Review 173, v. 15, n. 2, p. 173–193, 1930, p. 181.

determinante à conduta dos litigantes e, particularmente, quando em sua origem foi produto de instituições ou condições que ganharam um novo significado ou evolução com o passar dos anos (...).⁶⁷

Ademais, a prática judiciária estadunidense ganhou molduras próprias a partir da institucionalização da doutrina do *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade). Mediante uma série de decisões, com marco no julgamento do caso *Marbury vs. Madison* (1803), a *Supreme Court* reconheceu a prerrogativa dos tribunais americanos de decidir sobre a constitucionalidade dos atos legislativos e executivos – algo nunca concebido na Inglaterra, que sequer possui Constituição escrita/sistematizada.⁶⁸ Posteriormente, na decisão de *Gibbons vs. Ogden* (1824), a Corte fixou balizas de controle de legalidade, determinando a preponderância de normas federais de comércio sobre regulamentações estaduais conflitantes⁶⁹.

Lado outro, a tradição de recurso aos precedentes foi temperada por movimento de codificação especialmente precoce e intenso⁷⁰, que ganhou muitos distintos apoiadores no país, conduzidos por insatisfação com a imensidão jurisprudencial nos 50 estados, e por anseios de racionalização do direito⁷¹. “O ideal republicano e o sentimento do direito natural deviam, por outro lado, fazer ver com bons olhos a codificação; parecia normal que a Declaração de Direitos e a Constituição dos Estados Unidos fossem completadas pelos códigos”. A Louisiana adotou Código de Processo Civil muito cedo, em 1805, e as demais unidades federadas logo aderiram à tendência. Durante o século XX, dois fatores contribuíram

⁶⁷ CARDOZO, Benjamin Nathan. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Cosimo, 2009, p. 149-151.

⁶⁸ COHEN, Morris L. *The Common Law in the American Legal System: The Challenge of Conceptual Research*. *Law Library Journal*, v. 81:13, p. 13–31, 1989, p. 24.

⁶⁹ *Ibid*, p. 24.

⁷⁰ Nesse contexto de tão intensa codificação, a doutrina descreve que, algumas décadas após a independência, travou-se verdadeira batalha no país entre a filiação ao common e ao civil law. Aponta-se, contudo, que na segunda metade do século XIX ficou clara a prevalência da primeira, pela forte influência da língua e cultura inglesas através dos laços coloniais. “Contudo, o conflito que, depois da independência dos Estados Unidos, se produziu neste país e se prolongou por mais de meio século, entre o sistema romano-germânico e a common law, não foi estéril. Contribuiu poderosamente para dar à common law dos Estados Unidos caracteres particulares em confronto com a common law da Inglaterra. Os Estados Unidos continuaram a ser um país de common law no sentido de que lá se conservaram, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família da common law o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características, muitas vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica, pelos quais se deixou seduzir num determinado momento da sua história.” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 452-454).

⁷¹ COHEN, Morris L. *The Common Law in the American Legal System: The Challenge of Conceptual Research*. *Law Library Journal*, v. 81:13, p. 13–31, 1989, p. 25-26.

para a primazia da norma positiva como fonte do direito estadunidense: (i) a profissionalização da prática legiferante, mediante adição de pessoal partidário e especializado aos órgãos legislativos; e (ii) a ascensão do “Estado Administrativo”, gerando a multiplicação de agências governamentais dotadas de amplos poderes regulamentares, especialmente na era do *New Deal*⁷².

Atualmente, ainda há áreas do direito, principalmente na seara privada, primordialmente constituídas por *case-law*, mas, mesmo nesses âmbitos, os *Restatements*⁷³ são comumente consultados pelos juristas, quase como códigos inoficiais⁷⁴⁻⁷⁵. Outrossim, em meio à imensa pluralidade de jurisdições estatais e linhas jurisprudenciais conflitantes, o ensino jurídico estadunidense⁷⁶ tem assumido direção mais crítica e especulativa, embora sempre focada na análise de casos concretos: “o professor inglês enfatiza o que o tribunal decidiu; o professor norte-americano explica também o que deveria ter decidido”⁷⁷. Ademais, os cursos universitários de direito vêm adicionando matérias obrigatórias voltadas ao estudo de leis e regulamentos.⁷⁸

Cumprе mencionar, por fim, as múltiplas influências políticas, sociais e culturais sobre os Estados Unidos, uma nação constituída de imigrantes, multiétnica por excelência⁷⁹. Durante muito tempo, a Louisiana foi território francês, e a Califórnia esteve sob controle espanhol/mexicano, e até hoje seus sistemas jurídicos, assim como os de alguns outros estados, guardam laços especiais com a tradição do *civil*

⁷² ENTRIKIN, J Lyn. The death of common law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 42, n. 2, p. 352–488, 2019, p. 448-452.

⁷³ Tratados produzidos pelo American Law Institute a partir de 1923, compilando princípios e regras em cada área do direito estadunidense, destiladas a partir da análise de precedentes. No entanto, muitas vezes inclui-se recomendações acerca de qual seriam os posicionamentos corretos. Embora não sejam dotados de autoridade vinculante, os *Restatements* possuem alto valor persuasivo, por serem o resultado do trabalho de respeitados professores, juízes e advogados. (HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY, Secondary Sources: ALRs, Encyclopedias, Law Reviews, Restatements, & Treatises. 2020. Disponível em: <https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=309942&p=2070280>. Acesso em: 08.04.2022).

⁷⁴ EWALD, William B. What’s So Special About American Law? *Oklahoma City University Law Review*, v. 26, n. 3, p. 1083–1101, 2001, p. 1087.

⁷⁵ Alguns Estados, como a Califórnia, possuem Código Civil (Ibid, p. 1087).

⁷⁶ A princípio, à semelhança da Inglaterra, a formação do jurista norte-americano se assentava na prática. Apenas no final do século XVIII foram criados os cursos de direito nas Universidades. (NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 126).

⁷⁷ Tradução nossa. GOODHART, Arthur L. *Case Law in England and America*. *Cornell Law Review* 173, v. 15, n. 2, p. 173–193, 1930, p. 190.

⁷⁸ ENTRIKIN, J Lyn. The death of common law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 42, n. 2, p. 352–488, 2019, p. 480.

⁷⁹ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 66.

*law*⁸⁰. As ordenações de Justiniano eram reconhecidas pelos *founding fathers* como fontes de direito, e acabaram invocadas em algumas das primeiras decisões paradigmáticas das cortes americanas – que viriam a constituir os seus mais importantes precedentes⁸¹. Enfim, na contemporaneidade, o país não passa ileso ao fenômeno e às demandas da globalização, conforme expostas no tópico antecedente, o que acentua a já latente recepção de influências alheias ao *common law*.

Por todo esse contexto, alguns estudiosos chegam a afirmar que o sistema jurídico estadunidense não pertence mais à categoria do *common law*, sendo essa filiação um anacronismo perpetuado pela Academia⁸². Outros concluem que o modelo norte-americano continua se encaixando naquela tradição, por força do papel central ainda exercido pelos precedentes e de outros caracteres atrelados àquela família, como o processo adversarial e o raciocínio jurídico indutivo⁸³. Mesmo nesta segunda corrente, contudo, reconhece-se marcantes diferenças relativamente às molduras inglesas, sendo tais distinções atreladas principalmente ao federalismo, à Constituição escrita e ao *judicial review*⁸⁴.

Noutro giro, no Brasil, as instituições e práticas de *civil law* foram implantadas a partir da colonização de Portugal, onde a tradição romano-germânica encontrou terreno natural e fértil⁸⁵. Em resultado, após a independência, a primeira Constituição

⁸⁰ BERKELEY UNIVERSITY. The Common Law and Civil Law Traditions. The Robbins Collection, 2010, p. 4.

⁸¹ “Mesmo na cultura moderna do *common law*, os *Institutos* de Justiniano e outras fontes importantes do *civil law* podem aparecer na jurisprudência. Um clássico ainda ensinado aos estudantes de direito americanos é o caso de direito de propriedade de 1805 de *Pierson v. Post*. No seu cerne estava uma disputa de caça em que o réu matou e levou, à vista do autor, uma raposa que ele vinha caçando ativamente com seus cães há algum tempo. Decidindo pelo réu, a Suprema Corte de Nova York citou o Livro II, Título 1, Seção 12, dos *Institutos* como fundamento para sua conclusão de que ‘a perseguição por si só não dá direito de propriedade em animais *ferae naturae* (selvagens por natureza), que podem ser adquiridos apenas pela posse”. Tradução nossa (Ibid, p. 7).

⁸² ENTRIKIN, J Lyn. The death of common law. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 42, n. 2, p. 352–488, 2019, p. 464-465.

⁸³ “É diferente o panorama nos Estados Unidos. Aí, a instrução probatória continua a depender em larga medida da iniciativa das partes (*rectius*: dos advogados). Uma das chaves mestras utilizadas nessa atividade consiste no procedimento denominado *discovery*, cuja substância reside na possibilidade, que se abre aos advogados, de pesquisar e explorar fontes de prova fora do âmbito judicial. (...). Afigura-se bem ponderada a manifestação daqueles que, sem deixar de registrar a tendência moderna do processo civil norte-americano a resgatar o juiz da posição de mero árbitro passivo, tampouco se abstém de reafirmar a diretriz primacial do *adversary system*, que confia acima de tudo nos esforços dos próprios litigantes” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. Revista da Emerj, v. 6, n. 24, p. 55–69, 2003, p. 60-61).

⁸⁴ DEL-BOVE, Marion Charret; FRANCOZ-TERMINAL, Laurence. How Common is the Common Law? Some Differences and Similarities in British and American Superior Court Decisions. Alicante Journal of English Studies, n. 28, p. 59–82, 2015, p. 61-79.

⁸⁵ “O direito romano tornou-se, muito naturalmente, o “direito comum” da Itália, da Espanha e de Portugal. Com efeito, ele representava nesses países o costume geral, independente de qualquer

brasileira já afirmava a lei como parâmetro exclusivo das condutas comissivas ou omissivas dos cidadãos (art. 179, I, da Constituição Política do Império, de 1824), em disposição que se perpetua até a CRFB/1988 (art. 5º, II). Ao longo do tempo, para além da influência portuguesa, o processo civil brasileiro buscou inspiração em outros modelos da Europa Continental (como o francês, o alemão e o italiano – grande referência para os CPCs de 1939 e 1973)⁸⁶, o que ratificou diversos traços de *civil law*, como o esquema inquisitorial no âmbito probatório e a inexistência de júri cível (atribuindo-se ao magistrado concursado amplos poderes de investigação e decisão fáticos)⁸⁷⁻⁸⁸.

No entanto, a doutrina posiciona o país como um dos grandes vanguardistas no movimento de aproximação entre as famílias ocidentais⁸⁹, devido às fortes influências sofridas também do *common law*, e, mais especificamente, do sistema estadunidense, principalmente a partir da Constituição Republicana de 1891⁹⁰.

Em verdade, entre nós o histórico do ganho de importância dos entendimentos jurisprudenciais remonta ao período colonial. Desde 1604, vigoravam em Portugal e nas suas colônias as Ordenações Filipinas, que previam como fontes do direito as “leis do reino” e os “estilos da corte” – correspondentes à jurisprudência uniforme dos tribunais superiores, denominados “assentos”⁹¹, intensamente aplicados no Brasil até o período do Império (em que passaram a ser emitidos também pela Casa de Suplicação e pelo Supremo Tribunal de Justiça)⁹².

recepção. As Siete Partidas contribuíram decisivamente, na Península Ibérica, para o reconhecimento da sua autoridade, em detrimento dos costumes locais que podiam ser derogados”. (DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 61).

⁸⁶ LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. Revista de Ciência Política, n. 33 (1), p. 55–90, 1990, p. 70. A autora confere destaque à difusão dos ensinamentos de Chiovenda através da influência de Liebman e Buzaid.

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo. Revista da Emerj, v. 6, n. 24, p. 55–69, 2003, p. 63-64.

⁸⁸ Didier afirma que o CPC/2015 teria adotado uma terceira modalidade de organização do processo, distinta da inquisitiva e da adversarial: a cooperativa. (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 49, p. 89–99, 2013, p. 93-99).

⁸⁹ Segundo Hermes Zanetti, o Brasil sempre teve vocação híbrida, assimilando institutos de ambas as famílias jurídicas. (ZANETTI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 23-24).

⁹⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 180.

⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 67.

⁹² CRUZ E TUCCI, José Rogério, Precedente judicial como fonte do Direito, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 233.

Indo adiante, conforme prenunciado, em 1891 a Constituição arquitetada por Rui Barbosa recebeu imensas influências do modelo estadunidense, a começar pelos dizeres inaugurais: “nós, os representantes do povo brasileiro” (semelhante a “*we the people*”). Em especial, a Carta norte-americana serviu de referência para implementação: da forma republicana e federativa (com divisão em União e Estados)⁹³; do governo presidencialista; do Supremo Tribunal Federal (inspirado na *Supreme Court*); e do *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade)⁹⁴, gerando ganho de importância ao Judiciário⁹⁵. Note-se que “esses traços básicos penetraram profundamente no direito brasileiro”⁹⁶, constituindo fundamentos de nosso sistema jurídico até os dias de hoje.

Tamanha foi a inspiração no modelo norte-americano que o Decreto nº 848/1890, que organizava a justiça federal, previu que “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.”

A partir de então, ao longo dos anos, a prática forense e múltiplos atos normativos encarregaram-se da implantação de diversos institutos de direito jurisprudencial, construindo a peculiar história do sistema de precedentes brasileiro⁹⁷. Para além das reformas do CPC/1973⁹⁸, responsáveis pela enxertia de alguns importantes instrumentos, a doutrina menciona dois momentos-chave nessa linha do tempo. Trata-se da publicação: (i) da EC nº 45/2004, que introduziu as súmulas vinculantes do STF; e (ii) do CPC/2015, “que busca implementar um sofisticado sistema de precedentes” dotados de efetiva força vinculante.⁹⁹

⁹³ A estrutura federal tríplice, com a inclusão dos Municípios, só veio posteriormente, constituindo peculiaridade evolutiva do federalismo brasileiro (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 715).

⁹⁴ Ressalta-se que, décadas depois, a esse modelo acresceu-se o controle concentrado de constitucionalidade, de origem austríaca, bastante ampliado pela CRFB/1988. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1306-1307).

⁹⁵ LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. Revista de Ciência Política, n. 33 (1), p. 55–90, 1990, p. 61.

⁹⁶ Ibid, p. 62.

⁹⁷ A respeito dessa evolução normativa, no detalhe: CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018, p. 113-125.

⁹⁸ Bem pormenorizadas em: BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Ação rescisória e precedentes. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 36-38.

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 12.

Parte da Academia afirma, que, especialmente com a chegada do CPC/2015, o Brasil possui todo o arcabouço estrutural e normativo necessário ao acolhimento do *stare decisis*, com destaque para a adoção do paradigma neoconstitucionalista, para a primazia dos princípios da segurança jurídica, da igualdade, da eficiência, da duração razoável do processo e da boa-fé, e para a existência de uma organização judiciária centralizada e hierarquizada¹⁰⁰.

A relevância do direito jurisprudencial no país atingiu altos níveis. Isso se verifica não só na letra da lei (cuja legitimidade ainda é questionada por parcela da doutrina¹⁰¹), como também na inescandível prática forense, em que argumentação e decisão quase sempre invocam pronunciamentos judiciais anteriores (formalmente vinculantes ou não)¹⁰². Ademais, “não obstante o nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente de Coimbra), não se desconhecem atualmente inúmeros cursos de Direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do common law.”¹⁰³

Nesse viés, alguns estudiosos defendem a impossibilidade de classificação do sistema brasileiro contemporâneo como aderente ao *civil law*¹⁰⁴. Tratar-se-ia, em verdade, de modelo híbrido¹⁰⁵, que sofreu grandes influências estadunidenses¹⁰⁶, especialmente a nível constitucional. Estas, aliás, transbordam o território dos precedentes, atingindo a própria organização do Estado, conforme visto, mas também outros institutos processuais, a exemplo de nossas ações coletivas, inspiradas nas

¹⁰⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 209.

¹⁰¹ Cruz e Tucci, por exemplo, sustenta a inconstitucionalidade da atribuição pelo CPC/2015 de força obrigatória a precedentes/teses diversos das súmulas vinculantes e das decisões em controle concentrado. Confira-se: CRUZ e TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: Fredie Didier Jr. et al. (coord.) Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445–457.

¹⁰² Notando esse fenômeno: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: Temas de direito Processual - Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299–314, p. 300.

¹⁰³ Esse é o entendimento de Fredie Didier, para quem o direito constitucional brasileiro seria mais ligado ao *common law*, enquanto o direito infraconstitucional seria reflexo do *civil law*: DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 59.

¹⁰⁴ Ibid., p. 57-60.

¹⁰⁵ Essa é a conclusão de Lucas Buril de Macêdo: “O Brasil, na verdade, é mestiço até no seu sistema jurídico (...). Já houve, inclusive, consignação dessas observações como *obiter dictum* em um julgamento do STF, no qual o Ministro Luiz Fux afirmou que ‘O Brasil, hoje, não se pode mais dizer um País com sistema processual de matiz romano-germânica, tamanha a influência do Direito anglo-saxônico’, ao que o Ministro Gilmar Mendes respondeu: ‘É uma realidade...’ (BRASIL – STF – Recurso Extraordinário nº 586.453/SE, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para acórdão Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20.02.2013, DJe 05.06.2013). (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 76).

¹⁰⁶ Acerca do curioso veículo dessa influência, vide nota de rodapé nº 12, supra.

class-actions; do filtro de admissibilidade de nosso recurso extraordinário, semelhante à *petition for certiorari*; de nossos juizados especiais, correspondentes às *small claim courts*, e até de nossa cláusula do devido processo legal, oriunda do *due process of law* estadunidense¹⁰⁷.

Em contrapartida, parcela da doutrina entende que o sistema brasileiro continua filiado à tradição romano-germânica¹⁰⁸, por atribuir relevância às suas origens históricas, à preponderância da lei como fonte do direito, à subsistência do raciocínio jurídico abstrato e dedutivo e de alguns outros caracteres gerais daquela família¹⁰⁹ (a exemplo dos poderes instrutórios do juiz)¹¹⁰. No âmbito infraconstitucional, nosso direito privado sempre foi e continua sendo fortemente inspirado nos institutos romanos e nos ordenamentos francês, italiano e alemão¹¹¹.

Pela breve incursão realizada, faz-se claro que os sistemas estadunidense e brasileiro são pioneiros no cenário da aproximação das tradições jurídicas. Cuida-se de movimentos em direções opostas: o primeiro partiu da tradição do *common law* e inundou-se de práticas e institutos romano-germânicos; enquanto o segundo iniciou inserido no *civil law* e vem sendo tomado por construtos anglo-americanos, principalmente pela forte influência norte-americana. No terreno constitucional e de direito jurisprudencial, os dois modelos guardam algumas afinidades históricas, e, em determinados aspectos, é possível que se encontrem no meio dos seus caminhos, ambos destacados no mapa de convergência das grandes famílias ocidentais.

¹⁰⁷ Correlações destacadas por: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. Revista da Emerj, v. 4, n. 16, p. 11–22, 2001, p. 15-17.

¹⁰⁸ Por exemplo: BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Ação rescisória e precedentes. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 38.

¹⁰⁹ Ressalta-se que o Brasil tem sido grande receptor de institutos estrangeiros como um todo, e não apenas estadunidenses, inclusive no âmbito do direito jurisprudencial. Rodolfo de Camargo Mancuso destaca, por exemplo, a declarada inspiração na *Musterverfahren* alemã para criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 81). Acerca das diversas influências estrangeiras sobre o direito brasileiro, confira-se: LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. Revista de Ciência Política, n. 33 (1), p. 55–90, 1990.

¹¹⁰ Segundo Barbosa Moreira “o ordenamento pátrio é - e continuará a ser - um rebento da família romano-germânica”. De acordo com ele, o núcleo característico de um sistema processual reside “fundamentalmente na relação entre os papéis atribuídos ao juiz e às partes”, revelado na forma de coleta do material probatório utilizado como base do juízo fático (modelo adversarial *versus* inquisitivo). A consideração desse fator apartaria o sistema brasileiro do estadunidense, juntamente com contraposições relativas aos poderes do juiz de aplicar sanções aos responsáveis por comportamentos irregulares; ao emprego do júri em matéria cível; e à inclinação ao uso de meios alternativos de resolução de controvérsias – que seria bem maior nos EUA. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. Revista da Emerj, v. 4, n. 16, p. 11–22, 2001, p.18-21).

¹¹¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 58.

Parece-nos, enfim, que a decisão acerca da “classificação formal” desses dois sistemas como componentes de uma, outra ou nenhuma tradição jurídica – largamente dependente do enfoque eleito pelo estudioso – é menos importante que a apreensão das múltiplas influências atuantes sobre ambos. De toda forma, considerando a importância do critério histórico e das suas heranças nos sistemas jurídicos, nos basta estabelecer que se trata de modelos *classicamente* filiados às famílias de *common* (EUA) e *civil law* (Brasil), hoje dotados de importantes traços híbridos e atípicos.

Outrossim, esse contexto de compatibilidades gerais entre os dois sistemas¹¹² parece fazer do Brasil terreno próprio aos transplantes de institutos jurisprudenciais norte-americanos (os quais de fato vêm ocorrendo, constituindo causa e consequência dessas afinidades, num “ciclo vicioso”). Entretanto, inexistente correspondência entre os precedentes brasileiro e estadunidense¹¹³ – o que se deve a diferenças históricas, ideológicas, normativas, institucionais e culturais, atreladas ou não à clássica filiação de cada ordenamento. Para além da percepção de coincidências, a apreensão dessas divergências é essencial para importações e adaptações bem-sucedidas de práticas estadunidenses. O aprofundamento dessa temática constitui objeto do capítulo seguinte.

2 SISTEMAS ESTADUNIDENSE E BRASILEIRO DE PRECEDENTES: ABORDAGEM COMPARATIVA

O presente capítulo tem por objeto a delimitação das semelhanças e diferenças entre os sistemas norte-americano e brasileiro relativamente a alguns aspectos fundamentais no contexto dos precedentes. Foram eleitos, em específico, atributos

¹¹² Patrícia Perrone destaca algumas dessas afinidades: “(...) embora os Estados Unidos da América adotem o common law e tenham, por consequência, uma longa tradição na operação com precedentes vinculantes, dispõem, por outro lado, de uma constituição escrita e rígida. Seus precedentes voltam-se, portanto, a aplicar uma norma geral, à semelhança de uma lei, o que aproxima o direito constitucional norte-americano, em alguma medida, do modo de operar do sistema romano-germânico. O sistema norte-americano serviu, ainda, de inspiração para o controle difuso da constitucionalidade brasileira, responsável, atualmente, pelo maior volume de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. E as decisões e o modo de operar da sua Suprema Corte exercem influência sobre o nosso debate de temas constitucionais e são tidos como uma referência relevante pela jurisprudência e pela doutrina brasileiras”. (PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017, p. 268-269).

¹¹³ Ibid, p. 269.

pertinentes ao ponto focal do presente trabalho (manejo de precedentes “superiores” pelas instâncias inferiores, culminando no *anticipatory overruling*), os quais guardam implicações mútuas. Nada obstante, as comparações traçadas podem constituir substrato relevante à análise crítica da importação de toda sorte de tecnologia jurisprudencial estadunidense.

2.1 Estrutura judiciária e aspectos procedimentais básicos¹¹⁴

Em termos de justiça comum, assim como no Brasil, as cortes dos Estados Unidos dividem-se em federais e estaduais, sendo a competência das primeiras bem definida e a das segundas residual (absorvendo, assim, a maioria das demandas)¹¹⁵. Contudo, no modelo norte-americano, paralelamente ao *federal court system*, cada um dos 50 Estados possui total competência para instituir seus próprios sistemas judiciários e processos civis, tudo a nível infraconstitucional e local (*state court systems*)¹¹⁶. O mesmo não se passa no modelo brasileiro, em que a Constituição erige as estruturas básicas da justiça federal e estadual¹¹⁷, atribuindo à União competência legislativa exclusiva em matéria processual (art. 22, I, da CRFB).

Sem ignorar essa circunstância, mas recorrendo à generalização dos esquemas adotados na maioria dos estados norte-americanos (como faz a própria

¹¹⁴ Neste tópico será abordada somente a justiça comum, com foco na jurisdição cível. Ambos os países possuem braços de justiça especializada em razão da matéria, os quais, contudo, optamos por não abordar neste trabalho, para fins de simplificação.

¹¹⁵ Como regra geral, nos Estados Unidos, as cortes federais têm competência para resolver disputas que envolvem normas federais, enquanto as cortes estaduais resolvem lides atinentes às normas estaduais (que constituem a maior parte do direito norte-americano). Há outras competências federais específicas (por exemplo, sobre disputas entre estados ou entre cidadãos de diferentes estados); bem como algumas competências concorrentes entre as jurisdições federal e estadual (gerando poder de escolha ao litigante). Confira-se: SCOLUM, Robin Wellford. *Introduction to american legal system*. 3. ed. San Francisco, CA: LexisNexis, 2011, p. 22-23.

¹¹⁶ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States*. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 355.

¹¹⁷ A estrutura analítica da constituição brasileira a difere da estadunidense, que é sintética. (PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado*. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017, p. 269). Nosso Judiciário é destrinchado em diversas disposições da CRFB (arts. 92-126), enquanto a Carta norte-americana trata brevemente do seu judiciário federal em um único artigo (art. 3º).

doutrina local¹¹⁸), é possível estabelecer paralelo entre as estruturas judiciárias básicas dos dois países em lume¹¹⁹.

A justiça federal estadunidense é composta de duas instâncias ordinárias: em primeiro grau, atuam as *district courts* (organizadas em 13 circuitos); e, em segundo grau, as *courts of appeal*, cada qual superior a um circuito¹²⁰. Trata-se de órgãos comparáveis às nossas varas federais (organizadas em seções) e Tribunais Regionais Federais (TRFs).

Quanto à justiça estadual, geralmente há *trial courts* em primeira instância e *appellate courts* em segunda instância¹²¹; correlatas às varas estaduais e Tribunais de Justiça (TJs) brasileiros. No entanto, a maioria dos estados norte-americanos têm ainda uma terceira instância, ocupada pelas *state courts of last resort/state supreme courts*, as quais não possuem correspondência no sistema nacional. As competências dessas cortes variam de estado para estado, mas elas por vezes julgam os recursos mais importantes atinentes à interpretação das constituições locais¹²², função que, no Brasil, concentra-se nos TJs.

A par disso, o esquema recursal básico das cortes norte-americanas assemelha-se ao brasileiro: o julgamento meritório final proferido pelo juiz de primeiro grau pode ser apelado ao correspondente Tribunal¹²³. A princípio, em 2ª instância, os recursos são apreciados em painéis fracionários de poucos julgadores (com um líder/relator), havendo casos de quórum estendido e de apreciação plenária¹²⁴. Por outro lado, a recorribilidade das interlocutórias é bastante limitada, vigorando a *final judgment rule*¹²⁵ – semelhante à sistemática implantada no art. 1.015 do CPC/2015, já com os temperos jurisprudenciais da “taxatividade mitigada”.

¹¹⁸ Por exemplo: EMMERT, Frank; TONI M., Fine. *Introduction to the American Legal System*. Berlin: Langenscheidt, 2006, p. 109-110.

¹¹⁹ Ambos possuem *small claim courts*/juizados especiais, os quais, contudo, não serão abordados no presente trabalho. A respeito dessa correlação, confira-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da Emerj*, v. 4, n. 16, p. 11–22, 2001, p. 16.

¹²⁰ SCOLUM, Robin Wellford. *Introduction to american legal system*. 3. ed. San Francisco, CA: LexisNexis, 2011, p.23.

¹²¹ EMMERT, Frank; TONI M., Fine. *Introduction to the American Legal System*. Berlin: Langenscheidt, 2006, p. 110.

¹²² COLE, Charles. The reality of binding precedent in America. *NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 137–154, 2005, p. 140.

¹²³ BONFIELD, Lloyd. *American Law and the American Legal Sytem in a Nutshell*. 2. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021, p. 68.

¹²⁴ KING, Kimi L; LEUZINGER, Julie A. *Introduction to the Law and the American Legal System*. In: *Contemporary Issues in Higher Education Law*. Clevelend: Education Law Association, 2015, p. 6.

¹²⁵ É ver: KANE, Mary Kay. *Civil procedure: in a nutshell*, 4. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 239-240; Mirza, Flavio. Algumas questões sobre a apelação no processo civil norte-americano e brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5., p. 95-115, 2010.

Duas peculiaridades dos arranjos estadunidenses merecem destaque: (i) algumas demandas são julgadas por júri cível, ao qual é delegada a decisão acerca dos aspectos fáticos, em primeira instância¹²⁶; e (ii) desde o segundo grau as análises limitam-se a aspectos jurídicos, salvo raras exceções¹²⁷.

Na prática, ambos os países sediam alta litigância: estudo especializado revela que, em 2018, os EUA tiveram 20.330 processos novos para cada cem mil habitantes, enquanto no Brasil o número atingiu 13.445¹²⁸. No entanto, há diferenças marcantes quanto ao desfecho dessas demandas: no sistema norte-americano a manutenção de processos cíveis envolve altíssimos custos (sem defensoria pública e com advocacia contenciosa cobrada por hora). Isso, dentre outros fatores, contribui para o *settlement* (resolução via acordo) de mais de 50% dos casos em fase anterior ao julgamento de 1ª instância¹²⁹. No Brasil, as sentenças homologatórias de acordo ainda têm representado menos de 10% do total¹³⁰, nada obstante os elogiáveis esforços legislativos e institucionais para reverter esse cenário. Como resultado, nos EUA, em 2018, o número de casos pendentes era apenas 7,8% superior ao número de casos novos (21.918 processos pendentes, a cada cem mil habitantes); enquanto, no Brasil, o percentual atingiu 180,5% (37.742 processos pendentes, a cada cem mil habitantes)¹³¹⁻¹³².

Noutro enfoque, os dois modelos guardam diferenças fulcrais no que tange à quantidade e à estruturação das suas cortes de vértice. É que os Estados Unidos possuem apenas a *Supreme Court*, apta a conhecer apelos oriundos das últimas instâncias federal e estadual, em matérias de direito federal constitucional e

¹²⁶ Interessante notar que em algumas causas cíveis as partes podem requerer ou dispensar o julgamento pelo júri. (BONFIELD, Lloyd. *American Law and the American Legal System in a Nutshell*. 2. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021, p. 68).

¹²⁷ EMMERT, Frank; TONI M., Fine. *Introduction to the American Legal System*. Berlin: Langenscheidt, 2006, p. 109.

¹²⁸ FELONIUK, Wagner. Brasil e Estados Unidos da América: comparação quantitativa de Sistemas Judiciais. *Revista Latino-Americana de Relações Internacionais*, v. 3, n.1, p. 155–178, 2021, p. 165.

¹²⁹ O “senso comum” americano sugere a finalização via acordo em mais de 90% dos casos, mas estudos especializados demonstram que as taxas são menores, embora ainda constituam a maioria: BARKAI, John; KENT, Elizabeth. *Let’s Stop Spreading Rumors About Settlement and Litigation*. Ohio St. J. on Disp. Resol, v. 29, p. 85–148, 2014.

¹³⁰ Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números 2021*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em 20.05.2022.

¹³¹ FELONIUK, Wagner. Brasil e Estados Unidos da América: comparação quantitativa de Sistemas Judiciais. *Revista Latino-Americana de Relações Internacionais*, v. 3, n.1, p. 155–178, 2021, p. 166.

¹³² Note-se que o número de magistrados nos dois países é relativamente semelhante: em 2018, os EUA contavam com 7,66 juízes ativos para cada cem mil habitantes. No Brasil, o número era de 8,70. (Ibid., p. 169).

infraconstitucional (para além de suas competências originárias, que são bastante limitadas)¹³³. O deferimento do *writ of certiorari*¹³⁴, que implica admissão do recurso para apreciação meritória, insere-se em ambiente de total discricionariedade, e a negativa dispensa qualquer justificação¹³⁵⁻¹³⁶. Em geral, cogita-se a concessão do *certiorari* quando, relativamente a temáticas federais importantes, verifica-se: (i) grande divergência interpretativa entre os tribunais ordinários; (ii) desvio, pela corte inferior, do entendimento da *Supreme Court*; ou (iii) questão nova que reclama manifestação superior¹³⁷.

O Tribunal é composto por nove membros (incluindo um *Chief Justice*), que analisam os pedidos de *certiorari* e realizam todos os julgamentos de mérito no regime *en banc* (plenário)¹³⁸, seja no procedimento normal (que permite discussões orais), seja no sumário¹³⁹. A regra para a admissão do apelo, analisada a portas fechadas, é que quatro dos nove julgadores opinem positivamente (“*rule of four*”): geralmente o resultado da análise é divulgado mediante ordem positiva ou negativa de apenas uma

¹³³ BONFIELD, Lloyd. *American Law and the American Legal System in a Nutshell*. 2. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021, p. 69.

¹³⁴ Em hipóteses muito limitadas (por exemplo, em casos de lei antitruste em que o próprio governo é demandante), a *Supreme Court* analisa “apelos diretos”. Ademais, em teoria, a Corte também pode analisar *certified questions* – existentes quando o próprio tribunal intermediário formalmente requisita que uma controvérsia seja examinada. Na prática, o instrumento caiu em quase completo desuso. De longe, portanto, o cenário mais usual é a análise via *certiorari*. Vide: NIELSON, Aaron. *The Death of the Supreme Court’s Certified Question Jurisdiction*. *Catholic University Law Review*, v. 59, p. 483–492, 2010.

¹³⁵ “At times judges or courts do not give reasons because doing so would be inefficient or impossible as a practical matter. There is no way that the Supreme Court can be expected to provide reasons for why it does not hear each of the thousands of cases a year it declines to review.” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 175). Interessante notar que a doutrina norte-americana considera que seria pragmaticamente impossível que os Justices da *Supreme Court* oferecessem fundamentos para todas as negativas de *certiorari*. Fato é que, no Brasil, o não conhecimento recursal é sempre fundamentado.

¹³⁶ De acordo com a Rule nº 10 das *Rules of the Supreme Court*, a concessão do *certiorari* não é questão de direito, e sim de discricionariedade judicial. (USA, *Rules of the Supreme Court of the United States*, 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em 22.06.2022). Em várias ocasiões, a Corte já deixou claro que o indeferimento nada significa quanto à sua eventual opinião meritória.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ BONFIELD, Lloyd. *American Law and the American Legal System in a Nutshell*. 2. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021, p. 69.

¹³⁹ Nos “*summary proceedings*”, logo após a concessão de *certiorari*, produz-se decisão meritória breve, dispensando-se arguições orais. Geralmente são aplicáveis nas hipóteses de erros evidentes na aplicação de precedentes. Alternativamente aos procedimentos comum e sumário, a *Supreme Court* ainda pode conceder *certiorari* e ordenar que o próprio tribunal inferior reanalise o caso, via “*grant, vacay and remand order*” (GVR), geralmente desacompanhada de qualquer fundamentação escrita, aplicável principalmente quando houve mudança nas normas aplicáveis ao caso. (CHEN, Richard C. *Summary Dispositions as Precedent*. *William & Mary Law Review*, v. 61, p. 691–753, 2020, p. 691, p. 706).

linha¹⁴⁰. A taxa de deferimento é baixa: em média, 7.000 a 8.000 recursos chegam à Corte todos os anos, mas apenas 80 seguem para análise meritória (com concessão de *certiorari*)¹⁴¹. No “termo” 2020-2021 (outubro de 2020 a outubro de 2021) somente 68 *opinions* (acórdãos) foram publicadas, sendo a grande maioria referente a recursos¹⁴².

Por outro lado, na justiça comum brasileira, as funções de vértice acabaram repartidas entre dois órgãos jurisdicionais: o STF e o STJ. Como visto, o primeiro já era previsto na constituição republicana de 1891, mediante forte inspiração na *Supreme Court* estadunidense, a princípio lhe cabendo a guarda da Constituição e da legislação federais. Atualmente, contudo, os recursos extraordinários dirigidos ao Supremo restringem-se à matéria constitucional, e são submetidos a filtro de admissibilidade fundado na “repercussão geral” (art. 102, §3º da CRFB, inserido pela EC nº 45/2004), cujo reconhecimento depende dos votos da maioria absoluta do plenário.

De certo modo, se trata de instituto correlato à *certiorari* estadunidense, atrelado à importância e transcendência supra partes da matéria¹⁴³. Contudo, o grau de discricionariedade relegado à Suprema Corte brasileira é mais limitado, considerando a exigência de análise pública e fundamentada, impondo-se o deferimento quando presentes “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo” (art. 1.035, §1º, do CPC). Não obstante, dado o grau de indeterminação desses requisitos legais, inegável que existe espaço de discricionariedade na interpretação acerca da sua casuística configuração.

Adicionalmente aos apelos extraordinários, também são apreciadas pelo STF recursos ordinários, ações em controle concentrado de constitucionalidade

¹⁴⁰ Com poucas exceções, em que algum julgador se sente compelido a escrever um *statement* a respeito.

¹⁴¹ Supreme Court of The United States, FAQs – General Information. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx. Acesso em 22.06.2022.

¹⁴² Supreme Court of The United States, Opinions of the Court – 2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/20>. Acesso em 22.06.2022.

¹⁴³ A correlação entre os institutos já era abordada por Barbosa Moreira quando a EC nº 45/20004 ainda era mero projeto: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. Revista da Emerj, v. 4, n. 16, p. 11–22, 2001, p. 16-17.

(inexistentes nos EUA)¹⁴⁴; e outras causas de sua competência originária (art. 102 da CRFB), compondo lista muito mais extensa do que a da *Supreme Court*.

O Tribunal é composto por onze ministros, divididos em duas turmas de cinco, mais o presidente, além do plenário¹⁴⁵. Em 2021, foram recebidos 77.449 processos (originários e recursais) no STF, e proferidos 15.417 acórdãos (4.987 do plenário). Especificamente, 46.240 recursos/agravos extraordinários “líquidos” aportaram na corte, houve reconhecimento de repercussão geral em 42 casos (para o que são necessários seis votos favoráveis), e 65 julgamentos meritórios sob essa sistemática.¹⁴⁶ Lado outro, foram ajuizadas 572 ações de controle concentrado, e julgadas 562 demandas dessa espécie. Nenhuma nova súmula foi publicada¹⁴⁷.

Paralelamente, o sistema brasileiro conta também com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), importante criação do constituinte de 1988, que o responsabilizou pelos recursos “finais” atinentes à interpretação da legislação infraconstitucional federal. Nesse âmbito, após anos de debates e tramitação legislativa, recentemente foi instituído novo filtro de admissibilidade para o recurso especial, atrelado à relevância da matéria, a ser reconhecida por 2/3 dos membros do órgão julgador (EC nº 125/2022, que inseriu os §§ 2º e 3º no art. 105 da CRFB). Contudo, também foram erigidas presunções absolutas de relevância (a exemplo das causas que ultrapassam 500 salários-mínimos), que a princípio mantém a passagem especial bem mais ampla que a extraordinária¹⁴⁸.

De toda sorte, a estrutura da chamada “Corte Cidadã” é mais robusta: trata-se de 33 ministros, divididos em três seções especializadas, cada qual com duas turmas; mais a corte especial¹⁴⁹. Para além da competência para julgamento de apelos

¹⁴⁴ A respeito da peculiar convivência, no Brasil, dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 56-62.

¹⁴⁵ As competências entre os órgãos são divididas no Regimento Interno do STF. Ações de controle concentrado, teses de repercussão geral e súmulas são julgadas pelo plenário (*em banc*). Para detalhamento, confira-se: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 938-974.

¹⁴⁶ Esses dados têm que ser compreendidos com cautela, pois a maioria dos processos apreciados em repercussão geral em 2021 não chegaram no STF nesse mesmo ano.

¹⁴⁷ Dados cf: STF, Relatório de atividades do Supremo Tribunal Federal - 2021. Brasília, 2022. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/3775>>. Acesso em: 22.06.2022.

¹⁴⁸ Também existem presunções de repercussão geral, cf. art. 1.035, 3º, do CPC (acórdãos que contrariam súmulas ou jurisprudência dominante do STF, ou que declarem inconstitucionalidade de tratado ou lei federal). Estas, contudo, são mais restritas que as presunções do filtro da relevância.

¹⁴⁹ Competências distribuídas no Regimento Interno do STJ. Para maior detalhamento: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 979-984.

especiais, o STJ também possui muitas outras (originárias e em recurso ordinário), cf. art. 105 da CRFB. Em 2021, o Tribunal recebeu 408.770 processos (originários e recursais), e proferiu 107.167 acórdãos. Houve 47 julgamentos meritórios sob a sistemática de repetitivos, e 11 novas súmulas¹⁵⁰.

A duplicidade de cortes de superposição federais impõe dinâmicas interessantes no âmbito do processo brasileiro, inexistentes nos EUA¹⁵¹. Por exemplo, é possível o manejo de recursos especial e extraordinário em face de um mesmo decisório de 2ª instância; e de extraordinário contra acórdão do STJ. Em qualquer caso, plausível que STJ e STF, adotando enfoques constitucional e infraconstitucional, respectivamente, atinjam conclusões contrárias sobre uma mesma controvérsia – gerando flutuações e repercussões importantes sobre nosso sistema de precedentes¹⁵².

Pode-se concluir, enfim, que enquanto a *Supreme Court* funciona nos moldes de efetiva “corte de precedentes”, com altíssima discricionariedade e julgamento de baixo número de casos (meros pretextos para pronúncia de relevantes entendimentos)¹⁵³; os números do STF e do STJ revelam a cumulação de tal excepcional papel com o de “cortes superiores”, verdadeiras “últimas instâncias” de boa parte dos casos concretos¹⁵⁴⁻¹⁵⁵. Apesar dos esforços legislativos para reduzir essa demanda (a exemplo das emendas da repercussão geral e da relevância), somados a altas doses de jurisprudência defensiva, ela ainda é uma realidade candente.

A título conclusivo, colaciona-se abaixo representação visual simplificada das organizações abordadas neste tópico:

¹⁵⁰ Dados cf.: STJ, Relatório de gestão do exercício de 2021. Brasília, 2022. Disponível em: https://transparencia.stj.jus.br/wp-content/uploads/relatorio_gestao_2021.pdf Acesso em: 22.06.2022.

¹⁵¹ Como observado em: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 33.

¹⁵² Semelhantes divergências também podem ocorrer entre tribunal estadual/federal e corte superior, tanto no Estados Unidos quanto no Brasil. Entre STF e STJ, a peculiaridade está na repartição da competência de interpretação “final” do corpo normativo federal (constitucional e infraconstitucional), entre duas cortes de vértice, possuindo ambas papel central na formação de precedentes e súmulas.

¹⁵³ Como nota: BRUHL, Aaron-Andrew P. Deciding When to Decide: How Appellate Procedure Distributes the Costs of Legal Change. *Cornell Law Review*, v. 96, p. 203–264, 2011, p. 235.

¹⁵⁴ Einsenberg fixa duas funções dos tribunais que por vezes se tencionam entre si: (i) resolução de disputas; e (ii) enriquecimento do corpo normativo a orientar os comportamentos sociais (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, edição kindle, posições 143-213).

¹⁵⁵ A dualidade entre cortes de precedente e cortes superiores, e os esforços do CPC para alçar STF e STJ à primeira categoria são tratados em: MITIDIÉRO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 105-113.

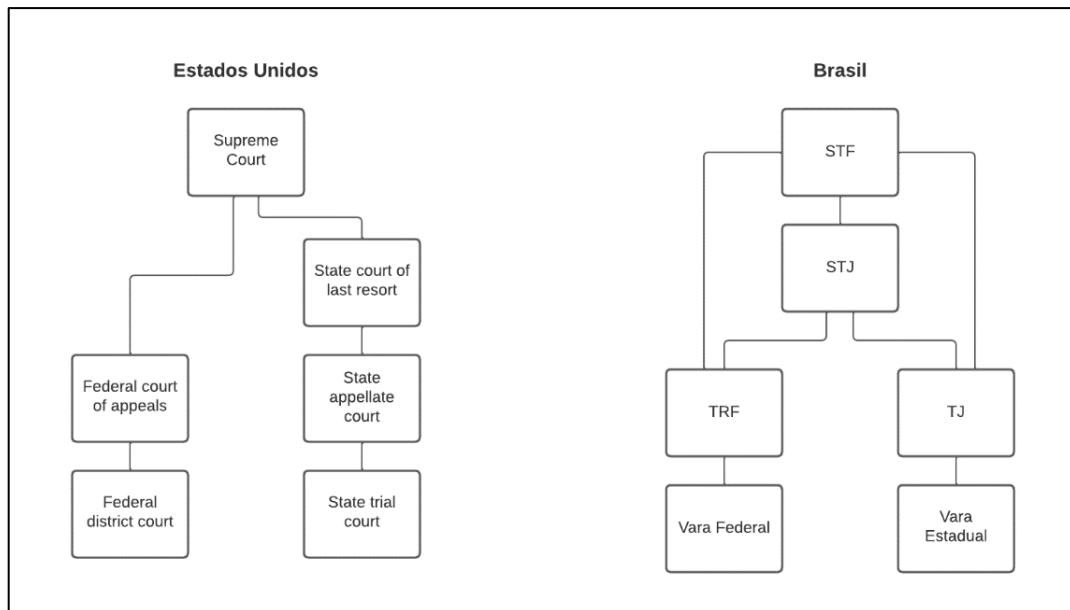


Figura 1 Estruturas Judiciárias – EUA e Brasil. Fonte: autoria própria.

Em suma, nas instâncias ordinárias, as estruturas judiciárias básicas de Estados Unidos e Brasil conduzem as demandas submetidas ao processo civil por caminhos gerais relativamente semelhantes¹⁵⁶. Entretanto, há marcadas diferenças quanto à organização e ao papel das cortes superiores, com relevantes decorrências sobre os respectivos sistemas de precedentes¹⁵⁷.

2.2 Fórmulas de elaboração de precedentes, técnica e conteúdo decisório

Nos Estados Unidos, de forma geral, inexistente norma positiva prescrevendo que determinados pronunciamentos judiciais devem ser seguidos em julgamentos posteriores, ou estabelecendo *a priori* quais decisões se tornarão precedentes

¹⁵⁶ Este trabalho não se debruça, contudo, sobre as inúmeras particularidades que conferem aspectos muito distintos às duas paisagens processuais nas quais se inserem esses “caminhos”. O modelo adversarial e o grande recurso à oralidade, por exemplo, atribuem colorido muito próprio à praxe forense norte-americana, principalmente em primeira instância. A respeito, confira-se: BONFIELD, Lloyd. *American Law and the American Legal System in a Nutshell*. 2. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021, p. 75-104.

¹⁵⁷ “The commonly understood rules of binding vertical and horizontal precedent are dependent in substantial part on the structure of the judicial system in which those rules are applied.” (DOBBINS, Jeffrey C. *Structure and Precedent*. *Michigan Law Review*, v. 108, n. 8, p. 1453–1496, 2010).

vinculantes¹⁵⁸⁻¹⁵⁹. Como é típico à tradição do *common law*, a observância de entendimentos anteriores é costumeira, cultural, inerente à estrutura judiciária¹⁶⁰⁻¹⁶¹. Ademais, curiosamente, a doutrina dos *binding precedents* foi construída e consagrada em ilustres acórdãos da *Supreme Court*, os quais, eles próprios, geraram importantes precedentes¹⁶².

Na prática, qualquer decisão colegiada publicada pode gerar precedente obrigatório para os tribunais e juízes que lhe são hierarquicamente inferiores, e, em menor grau, para a própria corte prolatora¹⁶³. A vinculação acontece quando, ao apreciarem casos concretos, os tribunais subordinados verificam que a corte superior já enfrentou, em qualquer sede, a matéria que agora lhes é apresentada (presentes as mesmas circunstâncias fáticas), tendo adotado certo entendimento com base em um fundamento interpretativo determinante. Devido à estrutural piramidal do judiciário, e à vigência da doutrina dos *binding precedents*, aqueles julgadores acatam e aplicam tal pronunciamento, independentemente de concordarem ou não com seu teor meritório¹⁶⁴.

¹⁵⁸ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 371. A doutrina americana reconhece, no entanto, que o Congresso Nacional norte-americano já legislou indiretamente sobre os precedentes quando aprovou normas relativas à própria estrutura judiciária. A respeito das implicações: DOBBINS, Jeffrey C. *Structure and Precedent*. *Michigan Law Review*, v. 108, n. 8, p. 1453–1496, 2010.

¹⁵⁹ Exceção seja feita a alguns códigos de processo estaduais, como o do Estado de Minnesota, que determina quais decisões devem ter força de precedente.

¹⁶⁰ “The use of precedent by courts in the USA should be viewed as a tradition or a practice, rather than a legal doctrine in the strictest sense of the word, because it is so deeply embedded in the culture of the legal profession and the judiciary that it takes place without much reflection by judges.” (SELLERS, Mortimer Newlin Stead. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 67–88, 2006, p. 86). Há quem defenda o *stare decisis* como corolário dos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito, o que lhe atribuiria indireto status constitucional nos EUA: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 124.

¹⁶¹ “Just as children are expected to obey their parents even when they disagree, as privates are expected to follow even those orders from sergeants they believe wrong, as Catholics are expected to follow the dictates of the pope even if they think those dictates mistaken, and as employees are expected to follow the instructions of their supervisors, lower court judges are expected to follow the “instructions” of those courts above them in what the military calls the “chain of command.” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 41-42).

¹⁶² SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 371

¹⁶³ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36-37.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 40-41.

Ou seja: de certa maneira, o precedente é descoberto a *posteriori*, mediante aplicação pelos órgãos vinculados¹⁶⁵. Por óbvio, ao enfrentar uma matéria relevante pela primeira vez (“*cases of first impression*”), ou mediante fundamentos/resultado inovadores, os julgadores têm ciência de que ali deverá ser formado um precedente¹⁶⁶. Mas não há, como no Brasil, qualquer predeterminação formal nesse sentido, ou prescrição de procedimento peculiar.

Em suma, nos EUA, os precedentes derivam da seguinte técnica decisória, especialmente na *Corte Suprema*: apenas posteriormente aos debates colegiados, ocorridos a portas fechadas, um redator é encarregado da elaboração da *opinion of the court*, na qual descreve os principais fatos, colaciona os fundamentos determinantes adotados pela maioria e registra o resultado do caso¹⁶⁷. Pode haver a apresentação de: (i) votos divergentes (resultado contrário); e/ou (ii) votos concorrentes (mesmo resultado, sob fundamentos determinantes diversos), com ou sem adesões minoritárias¹⁶⁸⁻¹⁶⁹. Comumente há negociações em torno da minuta inicial da *opinion*, visando aglutinar o maior número de julgadores dentro da maioria¹⁷⁰.

A doutrina nota que tal esquema decisório é um interessante “meio termo” entre as práticas *seriáticas* do *common law* inglês (em que apresentados os votos de cada juiz), e o clássico modelo *per curiam* do *civil law* continental (em que publicizado

¹⁶⁵ Com essa percepção acerca do precedente do common law: ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores históricos, hermenêutico e democráticos que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie et al. Precedentes. Salvador: Juspodivm, p. 399-406, 2015, p. 404.

¹⁶⁶ As cortes têm ciência do impacto de suas decisões quando vão enfrentar uma “question of first impression”: SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 366.

¹⁶⁷ BONFIELD, Lloyd. American Law and the American Legal System in a Nutshell. 2. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021, p. 102-103.

¹⁶⁸ “In the United States, but usually not in Great Britain, for example, the appellate opinion is an opinion of the court and represents the views of a majority of the judges hearing the case. There may at times be concurring opinions, in which a judge agrees with the majority opinion but wants to elaborate on what the majority said, and often there are dissenting opinions. And in the Supreme Court we frequently see opinions “concurring in the judgment,” which means that the Justice agrees with the outcome but for different reasons from the majority, and consequently refuses to join the majority opinion.” (SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 172).

¹⁶⁹ Confira-se tal estrutura decisória nas diversas *opinions* disponíveis, por exemplo, no site da *Supreme Court* (<https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/21>); e da *Court of Appeals for the 9th Circuit* (<https://www.ca9.uscourts.gov/opinions/>). Acesso em 22.06.2022.

¹⁷⁰ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017, p. 275.

apenas o entendimento majoritário da corte)¹⁷¹. Isso porque o arranjo estadunidense facilita a apreensão dos fundamentos determinantes aderidos pela maioria, ao mesmo tempo que permite a divulgação de argumentos divergentes, relevantes em termos de transparência e abertura para o desenvolvimento do direito¹⁷².

As decisões norte-americanas seguem esse modelo, e as mais importantes são fundamentadas (embora nem sempre de maneira ideal)¹⁷³, com enfoque nos fatos do caso e nos precedentes possivelmente aplicáveis à controvérsia¹⁷⁴. No entanto, comumente os tribunais ordinários desviam-se dessa técnica, principalmente nos chamados *easy cases*. Nessas ocasiões, os julgadores limitam-se a afirmar a manutenção do julgamento de 1º grau, apresentando ou não um breve resumo a título de fundamento, e registrando que aquele decisório é desprovido de valor jurisprudencial¹⁷⁵. Essa prática, bastante criticada pela doutrina local¹⁷⁶, tem justificações pragmáticas e geralmente é empregada quando os membros da corte consideram óbvio o entendimento correto (conforme normas positivas ou jurisprudenciais), no nível de inexistir legítima expectativa contrária na parte perdedora¹⁷⁷.

No que tange ao conteúdo da fundamentação (quando apresentada), as cortes costumam evocar os precedentes diretamente aplicáveis ao caso, inclusive os meramente persuasivos, oriundos de outras jurisdições, em caráter subsidiário¹⁷⁸. Na sua ausência, recorrem às analogias e até à extração de princípios fundamentais da

¹⁷¹ Cf. interessante artigo a respeito: BENNETT, Thomas B; FRIEDMAN, Barry; MARTIN, Andrew D; et al. *Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change*. Cornell Law Review, v. 103, n.4, p. 817–877, 2018.

¹⁷² “In contrast with systems that struggled to accommodate competing values, the Supreme Court of the United States early on settled into its own unique hybrid. There is always an opinion “for the Court.” And yet, separate views are permitted as well. In this way, the authority and clarity of the judgment are obtained, while still allowing for transparency.” (Ibid, p. 831).

¹⁷³ Interessante notar que, à semelhança ao que ocorre no Brasil, a doutrina norte-americana por vezes critica a forma com que seus juízes e tribunais ordinários têm aplicado os precedentes, apontando a mecanicidade da sua análise, principalmente nos anos mais recentes. É esse o objeto do seguinte artigo: DEVINS, Neal; KLEIN, David. *The vanishing common law judge?* The University of Pennsylvania Law Review, v. 165, n. 3, p. 595–631.

¹⁷⁴ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States. (New York State)*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, 364–365.

¹⁷⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 184–186.

¹⁷⁶ Vide: CAPPALLI, Richard B. *The Common Law’s Case against Non-Precedential Opinions*. California Law Review, v. 76, n. 4, p. 755–797, 2003.

¹⁷⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 185.

¹⁷⁸ COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, p. 137–154, 2005, p. 147.

linha jurisprudencial vigente¹⁷⁹. Embora reconheça-se a superioridade hierárquica das normas legisladas como fontes de direito, não é tão comum seu emprego autônomo, e sim sua utilização conforme interpretações já realizadas pelo Judiciário (ainda que distantes), inclusive nos “*cases of first impression*” (matérias enfrentadas pela primeira vez)¹⁸⁰. A principal exceção é a Corte Suprema, que por vezes decide mediante aplicação independente das regras constitucionais, legais e de equidade.

Noutro viés, os tribunais, e principalmente a *Supreme Court*, têm o hábito de permitir a participação da sociedade civil na tomada de grandes decisões, o que se efetiva, principalmente, através da admissão de *amici curiae*. Interessante estudo empírico conduzido no país demonstrou que, de 2010 a 2020, em mais de 96% dos casos julgados pela corte máxima houve participação dessa figura, cujos argumentos foram citados em mais de 50% das decisões¹⁸¹.

Ademais, as *opinions* da *Supreme Court* contam com total publicidade, sendo de fácil acesso no site da entidade¹⁸². Por outro lado, nem todos os acórdãos das cortes inferiores são formalmente publicados: alguns tribunais se reservam a esse direito, visando controlar quais decisões poderão ser tratadas como precedentes¹⁸³. Contudo, a legitimidade desse controle é controversa na doutrina e na jurisprudência¹⁸⁴. De uma forma ou de outra, atualmente quase todos os decisórios acabam disponibilizados na internet, inclusive em ferramentas eletrônicas de pesquisa unificada de *case-law*, muito utilizadas pelos juízes e advogados norte-americanos¹⁸⁵. Inclusive, há mecanismos de busca que se utilizam das chamadas “*Shepard’s*

¹⁷⁹ Eisenberg trata das principais formas de raciocínio inerentes ao *common law*: com precedentes, com analogias, com princípios, com literatura profissional, e com hipóteses; reconhecendo que, em algum grau, quase sempre se reflete a primeira: EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, edição kindle, posições 1983-1993.

¹⁸⁰ SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States*. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 366-367.

¹⁸¹ FRANZE, Anthony J; ANDERSON, R. Reeves. *Amicus Curiae at the Supreme Court: Last Term and the Decade in Review*. *The Nation Law Journal*, 2020. Disponível em: <<https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2020/11/amicuscouriae-at-the-supreme-court.pdf>> . Acesso 23.06.2022.

¹⁸² Confira-se: <https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/21>. Acesso em 22.06.2022.

¹⁸³ Trata-se das polêmicas “*unpublished opinions*”. Os Tribunais Federais americanos discordam entre si quanto à sua prerrogativa de não conceder valor jurisprudencial (força de precedente) às decisões não publicadas. A respeito: GERKEN, Joseph L. *A Librarian’s Guide to Unpublished Judicial Opinions*. *Law Library Journal*, v. 96:3, p. 475–501, 2004, p. 477; DOBBINS, Jeffrey C. *Structure and Precedent*. *Michigan Law Review*, v. 108, n. 8, p. 1453–1496, 2010, p. 1486.

¹⁸⁴ Vide discussão completa: SCHIAVONI, Johanna S. *Who’s Afraid of Precedent: The Debate over the Precedential Value of Unpublished Opinions*. *UCLA Law Review*, v. 49, p. 1859–1893, 2002.

¹⁸⁵ A exemplo das ferramentas WestLaw e Lexis: COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. *NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 137–154, 2005, p. 145.

citations”, famoso indexador que relaciona o precedente com subseqüentes decisões que o citaram (afirmando-o ou afastando-o), o que facilita a avaliação em torno de uma linha jurisprudencial.¹⁸⁶

Ainda assim, a imensidão de “possíveis-precedentes” é objeto de críticas pela comunidade jurídica¹⁸⁷: inclusive, esse é um dos fatores que tem impulsionado o fenômeno da positivação do direito norte-americano, como anteriormente abordado.

Em contrapartida, no sistema brasileiro, a formulação de direito jurisprudencial obrigatório segue caminho distinto. Por aqui, à míngua de uma tradição tão cristalizada como a dos Estados Unidos, a lei positiva (CRFB / CPC/2015) é que impõe a observância de alguns precedentes, súmulas e teses formalmente vinculantes¹⁸⁸, determinando aprioristicamente quais decisões/procedimentos resultarão na sua gênese. Ademais, nem todos os pronunciamentos jurisprudenciais obrigatórios defluem diretamente de resoluções de casos concretos, no sentido mais usual.

¹⁸⁶ “In the United States one may determine the current status of any case, state or federal, by a method called ‘shepardizing.’ The Shepard’s citations are published books which contain citations of all published legal opinions, with references to all published cases which have affected the prior cases in any way, i.e., affirming or overruling a portion or all of the prior precedent. This up-date methodology is also available electronically on either WESTLAW or LEXIS.” (Ibid., p. 153).

¹⁸⁷ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 403.

¹⁸⁸ Concordamos com Ravi Peixoto nas seguintes considerações: “A adoção de precedentes vinculantes por meio de alteração normativa não é por si só um problema (...). Não é apenas por meio da tradição histórica que esse sistema pode ser construído. (...). O Brasil deveria esperar pela formação dessa tradição histórica? Uma das características dos sistemas mais próximos do civil law é a utilização de reformas legislativas sobre tais temas. Ao direito não incumbe apenas descrever a realidade, mas também atuar sobre ela, de forma transformadora ou conservadora. A alteração normativa é apenas o início do caminhar, do contrário, jamais será possível o alcance de uma maturidade sobre o tema (...)”. (PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 138-139).

Nesse ponto, sem deixar de notar a enorme controvérsia que reveste o tema na doutrina nacional¹⁸⁹⁻¹⁹⁰, registra-se nosso entendimento de que todas as espécies citadas no art. 927 do CPC possuem válida e efetiva força obrigatória. Referido dispositivo prescreve que os juízes e tribunais “observarão” as espécies listadas nos incisos, confirmando tal efeito. O fato de o ordenamento conferir maiores instrumentos de proteção a algumas delas (a exemplo da reclamação) não parece retirar a vinculatividade das demais, naturalmente protegidas pelas vias recursais¹⁹¹. Além disso, ausente vício de inconstitucionalidade: embora a CRFB trate das súmulas vinculantes e das decisões em controle concentrado, inexistente vedação para que a legislação ordinária estatua outras fórmulas obrigatórias, no interesse dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade. Ademais, resta intocada a independência dos juízes, que sempre foi naturalmente subordinada à interpretação do corpo normativo – ora integrado pelo direito jurisprudencial.

¹⁸⁹ O art. 927 do CPC tem gerado as mais diversas interpretações na doutrina pátria. Relevante grupo entende pela sua parcial inconstitucionalidade, considerando que a CRFB atribui força obrigatória apenas às decisões do STF em controle concentrado e às súmulas vinculantes, e mera lei ordinária não poderia ampliar esse cenário. (CRUZ e TUCCI, José Rogério. Arts. 926 a 928. In: Bueno, Cassio Scarpinella (Coord.). Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30; NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2014, p. 1912-1913). Um segundo grupo argumenta que o dever de observância ditado pelo art. 927 implica somente dever de “levar em consideração” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 440). Uma terceira corrente correlaciona o grau de obrigatoriedade ao cabimento de reclamação ou de outras medidas protetivas em face da inobservância (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, edição kindle, posição 9016-9042; MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1324). Uma quarta posição, mais literal, é encampada no enunciado nº 170 do FPPC, segundo o qual “as decisões e precedentes previstos no caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”, sendo essa a concepção de parcela da doutrina (THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. Novo CPC: Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 355; CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 188). Há ainda uma quinta corrente composta por estudiosos que entendem o rol como meramente exemplificativo, estendendo a força vinculante a outras espécies decisórias nele não contempladas, como os acórdãos proferidos pelas Seções do STJ (PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 180-183). Por fim, destaca-se uma sexta posição no sentido de que somente os precedentes dos tribunais superiores são dotados de força obrigatória (incluindo espécies não abarcadas pelo rol do CPC) por serem STF e STJ constitucionalmente eleitos como cortes de precedentes (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016, p. 647-650).

¹⁹⁰ Registra-se que, inobstante a limitação da força vinculante formal a essas espécies decisórias, na prática brasileira há muitos outros pronunciamentos judiciais com enorme força persuasiva. A respeito da vinculatividade de fato, vide nota de rodapé nº 36, supra.

¹⁹¹ Contrariando a suposição de que a vinculatividade real do precedente depende de meio impugnativo específico (como a reclamação), e defendendo que o recurso é o instrumento ótimo para controle da aplicação do direito jurisprudencial obrigatório, viabilizando diálogo entre instâncias: MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 596.

Nesse viés, a lei e os regimentos dos tribunais prescrevem diferentes procedimentos para produção de cada uma dessas espécies vinculantes: (i) decisões em controle concentrado¹⁹², (ii) enunciados de súmula vinculante, (iii) acórdãos em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) súmulas do STF e do STJ; e (v) acórdãos dos órgãos de cúpula do mesmo tribunal de que faz parte o órgão fracionário aplicador.

Necessário acrescentar a este rol uma importante espécie, por interpretação sistemática de todo o CPC e analógica do inciso III: os acórdãos de repercussão geral (em regime “individual”, e não necessariamente “repetitivo”). É que, como observa autorizada doutrina¹⁹³, para outros importantes fins, eles foram inseridos como precedentes qualificados pela reforma efetuada pela Lei nº 13.256/2016¹⁹⁴, embora, por provável equívoco legislativo, não tenham sido expressamente incluídos na lista do art. 927 do CPC (redigida antes da “reforma da reforma”). De mais a mais, na prática, o STF tem se valido sempre da repercussão geral *individual*. Basta ver que seu Regimento Interno sequer regulamenta o rito de repetitivos.

Igualmente, por interpretação sistemática do art. 927, iv, c/c com os arts. 332, IV (improcedência liminar), 932, IV, a, V, a (inadmissão monocrática de recurso) e 955, I (julgamento monocrático de conflito de competência), válido creditar o *status* qualificado às súmulas dos tribunais intermediários, especialmente em matéria de direito local.

Percebe-se que, num país marcado pela litigiosidade massificada, o legislador optou por atribuir força formalmente obrigatória a determinadas fórmulas pacificadoras de controvérsias muito importantes ou muito repetidas, legalmente envoltas por procedimentos rigorosos. Apesar disso, outras espécies jurisprudenciais não listadas

¹⁹² A técnica do controle concentrado, de inspiração austríaca, só foi introduzida em nosso ordenamento pela EC nº 16/1965, bem depois da introdução do controle difuso (previsto na Constituição de 1891). Contudo, a CRFB conferiu-lhe singular importância (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 638-639).

¹⁹³ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, edição kindle, posição 17529.

¹⁹⁴ Em especial, houve inserção dos acórdãos de repercussão geral “avulsos” como paradigmas no art. 988, §5º, II, do CPC (cabimento de reclamação); e do art. 1030, I, “a”, II (parâmetro para negativa de seguimento ou remessa ao órgão originário para juízo de retratação de recurso extraordinário interposto pela parte).

nesse rol são dotadas de imensa relevância persuasiva¹⁹⁵, a qual, na prática argumentativa, quase equipara-se à das tipologias legalmente obrigatórias. É o caso, por exemplo, de quaisquer acórdãos do plenário do STF, da corte especial e das seções do STJ, em suas matérias de competência, mas fora dos regimes de repercussão geral/repetitivos/IAC.

Nesse contexto, em interpretação extensiva do art. 927, V, parcela da doutrina chega a reputá-los formalmente vinculantes para todos os órgãos e tribunais subordinados,¹⁹⁶ ao invés de altamente persuasivos. Embora considerando que a distinção possui efeitos práticos limitados, aderimos aqui a esta última posição, fortes na interpretação sistemática do art. 927, envolto por alguns mecanismos verticais de afirmação previstos no CPC (tutela de evidência, improcedência liminar, dispensa de reexame necessário, julgamento monocrático, reclamação, juízo de retratação etc.)¹⁹⁷. Note-se que nenhum desses instrumentos adota tais arestos como parâmetros.

Ademais, fosse o caso de considerar formal e verticalmente obrigatórios todos os pronunciamentos dos órgãos de cúpula de STF/STJ, teria sido desnecessário ao legislador especificar nos primeiros incisos do art. 927 apenas determinadas fórmulas

¹⁹⁵ “No âmbito dos precedentes, é comum surgir uma primeira linha de diferenciação entre precedente vinculante e precedente persuasivo: ambos constituem decisão judicial anterior, com valor orientativo para julgamentos futuros, mas no caso do precedente vinculante se tem a obrigação jurídica do juiz, ao julgar o caso futuro, de se ater ao que foi decidido no precedente, ou seja, aplicar a ratio decidendi fixada no precedente vinculante, salvo exceções (enquadráveis na distinção e na mutação do entendimento jurisprudencial); ao contrário, nos precedentes persuasivos o julgamento do juiz é mais livre, podendo estabelecer com maior liberdade se segue ou não a orientação contida no julgado anterior. No sistema brasileiro, não obstante algumas críticas que tal diferenciação entre precedentes vinculantes e precedentes persuasivos tem suscitado, acredita-se que a manutenção é importante e adequada, vez que, por exemplo, o CPC dá nítido destaque aos precedentes vinculantes (art. 927) (...). Importante destacar, mesmo no direito brasileiro, a relevância dos precedentes persuasivos ou não vinculantes – em princípio aqueles fora da lista do art. 927, do CPC – que muitas vezes podem, como aponta a doutrina, funcionar como “exemplo” e condicionar também as decisões futuras, sendo invocados pelas partes e pelos juízes e tribunais para solução de casos concretos similares.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 24-32).

¹⁹⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 364-367; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 181-182.

¹⁹⁷ Bruno Fuga relaciona todos esses pontos refletivos das espécies jurisprudenciais obrigatórias: ordem de julgamento (art. 12), tutela de evidência (art. 311), improcedência liminar (art. 322), fundamentação da decisão (art. 489), remessa necessária (art. 496), execução provisória (art. 521), decisão monocrática do relator (art. 932), conflito de competência (art. 955), ação rescisória (art. 966), reclamação (art. 988), admissibilidade de REsp e RE (art. 1030), destrancamento (art. 1042). (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via judicial e o uso da reclamação para interpretar e superar precedentes*. Londrina: Thoth, 2020, edição kindle, posição 4662-4768). Válida acrescentar ainda a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, §12).

fechadas (controle concentrado, repetitivos, súmulas), as quais, afinal, defluem desses mesmos órgãos¹⁹⁸.

De toda forma, materialmente, os citados pronunciamentos são quase equiparados aos formalmente vinculantes: não trajam essa vestimenta por opção legislativa, mas, na prática, acabam sendo obedecidos por todos os julgadores hierarquicamente subordinados. Isso porque, em caso de desvio, a reversão em recurso é praticamente certa.

De mais a mais, o plenário do STF (art. 7º, VII e 354-C do RISTF); o órgão especial e as seções do STJ (art. 11, parágrafo único, VII, e art. 12, parágrafo único, III, do RISTJ, respectivamente) possuem competência para, querendo, “transformar” seus pronunciamentos em súmulas obrigatórias (art. 927, iv), cuja elaboração resulta em debates e fundamentação adicionais e salutares. Aliás, o CPC privilegia tal expediente, ao determinar que “Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.” (ar. 926, §1º).

O mesmo pode ser dito dos posicionamentos plenários e especiais de TJs e TRFs, fora dos limites de IRDRs, IACs e súmulas.

Não serão abordadas, nesta senda, as particularidades dos *procedimentos-geradores* das espécies jurisprudenciais obrigatórias (cada qual com inúmeras implicações). Mas, grosso modo, denota-se que uma parcela é extraída “diretamente” de acórdãos¹⁹⁹ (i, iii e v); enquanto a outra toma a forma de súmulas (ii e iv).

Quanto ao primeiro grupo, apesar da diversidade de técnicas envolvidas, de forma geral, anteriormente à deliberação colegiada um relator é sorteado para prévia redação do relatório fático e do voto condutor, reunindo seus próprios fundamentos decisórios (sumarizados em ementas)²⁰⁰, e proclamando um resultado. Os vogais podem aderir ou apresentar declarações de voto, divergindo do desfecho e/ou dos fundamentos, ou apenas adicionando argumentos no mesmo sentido²⁰¹.

¹⁹⁸ Os acórdãos dos órgãos de cúpula de qualquer tribunal geram precedentes formalmente obrigatórios para os respectivos órgãos fracionários do mesmo tribunal, contudo. A respeito, vide nota de rodapé nº 234, *infra*.

¹⁹⁹ A norma do precedente não se confunde com o acórdão, mas é extraída dele.

²⁰⁰ As ementas podem representar boas sínteses, mas a doutrina alerta para os perigos de sua utilização isolada e acrítica: BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista de Processo*, v. 310, p. 265-290, 2020.

²⁰¹ Caso seja inaugurada divergência, saindo ela vitoriosa, um dos aderentes é designado relator para fins de redação do acórdão, e seu voto (com seus próprios fundamentos) passa a ser o condutor.

Na prática, principalmente nos julgamentos mais importantes das Cortes Superiores (vacionados à formação de precedentes), o que se verifica é a soma de vários votos pré-redigidos (um por membro), com argumentações diversas, as quais nem sempre formam uma maioria. Esse arranjo pode dificultar a apreensão dos fundamentos determinantes, comparativamente ao esquema norte-americano (em que proferida uma opinião única, *a posteriori*, conglomerando os fundamentos da maioria da corte)²⁰². Curiosamente, o modelo decisório brasileiro tende mais ao estilo *seriatim* – que é típico da Inglaterra e de outros países de *common law*.

Por outro lado, no âmbito do IAC, da repercussão geral, e dos recursos repetitivos (especial, extraordinário e IRDR), após o proferimento do acórdão, é indispensável a elaboração de uma tese, cf. arts. 947, §3º, 979, §3º, 984, §2º, e 1.039, do CPC. Inclusive, a mesma prática vem sendo incorporada no julgamento de ações de controle concentrado, apesar da ausência de imperativo legal²⁰³. Esses enunciados são dotados de maior abstração e menor *facticidade* que os precedentes, mas, quando bem elaborados, podem auxiliar sua aplicação, sintetizando os aspectos fundamentais. Em todo caso, indispensável sua interpretação sempre em referência ao decisório originário.

Noutro enfoque, as súmulas, pertencentes ao segundo subgrupo citado, constituem produtos brasileiros sem a mínima correspondência no *common law*²⁰⁴. Cuida-se de enunciados elaborados via incidentes administrativos específicos, previstos nos respectivos regimentos internos. Em suma, qualquer Ministro pode propor a sua edição, que se concretiza mediante aprovação colegiada no órgão competente (art. 354-A e segs. do RISTF, art. 122 e segs. do RISTJ). No ambiente do CPC, tais procedimentos ganham pertinência na transformação de “jurisprudência consolidada” (consubstanciada em linhagem de acórdãos anteriores) em um instrumento formalmente vinculante (art. 926, §1º do CPC).

²⁰² Sobre o tema, confira-se; PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017, p. 276-278.

²⁰³ Indicando a incorporação de teses em ações de controle concentrado: *Ibid.*, p. 278.

²⁰⁴ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 331–360, p. 352-353

Similarmente ao que ocorre com as teses, mas em maior intensidade, várias críticas são dirigidas às súmulas²⁰⁵, que seriam enunciados “ultrapassados”, com baixo grau de *facticidade*, o que dificultaria sua aplicação correta pelas cortes inferiores. Quanto ao ponto, válidas as mesmas considerações efetuadas relativamente às teses, adicionando-se que atualmente, nos sites dos tribunais, os enunciados sumulares também são listados junto aos respectivos acórdãos paradigmas²⁰⁶, aptos a conduzir sua aplicação²⁰⁷.

Nesse viés, as teses e súmulas não são institutos intrinsecamente ruins: trata-se de construtos típicos de um país mais acostumado à lida com normas gerais, heranças da sua histórica filiação ao *civil law*. Na prática, o momento da elaboração desses enunciados constitui oportunidade para debates salutares em torno do seu conteúdo, incluindo a delimitação majoritária dos fatos e motivos determinantes a serem sumariamente encampados²⁰⁸. Em última análise, eles podem fornecer sínteses bastante úteis, a serem utilizadas em paralelo aos acórdãos paradigmas, que necessariamente orientam sua formulação e interpretação, cf. art. 926, §2º do CPC. Assim, ao contrário do que sugere parcela da doutrina²⁰⁹, não se trata de textos totalmente canônicos: eles necessariamente devem ser ancorados em decisões de casos concretos. Aqui, a formulação é bifásica: primeiro atingem-se as chamadas “*ratios decidendis*” (como em qualquer acórdão gerador de precedente), e depois elas restam encapsuladas nos enunciados-síntese.

Se, por um lado, é inegável que historicamente várias teses e súmulas não foram bem formuladas²¹⁰, prejudicando o corpo de direito jurisprudencial brasileiro; também é verdade que as diretrizes de elaboração e fundamentação encampadas no

²⁰⁵ Por exemplo: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 358-360.

²⁰⁶ Cf. sites do STF (<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>) e do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?tipo=sumula+ou+su>). Acesso em 24.06.2022.

²⁰⁷ Contudo, nem sempre o processo é linear. Interessantes as considerações de Lucas Buril de Macêdo acerca da invalidade de súmulas que não guardam correspondência com os precedentes que as motivaram (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 363).

²⁰⁸ Marinoni aponta que, no contexto dos demais precedentes vinculantes, as súmulas tornam-se um tanto desnecessárias. Contudo, por vezes as Cortes Superiores optam pela sua edição justamente para precisar a *ratio decidendi*, reforçando sua obrigatoriedade. (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 162).

²⁰⁹ É esse o entendimento e a crítica às súmulas em: PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017, p. 274.

²¹⁰ Vide interessante estudo a respeito da falta de correspondência entre algumas súmulas e as fundamentações dos acórdãos paradigmas: GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Revista Dialética de Direito Processual, n. 10, 2004.

CPC revelam esforços para alterar essa realidade²¹¹. O mesmo deve ser dito quanto a projetos recentes dos tribunais.²¹²

O legislador de 2015 preocupou-se também com a participação da sociedade na elaboração dos precedentes, reforçando a pertinência de técnicas como admissão de *amicus curiae* e convocação de audiências públicas²¹³. Interessante estudo empírico relativo a julgamentos paradigmáticos do STF na última década revela que na maioria deles houve emprego de ambos os mecanismos²¹⁴.

De mais a mais, o CPC orientou o emprego de boa técnica não apenas na formação dos precedentes, teses e súmulas²¹⁵, como também na sua subsequente aplicação pelas cortes e juízes subordinados, aos quais foi imposta análise comparativa de seus aspectos fatos e jurídicos, como demonstra a disciplina dos arts. 927, §1º, e 489, §1º, V e VI, do CPC²¹⁶. Isto é: cuidou-se da correta fundamentação nos procedimentos-origem e nas decisões-destino.

Não se deve exagerar esse cenário, contudo: um dos grandes objetivos do *stare decisis* é garantir eficiência ao judiciário, do qual não se deve esperar repetido rebatimento de todos os argumentos que já foram levados em conta na formação do precedente; mas apenas análise acerca da aplicabilidade dele ao subsequente caso concreto (no que se inclui eventual uso das técnicas de manejo enfocadas neste trabalho). Geralmente o grande ônus de fundamentação “exaustiva” fica por conta do tribunal autor do precedente, no momento de sua formação ou revogação, e não do órgão aplicador²¹⁷.

²¹¹ A doutrina brasileira já aponta alguns bons exemplos de teses “bem fixadas” pelo STJ: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 133-141.

²¹² A exemplo dos núcleos de gestão de precedentes, presentes em boa parte dos tribunais.

²¹³ Enunciado nº 460 do FPPC: “O microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*.”

²¹⁴ O autor reconhece a abertura do Supremo a esses instrumentos, mas aponta que sua utilização pode ser aprimorada, por exemplo, mediante efetivos debates nas audiências: GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? Revista da Faculdade de Direito – UFPR, v. 60, n. 3, p. 137-159, 2015, p. 157-158.

²¹⁵ Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade apontam a conveniência do emprego analógico das técnicas de legística prescritas na LC nº 95/1998 para a elaboração de precedentes: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 130-131.

²¹⁶ Note-se que, pelo inciso VI, os julgadores têm dever de fundamentação inclusive em relação aos precedentes persuasivos levantados pelas partes, que não deixam de constituir argumentos relevantes.

²¹⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 387-390.

Parte da doutrina aponta que inexistente entre os operadores brasileiros verdadeira “cultura” de manejo de precedentes²¹⁸, mas, novamente, o programa e os instrumentos de controle inseridos no CPC representam passos positivos. Na verdade, a fundamentação escrita das decisões judiciais (e, reflexamente, dos precedentes) ganha mais destaque no contexto brasileiro (art. 93, IX da CRFB) do que no norte-americano²¹⁹, em que, como visto, alguns julgamentos de 2ª instância sequer são fundamentados.

A publicidade do direito jurisprudencial também foi salientada no ordenamento processual, conforme art. 927, §5º, segundo o qual “tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Realmente, já existem excelentes práticas de disponibilização e organização nos sites das entidades judiciárias²²⁰, além de ferramentas eletrônicas desenvolvidas por *sites* privados. Nesse ponto, comparativamente ao modelo norte-americano, a limitação de nosso sistema de precedentes a apenas algumas “espécies vinculantes” pré-determinadas pode facilitar sua cognoscibilidade.

Noutro enfoque, a *práxis* nacional também difere da norte-americana em termos de conteúdo decisório. É que, no Brasil, embora crescente a fundamentação com precedentes (chegando a gerar temores de “aplicação mecânica”)²²¹, é comum o emprego direto e autônomo de normas legisladas, mediante raciocínio silogístico, especialmente nas controvérsias em que inexistente direcionamento específico das cortes superiores.²²² Nos julgamentos vocacionados à formação de direito

²¹⁸ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Sistema de precedentes brasileiro: compreensão crítica a partir da tradição inglesa e norte-americana. *Prisma Jurídico*, v. 17, n.1, p. 83–116, 2018.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 106-107.

²²⁰ Confirmam-se nos sites do STF (<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>); e do STJ (https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/). Acesso em 24.06.2022.

²²¹ DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 331–360, p. 332-333.

²²² “Em vez da prévia problematização dos fatos pertinentes ao caso concreto e da localização dos possíveis precedentes, aqui são identificadas, em um primeiro momento, as questões jurídicas controvertidas, especificando-se as normas legais ou constitucionais aplicáveis em tese e procedendo-se à sua interpretação à luz da Constituição ou de outras normas. Na sequência, realiza-se a subsunção dos fatos do caso na hipótese de incidência das normas, já devidamente interpretadas. A jurisprudência pode ser invocada como reforço aos argumentos jurídicos utilizados para sustentar a melhor interpretação das normas, caso em que os acórdãos serão citados já na fase da sua identificação e interpretação. Também pode ser citada a jurisprudência para trazer exemplos de casos semelhantes que, em julgamentos anteriores, encontraram solução mediante o

jurisprudencial obrigatório, geralmente há menção a entendimentos anteriores, mas a tratativa direta das normas positivas ocupa posição central.

Ao exposto, faz-se claro que as fórmulas estadunidense e brasileira de formação de direito jurisprudencial, assim como as respectivas técnicas e conteúdos decisórios, guardam importantes diferenças. Não há que se falar em superioridade: cada uma delas guarda correspondência com o sistema e a cultura jurídicas em que inseridas, com virtudes e desafios próprios.

Em síntese, nos Estados Unidos, quaisquer julgamentos devidamente *publicados* podem gerar (e geram) precedentes obrigatórios, oriundos das *opinions of the court*, que expressam o entendimento majoritário dos julgadores em um mesmo texto, facilitando a extração dos fatos e fundamentos determinantes. No Brasil, diversamente, as técnicas de formação de precedentes e enunciados formalmente vinculantes são previamente definidas pela lei, o que contribui para sua cognoscibilidade e pode até adicionar qualidade às espécies pré-selecionadas, oriundas de procedimentos especializados. Em contrapartida, o método decisório (fundado na soma de votos individuais), e a presença de enunciados dotados de menor *facticidade* (teses e súmulas), podem dificultar o manejo pelos tribunais subordinados. Essas circunstâncias, contudo, são mitigadas pelas diretrizes de elaboração, fundamentação e aplicação encampadas no CPC, que também confere elogiável tratamento à temática da publicidade.

De outra forma, há algumas semelhanças entre os dois modelos, como o emprego de mecanismos para viabilizar a participação da sociedade na formação dos precedentes, especialmente o *amicus curiae*.

Um último aspecto deve ser sobrelevado: como visto, dentro de seus moldes peculiares, os dois sistemas abarcam precedentes “unitários”, que por si sós irradiam força formalmente obrigatória. Contudo, em ambos, reconhece-se que tais pronunciamentos adquirem maior autoridade argumentativa quando corroborados por subsequentes decisões que lhes aplicam e reafirmam, principalmente no âmbito da

mesmo processo de subsunção (...). (FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, n. 10, p. 81-102, 2018, p. 87).

própria corte-autora, formando linha jurisprudencial estável²²³. O panorama geral da jurisprudência, portanto, também é dotado de importância sistêmica.

2.3 Dimensão subjetiva dos precedentes

Em forte conexão com os tópicos anteriores, pertinente a temática ora denominada como “dimensão subjetiva dos precedentes”. Trata-se dos sujeitos – e, especialmente, dos órgãos judiciais – remetentes e destinatários dos precedentes obrigatórios.

A matéria é frequentemente abordada na doutrina norte-americana em referência às dimensões vertical e horizontal dos precedentes. A primeira revela a obrigatoriedade de os julgadores subordinados seguirem os entendimentos dos órgãos hierarquicamente superiores. Esse é o corolário da doutrina dos *binding precedents*, encarada com total naturalidade pela Academia estadunidense²²⁴.

Alude-se, com frequência, a um simples teste de duas etapas para verificar se determinado precedente deve necessariamente ser observado²²⁵. Cuida-se de verificar se o órgão-autor (i) situa-se na mesma jurisdição do órgão-receptor; e (ii) é hierarquicamente superior a ele. Imagine-se, por exemplo, um precedente oriundo de acórdão proferido por painel da Corte de Apelação do 9º Circuito. Na primeira fase do teste, será verificada a ausência de vinculatividade sobre quaisquer juízos componentes da justiça especializada, da justiça estadual e de outros circuitos da justiça federal. Na segunda fase, será verificada ausência de vinculatividade sobre a *Supreme Court*, que tem poder de revisão direto sobre o entendimento em questão.

²²³ Nos EUA: “Although a single precedent of a higher court is technically formally binding, a long line of precedent will generally have more normative force: that is, be less subject to overruling or other modification.” (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406., 1997, p. 388). No Brasil: “Deve-se reconhecer que uma linha de decisões, uma série de precedentes que enunciem e ratifiquem determinada *ratio decidendi*, possui capacidade especial para gerar confiança legítima. Isso significa que é possível avaliar a autoridade do precedente, e a segurança e confiança por ele geradas, através de sua ratificação por outras decisões.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 319).

²²⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36.

²²⁵ “A previous case is binding on a new court only if: (1) the previous case arose within the same jurisdiction as the dispute presently before the court; and (2) the earlier case was decided by a higher-level court within the same jurisdiction.” (SCOLUM, Robin Wellford. *Introduction to american legal system*. 3. ed. San Francisco, CA: LexisNexis, 2011, p. 22).

Como resultado, restarão vinculados os juízos de 1ª instância componentes do 9º circuito.

Aplicando-se essa lógica à estrutura judiciária estadunidense, conclui-se que todos os tribunais hierarquicamente superiores a algum órgão são “autores” de precedentes, relativamente a seus subordinados: trata-se dos tribunais intermediários e da *Supreme Court*. Reflexamente, todos os subordinados a alguma corte são “destinatários” de precedentes, relativamente a seus superiores: incluem-se os juízos de 1ª, 2ª e 3ª instâncias, federal e estadual. Fora desses limites, os precedentes são apenas persuasivos, em maior ou menor grau²²⁶.

Reflete-se aí a técnica americana de produção de precedentes. Por excelência, a Corte Suprema é sua fonte maior, mas inexistente limitação a ela ou a determinados “órgãos-autores”, titulares de fórmulas pré-determinadas: respeitada a hierarquia, todos os demais órgãos colegiados (incluindo as “turmas” de 2ª instância) produzem precedentes obrigatórios, e são vinculados por outros.

Já a dimensão horizontal dos precedentes remete à obrigação da corte de seguir seus próprios entendimentos anteriores, quando apresentada à controvérsia materialmente idêntica. Esse é o corolário da doutrina do *stare decisis*, que não se confunde com a dos *binding precedents*: a soma das duas corresponde ao *modus operandi* tradicionalmente vinculado ao *common law*²²⁷. Verifica-se quase um consenso entre os juristas norte-americanos de que esse dever horizontal existe, com fundamento na consolidada prática do *overruling*²²⁸. Isto é: o tribunal só deve afastar seu precedente mediante um instituto específico, aplicado em circunstâncias especiais. Nesse viés, a existência da exceção confirma a regra.

²²⁶ De acordo com a doutrina norte-americana, o precedente dotado de eficácia persuasiva não deve necessariamente ser seguido, mas em muitos casos produz séria influência na prática decisória da corte-aplicadora: “Persuasive precedent” is used to mean all prior on-point holdings that are neither *stare decisis* nor *binding precedent*. (...). Even an on-point holding may carry little weight with a court of appeals if it was written by a magistrate judge in a district outside that appellate court's geographical circuit. On the other hand, a wellreasoned en banc decision by a court of appeals panel may be quite persuasive to other circuits and district courts alike.” (DOBBINS, Jeffrey C. *Structure and Precedent*. Michigan Law Review, v. 108, n. 8, p. 1453–1496, 2010, p. 1462-1463).

²²⁷ “I use the term “binding authority” to refer to the doctrine under which a court is obliged to follow authority of higher courts, and the term “*stare decisis*” to refer to the doctrine under which a court is obliged to follow its own decisions.” (ROGERS, John M. *Lower Court Application of the “Overruling Law” of Higher Courts*. Legal Theory, v. 1, n. 2, p. 179–204, 1995, p. 180).

²²⁸ Por exemplo: SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 37; DOBBINS, Jeffrey C. *Structure and Precedent*. Michigan Law Review, v. 108, n. 8, p. 1453–1496, 2010, p. 1461-1462.

Existe discussão, contudo, no que tange ao grau dessa vinculação horizontal nos tribunais estadunidenses. Conforme já exposto, entende-se que ele é mais baixo do que o reconhecido na Inglaterra, o que se deve ao desenvolvimento peculiar do *common law* americano²²⁹. Trata-se, em última análise, de verificar o quão especiais as circunstâncias devem ser para permitir a derrubada do entendimento anterior, via *overruling*. Os *standards* variam entre magistrados e doutrinadores²³⁰.

De toda forma, em maior ou menor nível, entende-se que nos Estados Unidos os órgãos colegiados são ao mesmo tempo autores e destinatários vinculados, relativamente aos precedentes por eles mesmos produzidos. Isso inclui a *Supreme Court*. Por óbvio, em uma escala de força, a vinculação horizontal é inferior à vertical, na qual inexistente a prerrogativa do *overruling*²³¹.

No Brasil, as dimensões vertical e horizontal dos precedentes já foram apropriadas pela doutrina local, que reconhece a aplicabilidade de ambas no sistema implantado pelo CPC/2015²³². Quanto à primeira, a vinculação dos julgadores às espécies “superiores” listadas no art. 927 é decorrência da própria redação do dispositivo (“os juízes e tribunais observarão”), refletindo-se em mecanismos de afirmação e controle encampados no ordenamento. Um dos principais exemplos é a sistemática do art. 1.030 do CPC, pela qual o desvio, em 2º grau, das espécies vinculantes do STJ e do STF, resulta no retorno ao colegiado desviante para juízo de retratação.

Aspecto peculiar de sistemática brasileira, já abordado, é que as tipologias de precedentes obrigatórios são listadas na lei, não derivando indistintamente de quaisquer acórdãos publicados. Portanto, os específicos órgãos responsáveis pela produção das fórmulas listadas nos incisos do art. 927 são os autores de precedentes, relativamente aos julgadores hierarquicamente inferiores da mesma jurisdição: (i) o STF, relativamente a todos, com suas decisões em controle concentrado, súmulas vinculantes e ordinárias, e acórdãos de repercussão geral (repetitivos ou avulsos); (ii) o STJ, relativamente aos julgadores de 1º e 2º graus, com seus acórdãos de IAC,

²²⁹ SELLERS, Mortimer N. S. The Doctrine of Precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 67–88, 2006, p. 86-87.

²³⁰ Vide tópico 1.3.6, *infra*.

²³¹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 59.

²³² Por exemplo: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 91-92.

repetitivos e súmulas; e (iii) os TRFs e TJs, relativamente aos magistrados de 1ª instância, com seus acórdãos de IAC, IRDR e súmulas.

Ademais, os plenários, órgãos especiais e seções de cada tribunal vinculam obrigatória e verticalmente os respectivos órgãos fracionários da mesma corte, por serem hierarquicamente superiores a eles nas estruturas internas (art. 927, V, do CPC)²³³⁻²³⁴. Deveras, os painéis fracionários não possuem a prerrogativa de revogar precedentes daqueles órgãos superiores.

Reflexamente, sob o prisma da dimensão vertical, todos os órgãos do judiciário nacional são destinatários-vinculados de alguns precedentes qualificados, com exceção do plenário do STF, que ocupa o vértice da pirâmide judiciária nacional.

Diferentemente do modelo norte-americano, portanto, o “teste” brasileiro da vinculação vertical obrigatória é trifásico: para além da averiguação da jurisdição e da superioridade hierárquica, há ainda que se verificar se o veículo do entendimento proferido é formalmente vinculante, nos termos da lei. Exemplificando, essa questão, imagine-se que tribunal intermediário profira acórdão determinando a legitimidade de determinada taxa criada por um município. Nos Estados Unidos esse precedente certamente será vinculante sobre todos os juízos de 1º grau subordinados à corte; enquanto, no Brasil, apesar da relevância da matéria, só haverá semelhante vinculatividade formal se o entendimento for objeto de IRDR, IAC ou súmula (geralmente concentrados nos órgãos de cúpula do tribunal).

Nesse ponto, reitera-se que, conquanto esse esquema tenha sido institucionalizado no CPC, na prática, a força de pronunciamentos não listados no art. 927 pode ser muito alta²³⁵.

Por sua vez, o autorrespeito aos precedentes, atrelado à sua dimensão horizontal, também vigora em nosso sistema jurídico²³⁶. As disposições do CPC e o

²³³ No mesmo sentido, entendendo que a vinculação das turmas e painéis de um Tribunal ao plenário reflete dimensão vertical: DOBBINS, Jeffrey C. Structure and Precedent. Michigan Law Review, v. 108, n. 8, p. 1453–1496, 2010, p. 1461. É possível arguir, contudo, que se trata de vinculação horizontal, adotando-se o prisma de que os membros dos órgãos fracionários são componentes do plenário.

²³⁴ A melhor interpretação em torno do art. 927, V, do CPC, é que, dentro das estruturas internas de cada tribunal, os órgãos hierarquicamente superiores exercem vinculatividade obrigatória sobre os respectivos órgãos fracionários. Em consequência, sob a dimensão da hierarquia interna, os precedentes oriundos de acórdãos “gerais” das seções do STJ também vinculam as turmas, por interpretação compreensiva do art. 927, V, do CPC.

²³⁵ Vide considerações no tópico 3.3.2, supra.

²³⁶ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 215.

vocabulário forense revelam a institucionalização da prática do *overruling* (superação), cuja vigência impõe que, fora de seus estritos limites, os próprios órgãos-autores acatem seus precedentes anteriores. Isso é confirmado pelo art. 926, que impõe aos tribunais o dever de manter sua própria jurisprudência estável – indicando a excepcionalidade da superação, corroborada pelo art. 927, §§ 2º, 3º e 4º, que a reveste de contraditório ampliado e fundamentação qualificada, incluindo a possibilidade de modulação.

Assim, sob o prisma da dimensão horizontal, todos os órgãos do judiciário brasileiro que são autores de precedentes qualificados configuram também seus destinatários-vinculados, incluindo o plenário do STF. Aliás, não há como se conceber um sistema de precedentes obrigatórios funcional se o próprio tribunal-autor deixar de respeitar seus precedentes: “Em uma nota, por imperativo de racionalidade do sistema, o *stare decisis* horizontal precede ao vertical, não havendo como a força vinculante vertical surgir antes da horizontal”²³⁷.

Noutra toada, existe, no Brasil, venerada opinião doutrinária no sentido de que “apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes” qualificados, enquanto TJs e TRFs criariam somente jurisprudência (atrelada à interpretação reiterada, em regra destituída de autoridade vinculante)²³⁸.

De nossa parte, embora se reconheça que os tribunais de vértice são, por excelência, as cortes de precedentes obrigatórios,²³⁹ considera-se que as instâncias intermediárias também os produzem, emitindo interpretações “unitárias” que são vinculantes nos termos da lei (IRDR, IAC e súmulas locais). É que o conceito de precedente, histórica ou sistematicamente, vincula-se a pronunciamento anterior com valor orientativo em relação à atuação judicial futura, prescindindo de posição hierárquica de vértice. Assim, ainda que sua emissão não seja o encargo precípua dos tribunais de 2º grau, ele existe, com qualificação de “força obrigatória” em casos específicos, determinados pelo CPC. Inclusive, em geral trata-se da “palavra final” a

²³⁷ GONÇALVES, Gláucio Maciel de; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 41, n. 258, p. 357–385, 2016, p. 378.

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 647-650.

²³⁹ Refere-se à função *nomofilática* das cortes de vértice. A respeito: CHIARLONI, Sergio. *Funzione nomofilattica e valore del precedente*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

respeito de matérias de direito local²⁴⁰, e daquelas que escapam à repercussão geral e à relevância nacional (filtros de admissibilidade do STF e do STJ). No entanto, existe condicionamento especial da eficácia dos precedentes intermediários, temática que será tratada adiante²⁴¹.

Noutro giro, tradicionalmente, entende-se a vinculação como fenômeno interno ao sistema judiciário: precedentes obrigam órgãos judiciais. Pertinente fazer breve nota, contudo, relativa à extensibilidade de semelhante efeito ao Executivo²⁴². Nas últimas décadas do século XX, disseminou-se em alguns órgãos administrativos estadunidenses a prática do *agency nonacquiescence* – isto é, da recusa à aplicação de determinados precedentes judiciais nas tomadas de decisões internas²⁴³. Por exemplo, a agência federal de seguridade social optou por contrariar entendimentos jurisprudenciais consolidados no que tange à concessão ou cancelamento de benefícios²⁴⁴. Esse panorama despertou a ira dos tribunais, que destacavam a injustiça e a ineficiência geradas pelo afluxo ao judiciário de diversas demandas relativas a questões já pacificadas, ajuizadas por autores com pouquíssimos recursos para tais litigâncias²⁴⁵.

Em face disso, a doutrina americana dividiu-se entre aqueles que consideram ou não que os precedentes judiciais obrigam os órgãos administrativos. Membros da primeira corrente acreditam que interpretações judiciais se tornam partes da lei interpretada²⁴⁶, ou que, independentemente disso, a doutrina dos *binding precedents* tem efeitos diretos sobre atores alheios ao Judiciário²⁴⁷. Adeptos da segunda corrente reputam que, fora do Judiciário, os precedentes judiciais são meros textos preditivos

²⁴⁰ Em sentido semelhante: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 152-154.

²⁴¹ Vide tópico 1.3.5, *infra*.

²⁴² Refere-se aqui não a uma vinculação em sentido estrito, característica das relações entrecortes, mas a um semelhante efeito gerador de obediência ultra judiciário. Relativamente ao Legislativo, a negativa é mais clara: tratando-se do Poder estatal responsável, por excelência, pela criação da norma legislada, não se concebe uma limitação criativa do Congresso (eleito democraticamente) aos prévios entendimentos do Judiciário. Sendo este imbuído de prerrogativa de controle de constitucionalidade (inclusive com base em cláusulas pétreas), seus posicionamentos podem persuadir o Parlamento a aprovar ou não determinada norma, mas não existe obrigatoriedade de adesão direta.

²⁴³ A respeito: ESTREICHER, Samuel; REVESZ, Richard L. *Nonacquiescence by Federal Administrative Agencies*. *The Yale Law Journal*, v. 98, n.4, p. 679–772, 1989.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 681-682.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 699.

²⁴⁶ MERRIL, Thomas W. *Judicial opinions as binding law and as explanations for judgments*. *Cardozo Law Review*, v. 15, p. 43–80, 1993, p. 62-65.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 66-67.

de eventuais julgamentos futuros²⁴⁸. A discussão até então não foi pacificada, e reflete, em última análise, os diferentes entendimentos em torno do alcance do precedente enquanto fonte de direito²⁴⁹.

De toda forma, no sistema brasileiro, a própria CRFB prevê duas fórmulas jurisprudenciais cujas forças obrigatórias necessariamente alcançam a Administração Pública: as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado (arts. 102, §2º e 103-A da CRFB)²⁵⁰. Inexiste semelhante disposição (constitucional ou legal) para as demais espécies do art. 927 do CPC. Nada obstante, na prática, é comum que os órgãos administrativos tomem medidas de auto vinculação a elas, visando a evitar a ineficiência e a litigância inútil. Cite-se, por exemplo, o art. 62, §2º, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), que determina a observância, pelos conselheiros, das teses de repetitivos do STF e do STJ²⁵¹. Igualmente, no ambiente das Procuradorias, são comuns orientações institucionais de não contestação de demandas consonantes com os precedentes superiores²⁵².

Pragmaticamente, o Executivo – e toda a sociedade – assume ao menos o papel de destinatário indireto de todos os precedentes obrigatórios, que, por

²⁴⁸ Ibid., p. 67-70.

²⁴⁹ Este trabalho não abordará diretamente a temática dos precedentes como fontes do direito – a qual, aliás, não é tão comumente abordada nesses termos na doutrina estadunidense, talvez por seu grau de abstração. De toda forma, vale registrar adesão à posição de que os precedentes constituem fontes válidas do direito, inclusive no sistema brasileiro, no qual, principalmente a partir do CPC/2015, adquiriram inquestionável força obrigatória. Revestem-se, assim, de normatividade reflexa, por constituírem a interpretação “final” e imperativa das leis positivas. Existem excelentes obras nacionais que abordam o tema, por exemplo: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 53-87; THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 39-54.

²⁵⁰ Para compreensão do tema, relativamente aos acórdãos de controle concentrado, importante ter em mente a distinção entre eficácia *erga omnes* (da coisa julgada, restrita à parcela dispositiva do decisório); e a força vinculante (do precedente gerado pelo decisório, extensível à sua *ratio decidendi*/fundamentos determinantes). Note-se que o art. 102 §2º, da CRFB, opõe à Administração Pública não só a eficácia *erga omnes da coisa julgada*, mas também a força vinculante do precedente. A respeito: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 191-196.

²⁵¹ Interessante notar, aliás, que por vezes os órgãos julgadores administrativos se espelham nos mecanismos do CPC para criar sua própria sistemática interna de precedentes vinculantes. O Carf, por exemplo, cria súmulas internas, que vinculam todos os seus julgamentos.

²⁵² Interessante, por exemplo, a Portaria PGFN nº 502/2016, que regulamenta as dispensas para contestar/recorrer. Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/temas-com-dispensa-de-contestar-e-recorrer/portaria-pgfn-502-texto-consolidado-ate-portaria-19581-alterada-2020.pdf>>. Acesso em 24.06.2022.

materializarem a interpretação “final” da norma positiva, investem-se de normatividade reflexa²⁵³.

Realmente, o acatamento dos precedentes como legítimas fontes do direito²⁵⁴, a projetar efeitos sobre toda a sociedade (e não só sobre o judiciário), é indispensável para a efetiva consecução dos objetivos do *stare decisis*. Do contrário, o alcance das espécies “vinculantes” tornar-se-ia muito restrito, o que, na prática, acabaria aproximando sua força da mera persuasão – algo incompatível com a centralidade assumida pelo direito jurisprudencial no contexto estadunidense, e, mais recentemente, também no brasileiro.

Outrossim, mesmo que se considere inexistente a obrigatoriedade formal de observância por parte dos agentes administrativos, incontestável que eles acabam altamente influenciados a praticá-la, por saberem que o resultado de eventual contencioso judicial refletirá o mesmo entendimento. Isso é verdadeiro, especialmente, para os precedentes que constituem “palavras finais” (STF, STJ em matérias de viés infraconstitucional, e TJs, em matérias de direito local)²⁵⁵. Não há dúvidas de que esse acatamento por parte do Executivo (principalmente em processos administrativos) coaduna com os princípios da eficiência, igualdade e segurança jurídica.

Enfim, conclui-se que as propriedades vertical e horizontal dos precedentes vigoram nos sistemas jurídicos estadunidense e brasileiro. Em ambos, todos os órgãos judiciais colegiados são emissores e destinatários-vinculados de determinados precedentes. A principal diferença é que, no modelo nacional, a autoria é limitada e pré-determinada pela lei (em reflexo da previsão de apenas algumas espécies formalmente vinculantes). Ademais, nos dois sistemas faz-se pertinente a discussão acerca da força dos pronunciamentos judiciais sobre atores não-judiciários, especialmente órgãos administrativos.

²⁵³ “As orientações jurisprudenciais, portanto, trabalham com o dado legal, diante do caso concreto, extraindo o sentido normativo tendo em consideração a perspectiva fática, de modo a implementar a “normatividade reflexa”, que “espelha” a orientação normativa¹⁰⁶. Tal inserção, ou contextualização do direito jurisprudencial, todavia, cabe repetir, não lhe retira a importância ou mesmo a relevância da sua inserção como fonte do direito.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 53).

²⁵⁴ Vide nota de rodapé nº 249, supra.

²⁵⁵ À exceção dos excepcionais cenários de revogação.

2.4 Dimensão objetiva dos precedentes

Uma vez determinadas *quais são as* espécies jurisprudenciais obrigatórias, bem como seus autores e destinatários, importante definir a extensão “*intraprecedente*” dessa obrigatoriedade. Fala-se então na sua “dimensão objetiva”, que ocupa posição central na doutrina e na prática tanto dos Estados Unidos como do Brasil. Trata-se de delimitar qual parte, dentro do acórdão-gerador, efetivamente determina o julgamento de casos futuros.

De saída, parece claro que a fração vinculante transborda o pronunciamento dispositivo que resolve o caso concreto, o qual passará em julgado e diz respeito somente às partes da causa paradigma. É preciso extrair a essência *orientativa* do decisório, que constitui a própria razão de ser de um sistema de precedentes, voltado ao direcionamento de casos futuros. Contudo, mesmo os acórdãos mais importantes contêm uma série de elementos alheios à regra jurídica pronunciada, os quais não devem vincular os julgamentos subsequentes, por serem incidentais, não diretamente refletidos, confrontados pelos interessados e aprovados pelo colegiado-autor²⁵⁶. A probabilidade de não serem juridicamente acurados é muito maior.

A matéria é amplamente tratada no *common law* em referência à circunscrição da holding/*ratio decidendi*²⁵⁷, parcela principal dotada de eficácia vinculante; e da *dicta/obiter dictum*, fração incidental destituída de semelhante força.²⁵⁸ Contudo, a diferenciação entre elas é tormentosa, a ponto de alguns questionarem sua validade e exequibilidade²⁵⁹.

Deveras, já foram elaboradas diversas teorias a respeito, que adentram profundos aspectos linguísticos e filosóficos²⁶⁰. Em linhas gerais, e muito simplificada, destacam-se duas principais abordagens.

²⁵⁶ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 355–406, p. 385.

²⁵⁷ Nota-se que a doutrina estadunidense utiliza ambos os termos no sentido ora exposto. É preciso ter cuidado, contudo, pois o termo “holding” também pode referir-se à solução final de um caso concreto.

²⁵⁸ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, e-book, 2008, p. 67-68.

²⁵⁹ Duxbury compila diversas razões para a dificuldade, mas conclui que há boas razões para persistir na diferenciação: *Ibid*, p. 67-75. Schauer não se convence da praticabilidade da separação rigorosa: SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 57.

²⁶⁰ Descrevendo várias delas: ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. *Defining Dicta*. *Stanford Law Review*, v. 57, n.4, p. 953–1094, 2005.

Uma delas é a concreta, capitaneada por Goodhart, segundo a qual a *ratio* corresponde à solução jurídica extraída pelo tribunal do conjunto de fatos relevantes²⁶¹. Por exemplo, diante de controvérsia acerca da legitimidade de taxa instituída para remuneração de circo municipal, a *ratio* poderia ser assim elaborada: “tratando-se de taxa municipal cobrada de maneira unitária para entrada no circo público local, é lícita sua exigência”.

Sem ignorar os méritos dessa metodologia, em termos de focar os aspectos fáticos, em geral tem-se reconhecido que a *ratio* indica não apenas o que foi decidido, mas o porquê da decisão²⁶². Deveras, diante de certa conjuntura material, seria possível atingir uma mesma solução, para tanto adotando um fundamentou ou outro muito diferentes entre si, capazes de projetar orientações distintas para os julgadores vinculados²⁶³. Por isso, “uma definição satisfatória da *holding* deve considerar os fundamentos que conectam os fatos materiais ao resultado”²⁶⁴.

A segunda abordagem é a normativa, segundo a qual a *ratio* expressa o fundamento central invocado pela corte para resolver a controvérsia jurídica²⁶⁵. Sob essa perspectiva, relativamente ao mesmo exemplo acima citado, a *holding* poderia ser assim reformulada: “é lícita a cobrança de taxa para entrada no circo municipal, considerando seu enquadramento no conceito de contraprestação por serviço público específico e divisível, à luz do art. 77 do CTN”.

Dentro dessas linhas gerais, importantes juristas chegaram a sugerir a extração da *ratio* pelo teste da “razão necessária”, a qual, se excluída ou invertida, alteraria a conclusão atingida²⁶⁶. No entanto, essa proposta tem sido desbancada pela

²⁶¹ “I suggested that the principle of the case could be found by determining (a) the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them. (...) It is in this statement of the material facts and the conclusion based on them that the ratio decidendi of the case can be found.” (GOODHART, A. L. The Ratio Decidendi of a Case. The Modern Law Review, v. 22, n. 2, p. 117–124, 1959, p. 119-120).

²⁶² SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 53.

²⁶³ ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. Stanford Law Review, v. 57, n.4, p. 953–1094, 2005, p. 1056.

²⁶⁴ Tradução nossa. Ibid., p. 1056.

²⁶⁵ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017, p. 270.

²⁶⁶ Por exemplo: WAMBAUGH, Eugene. The Study of Cases. Boston: Little Brown & Co., 1892, p. 5.; GRAY, John Chipman. The Nature and Sources of Law. New York: Columbia University Press, 1909, p. 246.

consideração de que pode haver duas ou mais razões relevantes e alternativas, aptas a sustentar o resultado, separadamente.²⁶⁷

Tem-se sugerido então sua substituição pelo exame da “suficiência”. Disso nasceram conceituações como a de Neil MacCormick, para quem a *ratio* é a regra jurídica, explícita ou implicitamente adotada pelo Tribunal-autor, que é suficiente para resolver questão de direito cuja resolução é indispensável para a decisão do caso concreto (utilizado como paradigma)²⁶⁸.

Note-se que essa proposta enfoca o fundamento determinante, ao mesmo tempo que o conecta às circunstâncias do caso paradigma. Vislumbra-se (i) regra jurídica suficiente para resolver (*ratio decidendi*) (ii) controvérsia de direito (*thema decidendum*) (iii) cuja resolução é indispensável para julgamento do caso (circunscrição do *thema decidendum* e, reflexamente, da *ratio*, aos limites fáticos e jurídicos do conflito concreto). Somente interessa o fundamento que resolve a questão de direito efetivamente levada à corte, e ele só é aplicável quando presentes determinados fatos materialmente relevantes.

Com efeito, os princípios da inércia da jurisdição, da congruência e do devido processo legal (vigentes nos EUA e no Brasil)²⁶⁹ impedem o tribunal de decidir questão jurídica alheia ao caso concreto, o que (i) em termos de solução da lide, proíbe decisão *extra petita*; e (ii) em termos do resultante precedente, circunscreve a *ratio* somente às questões de direito efetivamente levadas ao conhecimento da corte, indispensáveis para a composição do conflito²⁷⁰. “Com isso preserva-se o próprio tribunal de proferir uma decisão dotada de efeitos vinculantes e gerais, com base em um nível inadequado de informação”²⁷¹, visto que questões prescindíveis provavelmente não foram objeto de argumentação e debates vigorosos entre os interessados. O Judiciário não funciona como órgão consultivo²⁷². Aliás, tamanha é a

²⁶⁷ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 76-77.

²⁶⁸ Tradução nossa. MACCORMICK, Neil. *Why Cases Have Rationes and What These Are*. In: GOLDSTEIN, Laurence (Ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, p. 155-182, 1987, p. 170.

²⁶⁹ ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. *Defining Dicta*. *Stanford Law Review*, v. 57, n.4, p. 953-1094, 2005, p. 1067.

²⁷⁰ Aproximadamente: PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. *Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado*. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 263-285, 2017, p. 280.

²⁷¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. *Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal*. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, v. 8, n.1, p. 667-688, 2018, p. 673.

²⁷² DORF, Michael C. *Dicta and Article III*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, n. 6, p. 1997-2069, 1998, p. 1997.

importância concedida nos EUA aos contornos do caso paradigma, que o próprio precedente costuma ser chamado pelo nome de uma ou de ambas as partes nele atuantes. Diz-se “*Roe* estabeleceu o direito ao aborto”; ou “*Marbury v. Madison* estabeleceu o *judicial review*”, e todos sabem que se trata de alusão aos respectivos precedentes (entre nós tratados por números ou por temas).

Enfim, outros autores estadunidenses adotam formulações semelhantes, que enfocam a regra jurídica conducente da decisão, sem deixar de destacar a importância de sua delimitação à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso paradigma²⁷³. Conciliam-se, assim, as virtudes dos métodos concreto e normativo. Schauer, por exemplo, considera que a holding é “a regra legal que, aplicada aos fatos do caso em análise, gera a decisão atingida”²⁷⁴.

Assim, seguindo no mesmo exemplo mencionado, a *ratio* poderia ser assim elaborada: “tratando-se de taxa municipal cobrada de maneira unitária para entrada no circo local, é lícita sua exigência, considerando seu enquadramento no conceito de contraprestação por serviço público específico e divisível, nos termos do art.77 do CTN”.

Note-se que tal assertiva é bastante *didática*. Na prática decisória, alguns elementos podem ser e deveras são resumidos ou implícitos nos pronunciamentos finais do tribunal autor, seja por obviedade, seja por descuido. Por isso, mesmo nos Estados Unidos, em que a comunidade jurídica é altamente treinada para manejo dos precedentes, recomenda-se sempre a análise compreensiva do acórdão gerador, para extração da *ratio* à luz de todos os elementos que a orientam²⁷⁵. A razão fundamental pode ser a simples incidência de uma normal legal, como pode traduzir ilação muito mais complexa.

Nada impede, ademais, que um mesmo caso dê ensejo a duas ou mais *ratios*. Isso ocorre não apenas quando elas são alternativas ou cumulativas em relação a

²⁷³ ““A holding consists of those propositions along the chosen decisional path or paths of reasoning that (1) are actually decided, (2) are based upon the facts of the case, and (3) lead to the judgment. If not a holding, a proposition stated in a case counts as dicta.” (ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. Stanford Law Review, v. 57, n.4, p. 953–1094, 2005, p. 962)

²⁷⁴ “But there is nothing very mysterious about the idea of a holding—it is the legal rule that, as applied to the facts of the particular case, generates the outcome”. (SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 55).

²⁷⁵ ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. Stanford Law Review, v. 57, n.4, p. 953–1094, 2005, p. 1072.

uma mesma controvérsia, mas também quando há diferentes questões jurídicas indispensáveis ao julgamento²⁷⁶.

Lado outro, a doutrina norte-americana anui com a limitação da *ratio samente* àquilo que foi formulado pela maioria do órgão autor²⁷⁷ – o que é facilitado pela técnica decisória adotada no país, que conglopera o entendimento majoritário da corte numa única *opinion*²⁷⁸. É que, por excelência, apenas essa parcela exprime a orientação efetivamente firmada pelo tribunal autor, a qual deriva justamente de uma votação/consenso. Embora haja hipóteses de decisões monocráticas (“*in chambers*”), não se concebem precedentes monocráticos, pois se confia ao debate e solução colegiados maiores reflexões em torno dos diversos aspectos e pontos de vista envolvidos. Portanto, ainda que seja possível identificar num voto concorrente ou dissidente um fundamento relevante (nos termos da formulação acima), não se tratará de *ratio* vinculante. Ademais, ainda que se atinja maioria quanto ao resultado do caso concreto, se ela não for formada quanto à uma razão determinante, inviável falar-se na formação de precedente obrigatório²⁷⁹.

Delimitada a *ratio* como a regra jurídica determinante adotada pela maioria do órgão-autor, à luz dos fatos materiais da causa, as passagens restantes configuram *dicta* (definida por exclusão).

O *obiter dictum* – que literalmente significa “dito para morrer” – pode tomar a forma das mais diversas afirmações desnecessárias: comentários irrelevantes para quaisquer fins, observações jurídicas sobre questões não relacionadas ao caso, proposições descoladas do entendimento ao final atingido, entendimentos minoritários, ou mesmo explicações generalistas sobre matérias de fundo²⁸⁰. Tais parcelas são destituídas de força vinculante, mas sua eficácia persuasiva é variante, podendo atingir altos níveis, a depender de fatores como a hierarquia da corte autora e da consistência da argumentação envolvida²⁸¹. Ademais, é viável que o *obiter* importe relevante sinalização de entendimento a ser futuramente adotado pelo mesmo

²⁷⁶ Ibid., p. 960-961.

²⁷⁷ COLE, Charles. The reality of binding precedent in America. NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, p. 137–154, 2005, p. 138-139.

²⁷⁸ Cf. reconhecido por: SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 53.

²⁷⁹ Ibid, p. 146.

²⁸⁰ Ibid., 2009, p. 56.

²⁸¹ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 503–517, 1997, p. 515.

tribunal como *ratio*, quando vier a apreciar caso concreto adequado²⁸². Com isso, pode assumir relevância argumentativa, mas não propriamente vinculante.

Exemplificando os conceitos citados, válido aludir à recente decisão do caso *Dobbs v. Jackson*. Na espécie, a *Supreme Court* analisou recurso que levantava a questão da validade de lei do Mississippi que proíbe o aborto pós 15 semanas de gestação. Ao longo da *opinion of the court* foram reunidas inúmeras considerações acerca de aspectos científicos, históricos, morais e jurídicos, mas é possível detectar a *ratio* no seguinte trecho: “a Constituição não faz nenhuma referência à matéria do aborto, e o respectivo direito não é implicitamente protegido em nenhuma provisão constitucional, incluindo a emenda nº 14 – compreendida como garantidora de alguns direitos não mencionados na Constituição, mas que precisam estar ‘profundamente enraizados na tradição nacional e implícitos no conceito de liberdade ordenada’ – categoria na qual não se encaixa o direito ao aborto”²⁸³. Nesse viés, as demais asserções incluídas no texto (mais de 100 páginas) poderiam ser classificadas como *dicta*.

De mais a mais, apesar do papel central assumido pelo órgão autor na fixação de *ratio* e *obiter*, a doutrina reconhece também a importância dos tribunais-destinatários na extração e até construção de seus exatos sentidos²⁸⁴. Realmente, é na prática cotidiana “viva” dos juízes de 1ª e 2ª instâncias que o alcance da *holding* vai sendo mais precisamente apurado, mediante confrontação com diferentes circunstâncias fáticas, o que é essencial para a evolução do corpo jurisprudencial.²⁸⁵ Inclusive, tais interpretações podem motivar a corte autora a lapidar os contornos de sua *holding*: a jurisprudência norte-americana fornece ricos exemplos do fenômeno²⁸⁶.

²⁸² “Dicta usually provide a useful guide to the future opinions of the Court, without carrying the precedential authority of the central holding in the case”. (SELLERS, Mortimer Newlin Stead. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 67–88, 2006, p. 73).

²⁸³ Tradução nossa. USA, Supreme Court, *Dobbs, State Health Officer of The Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*, Opinion of the Court by Justice Alito., 24.06.2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf> Acesso em 27.06.2022.

²⁸⁴ SILTALA, Raimo. *A theory of precedent*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 65-67.

²⁸⁵ “In a system where trial judges frequently assert their prerogative to exercise independent judgment by distinguishing higher court precedent or invoking the holding–dicta distinction to limit its scope, they can importantly influence the direction in which and the speed with which the law develops.” (DEVINS, Neal; KLEIN, David. *The vanishing common law judge?* *The University of Pennsylvania Law Review*, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017, p. 606).

²⁸⁶ Por exemplo, no caso *Government v. Windsor*, a *Supreme Court* afirmara que quando a parte deseja impedir a aplicação de uma lei estadual, inclusive com argumentos de inconstitucionalidade federal, deve primeiro procurar a justiça estadual, e, podendo procurar a justiça federal para discutir a

Embora alguns autores proponham a mitigação da separação *ratio/dicta*²⁸⁷, a maior parte da doutrina anui com sua pertinência: do contrário, criar-se ia uma imensidão de regras jurídicas tangenciais, não refletidas, pouco acuradas e obrigatórias, dificultando a própria praticabilidade do sistema de precedentes vinculantes²⁸⁸.

Enfim, as mencionadas construções da Academia norte-americana acerca da temática da dimensão objetiva são relevantes para operacionalização de um sistema de precedentes obrigatórios, e, no geral, mostram-se aproveitáveis no contexto brasileiro, principalmente a partir da vigência do Novo CPC. Na prática, os conceitos de *ratio* e *dicta* já foram há algum tempo implementados nos vocabulários forense²⁸⁹ e doutrinário²⁹⁰ nacionais, e acabaram refletidos em dispositivos do Código²⁹¹ que

matéria constitucional, caso insatisfeita com o provimento obtido. Em face disso, alguns litigantes e julgadores entenderam que poderia haver dupla discussão da temática constitucional. Tal levou a Corte Suprema a esclarecer, em *England v. Medical Examiners*, que o juiz federal só pode conhecer a demanda se inexistente decisão final acerca da matéria constitucional no âmbito estadual: ao dispor argumentos estritamente federais perante o tribunal local, o litigante renuncia ao direito de recorrer à justiça federal. (USA, *Supreme Court, England v. Medical Examiners*, Opinion of the Court by Justice Brennan, 13.01.1964. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/375/411/>>. Acesso em 01.07.2022).

²⁸⁷ BUSTAMANTE, Thomas Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 275-277.

²⁸⁸ DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 90; MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 247; THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 93.

²⁸⁹ É ver, por exemplo, o seguinte acórdão do STJ, que manuseia o conceito de *ratio*: "(...). 3. A Segunda Seção do STJ, em sede de recurso especial repetitivo, firmou entendimento de que "as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA" (Tema 990). 4. Em se tratando de caso de doença ultrarrara, com incidência menor ou igual a um caso para cada cinquenta mil habitantes, há substancial diferença material entre o caso em julgamento e os paradigmas, suficiente a amparar a necessidade de não aplicação da "ratio decidendi" dos precedentes que deram ensejo ao Tema 990/STJ ("distinguishing")." (BRASIL, STJ, REsp nº 1.885.384/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 24.05.2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001802263&dt_publicacao=24/05/2021>. Acesso em 25.08.2022).

²⁹⁰ "Noutras palavras, a ratio decidendi exprime a base da decisão judicial em relação ao efetivo conflito entre as partes apresentado perante a função jurisdicional, é o ponto central "resolutivo" da lide e por isso mesmo se presume solucionado com maior ponderação e adequação em relação ao direito e os fatos da causa; enquanto que o obiter dictum, por ser levantado de "passagem", seria até supérfluo ou desnecessário para a resolução do conflito e, por se tratar de atuação do julgador sem nada decidir, seria emitido até com maior liberdade de quem interpreta sem decidir, derivando daí, inclusive, a importância de se continuar a distinguir a ratio decidendi do obiter dictum". (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 94).

²⁹¹ Nesse sentido vai o art. 489, IV, do CPC, que considera nula a decisão que "se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos." Por sua vez, o art. 926, §2º determina que "Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação". Especificamente quanto aos recursos repetitivos e de

aludem à centralidade das “circunstâncias fáticas” e dos “fundamentos determinantes” na aplicação dos precedentes, teses e súmulas.

Ainda mais explícitos são os enunciados elaborados pelo FPPC, em interpretação do ordenamento: “Enunciado nº 317 - O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.”; “Enunciado nº 318 – “Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante.”

Apesar da aplicabilidade geral dos conceitos norte-americanos no contexto nacional, algumas particularidades brasileiras se refletem no tratamento da dimensão objetiva dos precedentes.

A um, diferente do que ocorre nos Estados Unidos, nem todas as espécies vinculantes locais nascem de “litígios concretos” entre partes, no sentido usual²⁹². Em especial, as decisões de controle concentrado julgam leis em abstrato²⁹³. Nesses casos, a delimitação da *ratio* não é tão “carregada de fatos”, mas ainda é viável definir alguns aspectos essenciais da controvérsia (ex: a lei declarada legal/constitucional determina certa cobrança em algumas circunstâncias específicas). Outrossim, em diversas sedes, existe a possibilidade de a matéria enfrentada pelo tribunal autor ser relativamente genérica, apesar de essencial para o deslinde final da controvérsia (a exemplo da resolução de questões processuais – legítimas componentes da *ratio*²⁹⁴).

repercussão geral, o art. 979, §9º, determina que “Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.”

²⁹² Sob esse enfoque, ganha pertinência a definição de *ratio* construída por Eisenberg, que destaca o papel das Cortes de enriquecimento do corpo normativo, e não apenas de resolução de casos concretos. Para ele, a *ratio* é “a regra enunciada pelo precedente que é relevante para as questões levantadas a partir da controvérsia levada à Corte.” Tradução nossa. (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 1991, edição kindle, posição 1128).

²⁹³ “Os precedentes do controle concentrado se limitam a oferecer as razões pelas quais determinada norma é inconstitucional ou constitucional, declarando a sua (in)constitucionalidade. O controle é em tese e com caráter objetivo. Ao contrário daqueles oriundos de recurso especial e extraordinário, tais precedentes não são individuais e concretos. De qualquer forma, ainda que o objeto do controle concentrado seja uma norma abstrata e geral, o precedente que aí se forma inegavelmente assume particularidade, a refletir a individualidade da norma confrontada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 47, p. 181–237, 2013, p. 211).

²⁹⁴ “(...) a *ratio decidendi* deve ser buscada na resolução de todas as questões do caso concreto e não apenas na resposta ao litígio de direito material.” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p 392)

Portanto, assim como nos EUA, no Brasil a circunscrição fático-jurídica da *ratio* é sempre possível e indispensável, embora encontre válidos limites na técnica decisória geradora e no nível de abstração da temática.

A dois, inclusive nas hipóteses em que CPC parece determinar o julgamento dos casos paradigma “em separado” do incidente de formação do precedente, os contornos fáticos daqueles casos necessariamente limitarão a delimitação da *ratio* e da tese. O cenário mais explícito dessa possível separação advém do comando do art. 978, parágrafo único, segundo o qual, no âmbito do IRDR, “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.” Há de se interpretar tal disposição à luz de tudo o que já foi exposto.

Ademais, mesmo nas espécies vinculantes cujos procedimentos formadores prosseguem quando a parte do recurso paradigma desiste (art. 988, parágrafo único, do CPC), os contornos da “ex-lide” deverão ser observados para fins de formação do precedente²⁹⁵, sob pena de viabilizar-se criatividade judicial ilimitada.

A três, a técnica decisória dos tribunais brasileiros (soma de votos individuais, sem opinião única da “maioria”) pode dificultar a extração e mesmo a formação da *ratio*, que é majoritária por excelência²⁹⁶. Nesse contexto, assumem relevância as oportunidades deliberativas por ocasião da elaboração das súmulas e teses, utilizáveis pelas cortes autoras para delimitar quais são, propriamente, os entendimentos determinantes aderidos pela maioria. Essas “oportunidades” não são típicas dos procedimentos geradores de todas as espécies vinculantes do art. 927 do CPC, mas é possível que os respectivos órgãos autores as criem, procedendo a esse tipo de deliberação ao final dos julgamentos paradigmas²⁹⁷. Recomendável que haja

²⁹⁵ No mesmo sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 416.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação Rescisória: do juízo rescindendo ao juízo rescisório. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 203. A respeito da extração da *ratio* em decisões plurais: MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁹⁷ Vide nota de rodapé nº 203, supra.

votação específica para garantia de adesão majoritária à regra jurisprudencial formulada²⁹⁸, com apontamento expresso do que a corte entende como *ratio*²⁹⁹.

A quatro, a propósito das súmulas e teses, reitera-se que seus enunciados são capazes de encapsular sínteses relevantes³⁰⁰. No entanto, por sua natureza sintética, mais abstrata³⁰¹, ou pelo emprego de técnica inadequada, seus textos podem não exprimir a integralidade dos fatos e fundamentos determinantes³⁰², não corresponder a eles, ou transbordar seus limites³⁰³. A doutrina relata casos em que, visando pacificar o maior número possível de controvérsias (inclusive para evitar o afluxo de processos ao tribunal), o relator tentou incluir no enunciado elemento totalmente alheio à controvérsia e a seus motivos determinantes³⁰⁴. Essa circunstância pode ser

²⁹⁸ “Cremos, portanto, que seria recomendável que se estabelecesse uma norma determinando aos ministros do STF que realizem, após a leitura de seus votos, uma votação não apenas sobre a parte dispositiva do acórdão, mas também um debate e nova votação sobre os pontos de consenso ou as “regras judiciais” que podem ser utilizadas como parâmetros futuros para a decisão de casos vindouros e para o julgamento das Reclamações constitucionais.” (A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 144).

²⁹⁹ “Não há óbices a que convivam a tese e a *ratio* enquanto elementos vinculantes no sistema de precedentes em construção. A lei orienta para que assim ocorra. Será necessário, porém, que na construção das teses sejam agregados seus fundamentos determinantes e que os tribunais superiores deixem claras a transcendência dos fundamentos determinantes dos seus julgados, que devem ser procurados pelo intérprete para além do conteúdo das teses e ementas.” (FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, n. 10, p. 81-102, 2018, p. 100).

³⁰⁰ A doutrina relata que o direito brasileiro tem tradição de trabalho jurisprudencial com a fixação de teses (até pelas heranças do civil law), o que não configura um prejuízo: com atenção às boas práticas de elaboração e aplicação, o sistema pode funcionar bem: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 83-96.

³⁰¹ “Daí a necessidade de o enunciado normativo elaborado em juízo reportar-se sempre ao quadro fático-circunstancial que justificou sua edição. Isto, porém, há de ser feito sem o exagero de exigir-se que o enunciado da tese vinculante contenha a reprodução por inteiro do caso gerador do precedente. (...). Enfim, o ideal é que a tese (ou a súmula) revele, preferencialmente de maneira clara, a circunstância fática que serviu de base à sua edição. E os tribunais deverão esforçar-se para que essa orientação seja observada, em regra. Mas, não configurará defeito grave a redação de maneira sintética (...). Ademais, relembre-se, é sempre interessante que venha referido o julgado que deu origem ao precedente, inclusive com indicação de acesso facilitado à íntegra do decisório, para permitir um maior aprofundamento nos aspectos fático-jurídicos do caso julgado.” (Ibid., p. 89-91).

³⁰² São nesse sentido as conclusões de Taís Schilling Ferraz, para quem os próprios tribunais formadores devem buscar refletir a *ratio* na tese, ao mesmo tempo deixando claro que, para além dela, os fundamentos determinantes dos acórdãos-geradores são dotados de efeito vinculante. Aos aplicadores caberia revisitar a prática do raciocínio unicamente dedutivo. (FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, n. 10, p. 81-102, 2018, p. 99-100).

³⁰³ De acordo com Macêdo, a não correspondência é causa de invalidade: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 361.

³⁰⁴ Patrícia Perrone relata que isso ocorreu no julgamento do RE-RG nº 669.069. No julgamento do caso concreto, fixou-se ser prescritível o direito de ação da União para se ressarcir de danos

mitigada pela apreciação colegiada, mas, de toda forma, insiste-se que a formulação e a interpretação dos enunciados devem ser guiadas pelos acórdãos-paradigmas e respectivos casos concretos³⁰⁵. Aliás, os esforços devem iniciar-se desde a fixação correta da questão controvertida, que orienta o sobrestamento de processos que tratam da mesma temática (cf. art. 1037, I e II, do CPC).

Na prática dos tribunais brasileiros, alguns enunciados bem sinalizam a *ratio*, enquanto outros demandam pesquisas mais profundas nos acórdãos-geradores. Como exemplos do primeiro grupo, citam-se as seguintes teses: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política” (STF - ADI nº 5135)³⁰⁶; “A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades (STJ – Tema Repetitivo nº 565)³⁰⁷.

Como exemplo do segundo grupo, citam-se os seguintes enunciados: “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário-mínimo para

causados a um automóvel de sua propriedade, em decorrência de uma colisão de veículos. No momento da elaboração da tese, contudo, o Relator, Min. Teori Zavascki, propôs o seguinte enunciado: “a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”. A proposta encontrou resistência do Min. Barroso: “Eu gostaria de adiantar, desde logo, que eu estou de acordo com o voto do Ministro Teori Zavascki naquilo em que decidiu a demanda posta. (...). Sua Excelência, no entanto, foi um pouco além, preocupado em sistematizar o tema, e, talvez, nós não estejamos ainda em condições de sistematizar o tema. Dentre outras razões, porque a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela não foi objeto - eu diria - de um contraditório neste processo. Ou seja, nós não fomos expostos aos diferentes argumentos, alguns deles suscitados agora, pelo Ministro Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. E eu não gostaria de ter um pronunciamento do Plenário sobre esta questão importante e delicada da imprescritibilidade, sem um contraditório em que nós pudéssemos considerar todos os argumentos.” A partir dessa consideração, acabou fixada tese restrita à controvérsia analisada. (PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017, p. 279-281).

³⁰⁵ Nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 100; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação Rescisória: do juízo rescindendo ao juízo rescisório*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 217.

³⁰⁶ BRASIL, STF, ADI nº 5.135, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 07.02.2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4588636>. Acesso em 24.06.2022.

³⁰⁷ BRASIL, STJ, REsp nº 1.339.313/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Seção, DJe 21.10.2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=565&cod_tema_final=565>. Acesso em 24.06.2022.

as praças prestadoras de serviço militar inicial. (STF – Tema nº 15 de Repercussão Geral)³⁰⁸; “As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA.” (STJ – Tema Repetitivo nº 990)³⁰⁹

Em um ou outro cenário, não se dispensa a “confirmação” via estudo dos procedimentos e acórdãos geradores, inclusive para averiguação da correspondência com a tese firmada e da formação de maioria – ausentes, em alguns casos³¹⁰. A perspectiva não é tão desfavorável como sugere parcela da doutrina, contudo. Mesmo nos Estados Unidos, a extração da *ratio* pode ser tarefa árdua em face de algumas *opinions*; e a *Supreme Court* comumente sumariza seus pronunciamentos em uma frase final, ainda que sejam sempre oriundos de super específicos casos concretos³¹¹.

A cinco, no âmbito das mencionadas ações em controle concentrado, o STF tem firmado posição inoportuna quanto à delimitação da dimensão objetiva do precedente, contrária à racionalização aqui exposta. Abandonando entendimento sugerido no passado³¹², o Tribunal agora tem apontado a não “transcendência dos

³⁰⁸ BRASIL, STF, RE nº 570.177, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 30.04.2008. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2574140&numeroProcesso=570177&classeProcesso=RE&numeroTema=15>>. Acesso em 24.06.2022.

³⁰⁹ BRASIL, STJ, REsp nº 1.712.163/SP e REsp nº 1726563/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 2ª Seção, DJe 03.12.2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=990&cod_tema_final=990>. Acesso em 24.06.2022.

³¹⁰ Como concluído em pesquisa empírica conduzida pela UFMG junto ao CNJ: A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Coord. Thomas da Rosa e Bustamante et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 143, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>, acesso em 10.07.2022.

³¹¹ A exemplo da decisão no supramencionado caso *Dobbs v. Jackson*. Ao final, declarou-se “The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives.” (EUA, Supreme Court, *Dobbs, State Health Officer of The Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women’s Health Organization et al.*, Opinion of the Court by Justice Alito, 24.06.2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf> Acesso em 27.06.2022).

³¹² “RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...). 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. (...)” (BRASIL, STF, Rcl nº 1.987, Rel. Min. Maurício Correa, Tribunal Pleno, DJe 21.05.2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>. Acesso em 27.06.2022).

motivos determinantes” das suas decisões, insistindo na vinculatividade apenas do dispositivo decisório³¹³. Por essa lógica, por exemplo, se a Corte declarar a inconstitucionalidade de taxa instituída pelo Município X, pelos motivos Y; o pronunciamento só será válido para, nos subsequentes casos, impor a invalidade das correspondentes cobranças efetuadas pelo mesmo Município X, mas não de idênticas exigências realizadas pelo Município Z (ainda que os motivos Y lhes sejam integralmente aplicáveis).

Contudo, esse entendimento guarda traços de jurisprudência defensiva (visando evitar o afluxo de reclamações baseadas nos fundamentos)³¹⁴, e não coaduna com a melhor delimitação da dimensão objetiva do precedente. Deveras, o acórdão de controle concentrado produz (i) coisa julgada *erga omnes*, limitada à parcela dispositiva³¹⁵ (gerando a específica invalidade da taxa instituída pelo Município Y); mas também (ii) precedente obrigatório, com *ratio decidendi* vinculante³¹⁶ (aplicável para invalidar taxas materialmente idênticas, inclusive a instituída pelo Município Z). Do contrário, inexistiriam motivos para o legislador alçar

³¹³ “DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. REGIME DA LEI 8.038/1990 E DO CPC/1973. DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO QUE LIMITOU TEMPORALMENTE A CONDENAÇÃO À DATA-BASE DOS SERVIDORES. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS ADI’S 1.662 E 1.098. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE ESTRITA ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E OS PARADIGMAS APONTADOS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. 1. Em se tratando de alegação de violação a decisão dotada de efeito vinculante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser necessária relação de aderência estrita entre o ato impugnado e o paradigma supostamente violado. 2. Na sistemática da Lei nº 8.038/1990 e do CPC/1973, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido contrário à adoção da teoria da transcendência aos motivos determinantes de suas decisões, ao menos no que tange ao uso de tese para o fim de ajuizamento de reclamação constitucional. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL, STF, Agr-Rcl nº 2412, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 01.02.2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14266077>. Acesso em 27.06.2022).

³¹⁴ PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017, p. 272-273.

³¹⁵ Como explica Marinoni, o correto é dizer que a decisão de controle concentrado gera coisa julgada e efeitos *erga omnes*, sendo estes últimos oriundos da própria decisão, e não da coisa julgada. De toda forma, na prática, o autor reputa válido resumir o resultado como “coisa julgada *erga omnes*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 207-209).

³¹⁶ Interessante notar que a extração da *ratio* pode envolver análise do relatório, da fundamentação e do dispositivo: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 291.

as decisões em controle concentrado à categoria de “precedentes obrigatórios”, bastando conferir-lhes efeitos *erga omnes*³¹⁷.

Por fim, menciona-se que autorizada doutrina brasileira tem apontado a pertinência de recorrer-se às técnicas de interpretação legislativa para compreensão e extração da dimensão objetiva dos precedentes nos acórdãos-geradores (método literal, histórico, sistemático etc.)³¹⁸. Deveras, em alguns casos³¹⁹ a busca pela *ratio* pode revelar-se missão complexa, não sendo proveitoso limitá-la a um caminho específico e pré-determinado. Nesse viés, válido o recurso àqueles métodos, que representam interessante contribuição do *civil law* ao tratamento da matéria.

Ao exposto, apesar da complexidade do tema, verifica-se que tanto no sistema norte-americano quanto no brasileiro é pertinente a delimitação de *ratio* e *dicta*, bem como a atribuição de força obrigatória apenas à primeira. Embora as noções gerais acerca do tema sejam compartilháveis entre os sistemas, novamente, as peculiaridades das espécies vinculantes nacionais (a exemplo do seu nível de abstração) impõem certas *adaptações*, cuidados, mas também contribuições.

De toda forma, essencial que os operadores do direito nacionais, incluindo os tribunais, procurem compreender e operacionalizar devidamente a dimensão objetiva em comento. Deve-se prevenir formulações e interpretações descuidadas em torno da *ratio*, impregnadas de preocupações defensivas, mas incongruentes com os objetivos do sistema de precedentes obrigatórios implantado no país (fixação de

³¹⁷ “Embora exista discussão acerca dos limites objetivos da eficácia vinculante, a sua razão de ser ou a sua essência afastam completamente a ideia de vê-la limitada ao dispositivo da decisão. Isto porque a eficácia vinculante é vista como eficácia obrigatória em relação aos órgãos públicos incumbidos de aplicar o direito e, se bastasse obrigar-lhes a se curvar aos dispositivos das decisões, seria suficiente a tal “coisa julgada erga omnes”. (...). Na verdade, a eficácia obrigatória dos precedentes é, em termos mais exatos, a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*. Daí a razão óbvia pela qual a eficácia vinculante não pode se limitar ao dispositivo da decisão. Só há sentido e razão para falar em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade e força obrigatória à *ratio decidendi*. Afinal, é a sua aplicação uniforme – e não o respeito exclusivo à parte dispositiva - que garante a previsibilidade e a igualdade de tratamento perante a jurisdição, dando-se efetividade ao postulado de que casos semelhantes devem ser tratados de igual modo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 222).

³¹⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 254-258.

³¹⁹ A doutrina relata que as dificuldades teóricas para delimitação da *ratio* não se refletem na maioria dos casos práticos: MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 503–517, 1997, p. 513.

entendimentos altamente qualificados, a serviço da segurança jurídica, igualdade e eficiência judiciária)³²⁰.

2.5 Termo inicial de vigência dos precedentes

Conforme exposto nos tópicos anteriores, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil a *ratio* dos precedentes obrigatórios deve ser observada por todos aqueles horizontal ou verticalmente vinculados.

Mas qual o termo inicial de tal observância? Desde quando o precedente é considerado vigente? A publicação do acórdão-gerador desponta como marco relevante, tanto nos Estados Unidos³²¹ quanto no Brasil³²²: apenas a partir daí os obrigados passam a ter ciência dos exatos termos em que o precedente foi fixado, o que viabiliza sua interpretação e aplicação. Parece ser essa a compreensão mais adequada, malgrado o entendimento divergente que tem sido adotado pelo STF, no sentido da suficiência da mera disponibilização da ata do julgamento³²³.

De toda forma, a regra geral da publicidade (em maior ou menor nível) parece resolver a questão para os precedentes da mais alta corte de cada país – *Supreme Court* e STF. Poder-se-ia cogitar, no máximo, do aguardo do trânsito em julgado

³²⁰“O sucesso das mudanças implementadas no sistema jurídico, pela criação de um modelo de respeito aos precedentes, está na dependência dos primeiros movimentos que a comunidade jurídica lhe imprime, e, em especial, o próprio Poder Judiciário. Estes movimentos devem ser engendrados de forma a assegurar consistência e efetividade ao novo modelo, criado que foi não apenas para uniformizar jurisprudência frente a casos que se repetem, mas sim e principalmente com vistas à obtenção de maior coerência e segurança jurídica na construção e aplicação do Direito.” (FERRAZ, Taís Schilling. *Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro*. Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, n. 10, p. 81-102, 2018, p. 100).

³²¹ Inclusive, embora a matéria não seja pacificada, em geral não se reconhece qualquer valor jurisprudencial às decisões não oficialmente publicadas. A respeito, vide notas nºs 183 e 184, supra.

³²² PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 184; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 114.

³²³ Por exemplo: “SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. SÚMULA DE JULGAMENTO. ATA DE JULGAMENTO. PREMISSAS FÁTICAS. SUPORTE NORMATIVO. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. CONTRADIÇÃO. OMISSÃO. NÃO CONFIGURADA. ESCLARECIMENTO. POSSIBILIDADE. (...)” 4. A tese de julgamento que consta em ata de julgamento publicada no Diário Oficial possui força de acórdão, até a publicação deste. Assim, o marco temporal de observância da orientação jurisprudencial para casos futuros ajuizados após o julgamento do paradigma deve ser considerado a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Arts. 1.035, §11, e 1.040 do CPC. (...)” (BRASIL, STF, RE 593849 ED-segundos, Rel. Min. EDSON FACHIN, Pleno, DJe 21.11.2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377852/false>. Acesso em 01.07.2022).

interno, como defende parcela da doutrina³²⁴. Contudo, não parece ter sido essa a opção encampada no CPC (arts. 1.039 e 1.040). De toda forma, em ambos os países, os mecanismos revisórios disponíveis em face dos acórdãos-geradores supremos (*petition for rehearing*³²⁵ e *embargos de declaração*) geralmente são alheios à reversão meritória do entendimento fixado – cenário que excepcionalmente pode ser modificado, no Brasil, caso haja pedido de efeitos infringentes, por exemplo.

A problemática é mais complexa no que tange aos pronunciamentos vinculantes dos demais tribunais, sujeitos à possível revisão meritória superior direta. Isso inclui as cortes intermediárias e, no caso do Brasil, também o STJ.

Nos Estados Unidos, em que qualquer acórdão pode formar norma jurisprudencial obrigatória, entende-se que o precedente intermediário é válido e eficaz desde a publicação, até que advenha a revogação³²⁶. Contudo, algumas cortes de 2º grau empregam práticas cautelares nas situações em que a revisão superior é provável. Mesmo tendo-se formado precedente de 2ª instância sobre determinada matéria, se houver concessão (ou até iminência de concessão) de *certiorari* para apelo supremo que trate dela, o tribunal local pode emitir ordem de *hold in abeyance* (“*segurar sem decidir*”) todos os casos que tratam da mesma controvérsia, esperando o julgamento da *Supreme Court*³²⁷.

Com isso, não se nega a validade do precedente de 2ª instância, mas conscientemente “decide-se não decidir” com base nele, bloqueando temporariamente sua aplicabilidade, para que norma jurisprudencial sujeita à mudança iminente não seja desde logo aplicada aos processos pendentes. Isso é especialmente relevante para casos que tratam de matérias sensíveis, que envolvem restrições de direitos fundamentais, por exemplo.

Entretanto, os métodos e critérios pelos quais realizados semelhantes “bloqueios” variam bastante entre as cortes de 2ª instância, o que tem levantado debates e críticas doutrinárias³²⁸. Quando um tribunal intermediário não adota semelhante procedimento, a própria *Supreme Court* acaba “segurando” os recursos

³²⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 378.

³²⁵ Conforme Rule 44 das Rules of the Supreme Court of The United States, disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>>, acesso em 01.07.2022.

³²⁶ BRUHL, Aaron-Andrew P. Deciding When to Decide: How Appellate Procedure Distributes the Costs of Legal Change. *Cornell Law Review*, v. 96, p. 203–264, 2011, p. 206, 218-219.

³²⁷ *Ibid.*, p. 206-207, 233.

³²⁸ *Ibid.*, p. 232-236.

de lá oriundos até que sobrevenha seu julgamento paradigma e, depois, devolvendo os processos ao 2º grau para reapreciação, caso tenha revisado o entendimento que lá vigorava³²⁹. Aplica-se então o famoso comando sumário de GVR - “*grant, vacate and remand order*”. Contudo, a doutrina aponta que esse segundo arranjo é ineficiente, resultando na interposição e exame supremo de inúmeras *petitions for certiorari* relativas a apelos financeiramente custosos que nunca serão apreciados no mérito³³⁰.

No Brasil, em que os procedimentos geradores de precedentes verticalmente obrigatórios são pré-determinados, opções legislativas bastante peculiares acabaram positivadas. Como primeiro ponto, há verdadeiro comando de não formação de precedente de 2ª instância, caso a matéria já vá ser enfrentada em regime vinculante por STJ ou STF, cf. art. 976, §4º, do CPC: “É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.”

Embora a disposição refira-se somente à sistemática de repetitivos, prudente extrair uma orientação geral de que, sendo sabido que as cortes superiores logo julgarão determinada controvérsia com força obrigatória (mediante técnicas do art. 927 do CPC, inclusa a repercussão geral individual), seria contraproducente ao tribunal intermediário julgar a exata mesma questão, em caráter vinculante, a nível local/regional. Ademais, em havendo iminência de prolação de precedente superior, geralmente há sobrestamento nacional dos processos que tratam do mesmo tema, o que bloqueia a formação e a eficácia de eventuais precedentes de 2º grau (mediante ordem imperativa, e não ao livre arbítrio de cada tribunal).

Lado outro, quando ausente esse cenário prévio, o precedente de 2ª instância pode ser formado, em IRDR ou IAC. Contudo, da simples leitura do art. 982, I, e §5º, c/c art. 987, do CPC, deduz-se que o entendimento pronunciado não será imediatamente aplicável, mantendo-se o sobrestamento geral dos processos correlatos no âmbito do tribunal intermediário, até que (i) transite em julgado o acórdão (mediante não interposição ou inadmissão final de recursos excepcionais); ou (ii) sejam apreciados os recursos especiais e/ou extraordinários interpostos contra ele,

³²⁹ Ibid., p. 217.

³³⁰ Ibid., p. 235.

gerando tese final nacionalmente vinculante. Inclusive, os extraordinários serão recebidos com presunção de repercussão geral.

Portanto, no Brasil, esses dois cenários condicionam a eficácia dos precedentes de 2ª instância, conforme já entendeu o STJ³³¹. Os dispositivos citados referem-se especificamente ao IRDR, mas a lógica é extensível ao IAC.

Preocupações semelhantes se voltam à formação de precedentes no STJ. Se o STF já houver afetado determinada matéria para julgamento com força vinculante,

³³¹ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ARTS. 982, § 5º, E 987, §§ 1º E 2º, DO CPC. RECURSO PROVIDO. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se a suspensão dos feitos cessa tão logo julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo TJ/TRF, com a aplicação imediata da tese, ou se é necessário aguardar o julgamento dos recursos excepcionais eventualmente interpostos. 2. No caso dos recursos repetitivos, os arts. 1.039 e 1.040 do CPC condicionam o prosseguimento dos processos pendentes apenas à publicação do acórdão paradigma. Além disso, os acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos não são impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo automático. 3. Por sua vez, a sistemática legal do IRDR é diversa, pois o Código de Ritos estabelece, no art. 982, § 5º, que a suspensão dos processos pendentes, no âmbito do IRDR, apenas cessa caso não seja interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente. 4. Além disso, há previsão expressa, nos §§1º e 2º do art. 987 do CPC, de que os recursos extraordinário e especial contra acórdão que julga o incidente em questão têm efeito suspensivo automático (ope legis), bem como de que a tese jurídica adotada pelo STJ ou pelo STF será aplicada, no território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. 5. Apesar de tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos comporem o microsistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC), a distinção de tratamento legal entre os dois institutos justifica-se pela recorribilidade diferenciada de ambos. De fato, enquanto, de um lado, o IRDR ainda pode ser combatido por REsp e RE, os quais, quando julgados, uniformizam a questão em todo o território nacional, os recursos repetitivos firmados nas instâncias superiores apenas podem ser objeto de embargos de declaração, quando cabíveis e de recurso extraordinário, contudo, este, sem efeito suspensivo automático. 6. Admitir o prosseguimento dos processos pendentes antes do julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra o acórdão do IRDR poderia ensejar uma multiplicidade de atos processuais desnecessários, sobretudo recursos. Isso porque, caso se admita a continuação dos processos até então suspensos, os sujeitos inconformados com o posicionamento firmado no julgamento do IRDR terão que interpor recursos a fim de evitar a formação de coisa julgada antes do posicionamento definitivo dos tribunais superiores. 7. Ademais, com a manutenção da suspensão dos processos pendentes até o julgamento dos recursos pelos tribunais superiores, assegura-se a homogeneização das decisões judiciais sobre casos semelhantes, garantindo-se a segurança jurídica e a isonomia de tratamento dos jurisdicionados. Impede-se, assim, a existência - e eventual trânsito em julgado - de julgamentos conflitantes, com evidente quebra de isonomia, em caso de provimento do REsp ou RE interposto contra o julgamento do IRDR. 8. Em suma, interposto REsp ou RE contra o acórdão que julgou o IRDR, a suspensão dos processos só cessará com o julgamento dos referidos recursos, não sendo necessário, entretanto, aguardar o trânsito em julgado. O raciocínio, no ponto, é idêntico ao aplicado pela jurisprudência do STF e do STJ ao RE com repercussão geral e aos recursos repetitivos, pois o julgamento do REsp ou RE contra acórdão de IRDR é impugnável apenas por embargos de declaração, os quais, como visto, não impedem a imediata aplicação da tese firmada. 9. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem a fim de que se aguarde o julgamento dos recursos extraordinários interpostos (não o trânsito em julgado, mas apenas o julgamento do REsp e/ou RE) contra o acórdão proferido no IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023. (BRASIL, STJ, REsp nº 1.869.867/SC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 03.05.2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1869867>. Acesso em 01.07.2022).

a Corte deve abster-se de afetar a mesma controvérsia, inclusive em razão do sobrestamento geral advindo do Supremo – que bloquearia a formação e a eficácia de outros precedentes³³². Inexistindo esse cenário prévio, estes poderão (e deverão) ser formados. Há controvérsia quanto ao termo inicial da eficácia, contudo.

Por um lado, o próprio STJ tem considerado que seus precedentes – e especialmente seus acórdãos de repetitivos – são submetidos ao mesmo regime dos do STF, produzindo efeitos desde a publicação, com fundamento na literalidade dos arts. 1.039 e 1.040 do CPC³³³. Por outro lado, autorizada doutrina³³⁴ tem defendido a incidência de sistemática semelhante à da 2ª instância, sendo a vigência dependente do trânsito em julgado do acórdão gerador (mediante não interposição ou inadmissão dos extraordinários que tratem da mesma questão definida pelo STJ); ou (ii) da apreciação meritória final pelo STF (em regime de repercussão geral).

Embora seja discutível o acerto da opção legislativa³³⁵, nos filiamos à essa segunda corrente, por entendermos que, no ordenamento brasileiro, o condicionamento da eficácia da *ratio* adotada pelo STJ ao exaurimento recursal deflui da compreensão sistemática do CPC, que vindica aplicação analógica do art. 982, I, e §5º, c/c art. 987 (até porque o IRDR e os recursos repetitivos fazem parte de um mesmo microsistema, com normas de regência complementares³³⁶ e extensíveis ao

³³² Em 2021, os dois Tribunais Superiores firmaram termo de cooperação para racionalizar atuação em questões repetitivas comuns, que envolve evitar análises concomitantes e selecionar casos decididos pelo STJ que podem ser dignos de revisão em repercussão geral. (STJ, “STJ e STF firmam acordo para racionalizar atuação em questões repetitivas comuns”. Brasília, 09.06.2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/09062021-STJ-e-STF-firmam-acordo-para-racionalizar-atuacao-em-questoes-repetitivas-comuns.aspx>>. Acesso em 01.07.2022)

³³³ Vide nota nº 331, *supra*.

³³⁴ “Assim, e por isso, se firmado um precedente no STJ, este não deve produzir efeitos imediatos, a não ser que não tenha sido interposto recurso extraordinário, ou se esse, interposto, não tiver sido admitido. Tendo sido interposto e admitido, só gera efeitos o precedente produzido no âmbito do STJ após o julgamento do recurso extraordinário, se for confirmado, e, a nosso ver, após a publicação do acórdão, ou, pelo menos, da ata de julgamento deste último recurso. Esta interpretação é a única possível, apesar da literalidade do art. 1.040, caput, do CPC, que trata da mesma forma a eficácia de um precedente proferido no âmbito do STJ (recorrível e, portanto, alterável) e no STF.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 119). Com entendimento ainda mais restritivo, no sentido de que qualquer precedente (formando em procedimento concentrado ou não) só produz efeitos após o trânsito em julgado, por razões de segurança jurídica: MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 377-378.

³³⁵ Decidiu-se vincular a eficácia de determinadas *ratios*, que possuem autonomia normativa, ao encerramento dos casos paradigmáticos.

³³⁶ Enunciado nº 345 do FPPC: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.”

IAC, no que cabível). Não faria qualquer sentido obstar a eficácia dos precedentes obrigatórios de 2ª instância até que não seja possível a reversão direta, mantendo o sobrestamento geral e conferindo efeito suspensivo presumido ao extraordinário; e deixar de relegar o mesmo tratamento aos precedentes do STJ – que são ainda mais qualificados e relevantes, a nível nacional. Tal orienta a interpretação dos arts. 1.039, 1.040 e similares. Por exemplo, onde se diz que “publicado o acórdão paradigma” as cortes inferiores deverão tomar as medidas de observância (incluindo juízos de admissibilidade e retratação), entende-se que esse é o regime aplicável aos precedentes do STF. Em se tratando de precedente do STJ, deve-se aguardar o exaurimento recursal.

Obviamente, criam-se desafios em termos de morosidade, por alongar-se a espera nos processos que aguardam a fixação do entendimento final. Pode-se cogitar que esse problema é contrabalanceado pelos ganhos em justiça, segurança jurídica, e até eficiência, haja vista a imensidão de recursos e rescisórias que poderão ser evitados mediante tal cautela. Outrossim, viável que a lentidão seja mitigada por tratativas de gestão entre e intra tribunais, no sentido da priorização da análise da admissibilidade dos recursos interpostos em face de acórdãos paradigmas. Quanto aos pronunciamentos do STJ, muitas vezes o STF entende que a matéria é inteiramente infraconstitucional, por exemplo³³⁷. Ademais, durante o período de suspensão, ainda é viável a concessão de tutelas de urgência, cf. art. 982, §2º, do CPC.

Fora dos cenários ora tratados, sempre existe a possibilidade de que, algum tempo depois, em outros processos e procedimentos, STF ou STJ venham a conhecer e a julgar determinada matéria contrariando precedente obrigatório “inferior” que já era eficaz. Tais circunstâncias são naturais e aceitáveis dentro de qualquer sistema de precedentes vinculantes, e acabam endereçadas por instrumentos específicos existentes em cada um deles (a exemplo da modulação). O que se equaciona, mediante regulação do termo inicial da eficácia do precedente intermediário (incluindo os do STJ), é apenas a probabilidade de mudança *iminente* da norma proferida. Exige-se mínima estabilidade para que a regra seja largamente aplicada, considerando as

³³⁷ De toda forma, no Brasil, em havendo procedimentos pré-vocacionados à formação do direito jurisprudencial vinculante, são grandes as chances de a Corte Suprema prestar mais atenção (e decidir revisar) os respectivos acórdãos, os quais dizem respeito a matérias de grande relevância geral. Tal reforça a orientação de que, aqui, a eficácia dos precedentes intermediários deve ser levemente postergada.

dinâmicas inerentes ao sistema recursal, especialmente dentro dos procedimentos objetivos voltados à produção de direito jurisprudencial – em que há pré-seleção de casos relevantes³³⁸. De fato, quando interposto recurso em face de acórdão paradigma, o precedente obrigatório continua ao menos potencialmente em construção.

Válido traçar paralelo com o processo legislativo, igualmente pré-vocacionado à produção de norma jurídica: após a aprovação da lei na Câmara, e mesmo no Senado, inviável cogitar da vigência até que o Presidente realize ou não o veto, derrubado ou não no Congresso. Com isso garante-se alguma segurança jurídica na própria gênese legal. A possibilidade de lei revogadora vir a ser aprovada anos depois engendra problemas próprios, e não retira a legitimidade dessa preocupação inicial.

Exemplificando a sistemática exposta, cite-se o Tema Repetitivo nº 1.007 do STJ, no âmbito do qual foi publicada a seguinte tese, em 09.2019: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”³³⁹ Rejeitados os embargos de declaração em 11.2019, o INSS interpôs extraordinário, admitido pela Vice-Presidência em 06.2020, quando inclusive determinou-se a manutenção do sobrestamento dos processos³⁴⁰. Pouco depois, em 09.2020, o STF proferiu decisão

³³⁸ Entendendo a irreversibilidade/trânsito em julgado do acórdão-gerador como marco inicial da vigência da norma de direito jurisprudencial, gerando “expectativa normativa judicial consolidada”, digna de proteção na ocasião de mudança jurisprudencial: DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da jurisprudência no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2009, p. 259.

³³⁹ BRASIL, STJ, Tema Repetitivo nº 1.007, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, DJe 04.09.2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1007&cod_tema_final=1007>. Acesso em 01.07.2022.

³⁴⁰ Na ocasião, relatou-se que “é cediço que diretriz do Supremo Tribunal Federal, recentemente reiterada por seu Presidente por meio de ofício encaminhado a todos os Tribunais, quanto aos feitos representativos de controvérsia, recomenda a admissão de recurso extraordinário, ainda que se vislumbre possível questão infraconstitucional, de modo a permitir o pronunciamento do Pretório Excelso sobre a existência ou não de matéria constitucional no caso e, eventualmente, sobre sua repercussão geral” (*Ibid.*).

negando o caráter constitucional e a repercussão geral da controvérsia, em decisão transitada em julgado³⁴¹. Consolidou-se, portanto, a eficácia do precedente do STJ³⁴².

Lado outro, no que tange às súmulas, a publicação desponta como termo inicial para observância³⁴³, devendo idealmente haver disponibilização (i) das deliberações de aprovação e (ii) da íntegra dos acórdãos-base (anteriormente publicados). Inexiste recurso em face da aprovação do enunciado, por tratar-se de procedimento administrativo interno aos tribunais. De toda forma, pelas mesmas razões citadas, recomendável que as cortes se abstenham de sumular matérias controvertidas que estejam em vias de serem apreciadas em caráter vinculante pela(s) corte(s) hierarquicamente superior(es) (com afetação conhecida). Ademais, ideal que sejam selecionados acórdãos-base (e, conseqüentemente, matérias), já transitados em julgado, e, portanto, não sujeitos à reversão direta. Dentro dessas balizas, a total eficácia do enunciado sumular dificilmente poderá ser contestada.

Ressalta-se que, especificamente para a súmula vinculante, há previsão expressa da viabilidade da regulação dos efeitos temporais da regra recém sumulada³⁴⁴,

Ao exposto, evidenciou-se que tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos a vigência do precedente supremo depende da publicação do acórdão gerador (ou, ao menos, da ata do julgamento). Em se tratando de pronunciamentos oriundos de tribunais intermediários (e do STJ), em ambos os países existem mecanismos para postergar sua eficácia (mesmo após a publicação), em havendo iminente possibilidade de revisão superior. No sistema norte-americano se trata de mera possibilidade, exercida na prática de alguns tribunais, que tem sido discutida pela doutrina local, inexistindo ainda conclusões unificadoras. No contexto brasileiro, considera-se que houve institucionalização no CPC: da sua leitura sistemática

³⁴¹ BRASIL, STF, Tema nº 1.104 de Repercussão Geral, RE nº 1.281.909, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 03.12.2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1104>>. Acesso em 01.07.2022.

³⁴² Note-se que na própria página de repetitivos/IACs do STJ é possível visualizar a pendência ou não de extraordinário, e o seu status no STF, o que facilita a operação pelos interessados.

³⁴³ ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 108.

³⁴⁴ Nesse ponto, poder-se-ia questionar se não se trata de mecanismo totalmente análogo à conhecida modulação no controle de constitucionalidade, regida pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999, e muito utilizada pelo STF. Contudo, segundo autorizada doutrina, esta última diz respeito apenas aos efeitos do dispositivo decisório, e não dos do precedente (*ratio decidendi*) extraído do mesmo acórdão. (MACÉDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 402-404). Nada impede, contudo, que o Supremo se aproprie do art. 23 da LINDB para a regulamentação dos efeitos de seus precedentes constitucionais.

depreende-se que a eficácia dos precedentes obrigatórios das cortes de 2º grau e do STJ (formados em procedimentos pré-vocacionados) depende, além da publicação, do exaurimento recursal, que garante a mínima segurança jurídica na gênese da norma jurisprudencial vinculante. Apesar desse posicionamento teórico, deve-se considerar que o próprio STJ tem decidido pela imediata aplicabilidade de suas teses vinculantes.

2.6 Termo final de vigência e meios de revogação dos precedentes

Tendo-se estabelecido que tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil as *ratios* dos precedentes obrigatórios devem ser observadas a partir de certos termos iniciais, pertinente compreender quando se encerram tais vigências. Esses marcos coincidem com a incidência dos meios de revogação dos precedentes, capazes de retirar as respectivas normas do corpo de direito jurisprudencial, e substituí-las por outras. Diante da irrefreável mutabilidade da realidade fática e jurídica, nada mais natural e necessário que esse processo³⁴⁵, que, contudo, traz consigo inúmeras controvérsias.

Dada a importância da matéria para o ponto focal deste trabalho, válido dividir sua abordagem nos seguintes subtópicos: a) *Legislative overriding*/revogação legislativa; b) *Overruling*/superação judicial, b.1) Conteúdo decisório, b.2) Técnicas preventivas e compensatórias para manejo da confiança, e b.3) Aspectos procedimentais.

2.6.1 *Legislative overriding*/Revogação legislativa

Uma primeira via possível é a revogação por iniciativa externa ao Judiciário, temática muito relevante, embora nem tanto discutida na doutrina processualista. Trata-se do que é conhecido nos Estados Unidos como *congressional override*³⁴⁶: imbuído da autoridade democrática máxima para criação do direito, o Legislativo discorda de determinada interpretação judiciária e aprova lei que contraria diretamente

³⁴⁵ Com reflexões semelhantes: GONÇALVES, Gláucio Maciel de; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 41, n. 258, p. 357–385, 2016, p. 379.

³⁴⁶ WIDISS, Deborah A.; BROUGHMAN, Brian J. After the Override: An Empirical Analysis of Shadow Precedent. *The Journal of Legal Studies*, v. 46 (1), p. 51–92, 2017, p. 51-52.

o respectivo precedente, que assim resta revogado (note-se que os efeitos da nova lei são, em regra, *ex nunc*)³⁴⁷⁻³⁴⁸. A prática é mais comumente aceita em se tratando de jurisprudência infraconstitucional (*statutory override*), pois, para derrubada de *ratios* extraídas diretamente da Constituição, a princípio seriam necessárias emendas (pouquíssimas vezes aprovadas nos EUA, dada a rigidez procedimental)³⁴⁹. Contudo, mesmo essa máxima tem sofrido flexibilização: a doutrina relata que, frequentemente, o Parlamento estadunidense aprova leis ordinárias que contrariam determinados precedentes constitucionais, como tentativa de “reabrir o debate” com o Judiciário³⁵⁰. De toda forma, a validade desse expediente é controversa³⁵¹.

Outrossim, o reconhecimento da revogação depende da assimilação pela comunidade jurídica, ocorrendo mais facilmente quando a lei nova é “conhecida” e facilmente percebida como contrária à antiga norma jurisprudencial. Por outro lado, quando existe alguma dúvida interpretativa relativamente a tal efeito (gerando ambiguidade), os julgadores subordinados costumam continuar aplicando o precedente afetado, até que a corte autora manifeste-se quanto à sua derrogação (o que pode demorar décadas)³⁵². A doutrina norte-americana apelida tal fenômeno de *shadow precedents* (“precedentes fantasmas”), apresentando interessantes estudos empíricos a respeito³⁵³.

Não há dúvidas de que a revogação pela via legislativa é plenamente aplicável ao Brasil³⁵⁴: aqui, boa parte da autoridade do precedente vem da norma positiva que

³⁴⁷ A doutrina relata que, por vezes, a *Supreme Court* “convida” o Congresso a realizar o *override*, por diversas circunstâncias, inclusive quando acredita que determinada mudança deve ser implementada pelos representantes diretos do povo, e não pelo Judiciário: ESKRIDGE, William N. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. *The Yale Law Journal*, v. 101, p. 331–455, 1991, p. 388-389.

³⁴⁸ Acerca do interessante jogo que se estabelece entre Judiciário, Congresso e Presidente (com poder de veto) relativamente à criação de políticas públicas, incluindo as dinâmicas de formação e derrubada de precedentes polêmicos: *Ibid.*, p. 353-390.

³⁴⁹ EMENAKER, Ryan. Constitutional Interpretation and Congressional Overrides: Changing Trends in Court-Congress Relations. Conference in: Hollywood, CA, 2013, p. 13, disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2243912>, acesso em 07.07.2022.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 13-14.

³⁵¹ Vide: KATYAL, Neal Kumar. Legislative Constitutional Interpretation. *Duke Law Journal*, v. 50, p. 1335–1394, 2001, p. 1375-1376.

³⁵² WIDISS, Deborah A.; BROUGHMAN, Brian J. After the Override: An Empirical Analysis of Shadow Precedent. *The Journal of Legal Studies*, v. 46 (1), p. 51–92, 2017, p. 51-52.

³⁵³ *Ibid.*, p. 53-55; 87-88. “Our results further suggest that information failure and ambiguity are likely causes of this ongoing reliance on overridden precedents and that these factors are more important than ideological differences between the Court and Congress.” (*Ibid.*, p. 55).

³⁵⁴ Teresa Arruda Alvim aponta que certos ramos jurídicos brasileiros, a exemplo do tributário, são regidos por princípios inflexíveis, que geram “ambiente decisional rígido”, pelo que a modificação do direito deve ocorrer primordialmente por obra de lei. Já ramos dotados de “ambiente decisional

serviu de fundamento, a qual lhe transmite sua posição hierárquica dentro da pirâmide normativa³⁵⁵⁻³⁵⁶. À semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, em se tratando de *ratio* claramente contrariada por lei nova (de mesmo ou superior nível), desnecessário que os julgadores subordinados aguardem pronunciamento da corte autora para reconhecer o efeito revocatório³⁵⁷. Nesse sentido vai o Enunciado nº 323 do FPPC³⁵⁸: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.”

Foi o que aconteceu, por exemplo, com algumas normas de jurisprudência defensiva construídas pelos Tribunais Superiores e diretamente derogadas pelo CPC/2015³⁵⁹. A súmula nº 418 do STJ estatuiu que “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”. Essa regra foi revogada parcialmente pelo art. 1.024, §5º, do CPC, o que é inquestionável pela simples leitura do dispositivo: “Se os embargos de

frouxo”, como o direito de família, evoluem mais facilmente via alterações jurisprudenciais. (ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 46-47).

³⁵⁵ “A legislação posterior revoga o precedente judicial em contrário, desde que seja do mesmo nível hierárquico daquela. (...) As normas institucionalizadas por precedentes sempre fazem referência a outras normas do sistema jurídico, que determinarão sua hierarquia.” (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 262).

³⁵⁶ “No direito brasileiro, na esteira do atual CPC, acredita-se que – especialmente no ambiente dos precedentes com maior força, chamados de vinculantes (art. 927) –, a orientação caminha na direção da inserção do direito jurisprudencial como fonte do direito, sem embargo da necessidade de convivência com o sistema normativo, diante do princípio constitucional da divisão de poderes (art. 2º, Constituição). As orientações jurisprudenciais, portanto, trabalham com o dado legal, diante do caso concreto, extraindo o sentido normativo tendo em consideração a perspectiva fática, de modo a implementar a “normatividade reflexa”, que “espelha” a orientação normativa¹⁰⁶. Tal inserção, ou contextualização do direito jurisprudencial, todavia, cabe repetir, não lhe retira a importância ou mesmo a relevância da sua inserção como fonte do direito.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 52).

³⁵⁷ Nesse sentido: PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 253-254.

³⁵⁸ Os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis exprimem relevantes opiniões doutrinárias “concentradas” acerca de determinados temas, motivo pelo qual serão referenciados nesta dissertação. Apesar disso, reitera-se que se trata de posicionamentos doutrinários, alguns dos quais serão corroborados, e outros problematizados, neste trabalho.

³⁵⁹ Lucas Buril de Macêdo reconhece o importante papel do Legislativo de afastar precedentes impertinentes à sociedade ou à cultura do povo, e critica o acórdão do REsp nº 1.789.913/DF (DJe 11.03.2019), em que a 2ª Turma do STJ classificou como violadora da boa-fé processual lei nova que teve por propósito a alteração de seu entendimento jurisprudencial (notadamente, deixou-se de aplicar o art. 85, §3º e 8º CPC/2015, que claramente contrariam antigo entendimento do STJ no sentido da fixação de honorários contra a Fazenda Pública por equidade, em causas de valor elevado): MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 264-266.

declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação”.

Por outro lado, há casos de leis novas que não são muito divulgadas ou que não contradizem tão diametralmente normas jurisprudenciais anteriores, embora as tornem duvidosas: por isso, similarmente ao que ocorre nos Estados Unidos, existem entre nós diversos precedentes e súmulas “fantasmas”³⁶⁰. Apesar de sua alegável defasagem contemporânea, eles continuam sendo aplicados, seja por falta de ciência geral acerca da alteração na base normativa, seja por ausência de manifestação conclusiva da corte autora. Cite-se, por exemplo, a Súmula nº 347 do STF, aprovada em 1963, segundo a qual “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Até hoje o enunciado não foi formalmente revisado pelo Supremo, mas instaurou-se verdadeira divergência entre os Tribunais de Justiça quanto à sua subsistência frente às alterações legislativas subsequentes, incluindo a delimitação de competências traçada na CRFB³⁶¹.

No que se refere às *ratios* de viés constitucional (extraídas da CRFB/1988), tradicionalmente entende-se que a revogação depende de EC (cuja aprovação autoriza o reconhecimento do efeito revocatório por qualquer julgador, ressalvada a realização de controle de constitucionalidade)³⁶²⁻³⁶³. Aliás, em se tratando de

³⁶⁰ Estudo conduzido por Thomaz Thompson Flores Neto demonstra que quase um terço das súmulas dos Tribunais Superiores são defasadas, embora nunca tenham sido revisadas: FLORES NETO, Thomaz Thompson. Súmulas do STF e STJ anotadas: quais perderam a aplicabilidade? Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

³⁶¹ Por exemplo, enquanto o TJPR se manifestou pela subsistência do enunciado, o TJRS tem decidido em sentido contrário. Confira-se: BRASIL, TJPR, MS nº 0039986-13.2018.8.16.0000, Rel. Des. Sigurd Roberto Bengtsson, Órgão Especial, DJe 11.03.2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015349181/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0039986-13.2018.8.16.0000#>. Acesso em 02.07.2022; BRASIL, TJRS, MS nº 011487053.2020.8.21.7000, Rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira, 2º Grupo de Câmaras Cíveis, DJe 29.03.2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084765114&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 02.07.2022.

³⁶² PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 247.

³⁶³ Foi o que o Congresso tentou fazer relativamente à declaração de inconstitucionalidade da vaquejada, fundamentada na crueldade da prática (*ratio* extraída da ADI nº 4.983). Posteriormente, a EC nº 96/2017 acrescentou o §7º ao artigo 225 da CRFB, para estatuir que as atividades desportivas não são tidas como cruéis caso sejam consideradas patrimônio cultural imaterial (*status* legalmente portado pela vaquejada). Contudo, a constitucionalidade da emenda ainda será analisada na ADI nº 5728. A respeito: PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; COSTA,

precedente fundado em cláusula pétrea, nem mesmo a emenda é capaz de suprimir o entendimento. Contudo, também no Brasil existem propostas de flexibilização desse cenário, mediante aplicação da teoria dos diálogos institucionais³⁶⁴, que mitiga o monopólio dos tribunais sobre a “última palavra”, já tendo sido comentada em julgamento do STF³⁶⁵. De toda forma, como ocorre nos Estados Unidos, por aqui essa

Rosalina Moitta Pinto da; SILVA, Sandoval Alves da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 1, p. 275–301, 2021.

³⁶⁴ Vide: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

³⁶⁵ “Breves reflexões acerca dos limites e possibilidades de superação legislativa dos precedentes do Supremo Tribunal: a teoria dos diálogos institucionais (...) A controvérsia travada nesta ADI suscita algumas reflexões acerca da dinâmica das relações interinstitucionais em um Estado Democrático de Direito, na medida em que questiona a validade jurídico-constitucional de um conjunto de normas que encerram frontal superação legislativa à específica interpretação da Constituição conferida pelo STF. (...) a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do STF, em uma leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas. (...) É precisamente sob as lentes desse hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais que a Corte Constitucional deve examinar a presente discussão. Deveras, os pronunciamentos do STF, como não poderiam deixar de ser, vinculam as partes do processo e finalizam uma rodada procedimental, mas não encerram, em definitivo, a controvérsia constitucional em sentido amplo. Na verdade, a interpretação dada pela Corte fornece o input para que sejam reiniciadas as rodadas de debates entre as instituições e os demais atores da sociedade civil, razão por que deve ser compreendida como última palavra provisória. Insta ressaltar que a opção por reconhecer que dinâmica interinstitucional se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, e não de monopólio e arrogância, afasta qualquer leitura romântica e idealizada das instituições, evitando, bem por isso, o indesejado fetichismo institucional, já denunciado por Roberto Mangabeira Unger (...). Ao assim proceder, este STF agirá como um “catalisador deliberativo”, promovendo a interação e o diálogo institucional, de modo a maximizar a qualidade democrática na obtenção dos melhores resultados em termos de apreensão do significado constitucional (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 214). À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, *prima facie*, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do STF. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (i.e., limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de inconstitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do professor e hoje ministro Luís Roberto Barroso, ‘quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a

temática também é revolta por controvérsias³⁶⁶: se por um lado as leituras do Parlamento são legitimadas pela sociedade eleitora, por outro o Judiciário foi concebido como grande guardião imparcial da Constituição. Na prática, ambos recebem influências políticas, e o *diálogo* pode acabar convertido em grande “sobreposição de monólogos”³⁶⁷.

2.6.2 *Overruling*/Superação Judicial

Noutro enfoque, a segunda via de revogação de precedentes é totalmente interna ao Judiciário. A temática é muito relevante e discutida na doutrina, até porque, “ordinariamente, os fatos novos tocam os tribunais antes de ferirem a atenção dos legisladores”³⁶⁸.

Nos Estados Unidos, o método se chama *overruling*, total ou parcial, podendo ser realizado por tribunal superior ou pela mesma corte que fixou o precedente³⁶⁹, mas nunca por órgão hierarquicamente subordinado³⁷⁰. No primeiro caso, revela-se a dinâmica inerente à hierarquia judiciária: em se tratando de matéria de sua alçada, a qualquer momento o tribunal superior pode reverter entendimento consolidado em precedente inferior, principalmente pela via recursal. No segundo caso, tem-se reflexo do dinamismo sociojurídico: mediante nova oportunidade apreciativa, em havendo

interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.’ (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 167). Em outras palavras, a novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis in your face) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte.” (BRASIL, STF, ADI nº 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 16.03.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em 02.07.2022).

³⁶⁶ A respeito: PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 243-254.

³⁶⁷ Como conclui-se no seguinte estudo de casos concretos: HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? Revista de Investigações Constitucionais, v. 8, n. 1, p. 209–236, 2021.

³⁶⁸ GONÇALVES, Gláucio Maciel de; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. Revista de Processo, v. 41, n. 258, p. 357–385, 2016, p. 379.

³⁶⁹ DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. New York: Cambridge University Press, e-book, 2008, p. 117-118.

³⁷⁰ RE, Richard M. Narrowing Supreme Court Precedent from Below. The Georgetown Law Journal, v. 104:921, p. 921–971, 2016, p. 923.

justificação especial, o próprio órgão autor pode alterar seu posicionamento anterior, revogando a *ratio* outrora lançada³⁷¹.

No Brasil, a temática do *overruling* já foi apropriada pela doutrina e pelos tribunais locais, e o CPC faz ampla referência à matéria, sob nomenclaturas e institutos diversos (“superação do entendimento”³⁷², “alteração de tese”³⁷³, “alteração de jurisprudência dominante”³⁷⁴, “modificação de enunciado”³⁷⁵).

Nesse âmbito, como nos anteriores, muitos dos construtos norte-americanos possuem alguma aplicabilidade no contexto nacional. Entretanto, como de costume, sua importação implica certas contribuições, adaptações e desafios. É ver.

2.6.2.1 Conteúdo decisório

Em termos de conteúdo decisório, a doutrina norte-americana anui com a vigência de uma *presunção geral contrária à superação*, que garante a estabilidade e a própria continuidade do sistema de precedentes obrigatórios³⁷⁶. A presunção não é absoluta (revelando-se, em verdade, bem mais fraca que na Inglaterra)³⁷⁷, mas sua existência impõe fundamentação muito qualificada para fins de *overruling*.

³⁷¹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 59-60.

³⁷² Art. 489, §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.

³⁷³ Art. 927, §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.

³⁷⁴ Art. 927, §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.

³⁷⁵ Art. 927, §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.

³⁷⁶ NELSON, Caleb. *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, p. 1-84, p. 1.

³⁷⁷ Na Inglaterra, até 1966, a *House of Lords* era proibida de superar seus próprios precedentes, e até hoje o cenário é bem mais rígido que nos Estados Unidos. De certa forma isso é mais justificável no contexto inglês, em que, inexistindo Constituição escrita, o Parlamento sempre pode revogar entendimentos judiciais pelas vias ordinárias. A respeito: SELLERS, Mortimer Newlin Stead. *The Doctrine of Precedent in the United States of America*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 67-88, 2006, p. 86-87.

Tradicionalmente, aponta-se a insuficiência do apontamento de erro interpretativo ou opção inconveniente no precedente questionado³⁷⁸⁻³⁷⁹, sendo necessário demonstrar que (i) ele é substancialmente falho na satisfação dos *standards* atuais de congruência social (dados da vida) e consistência sistêmica (dados normativos); e (ii) os valores subjacentes ao *stare decisis*, como equidade, justiça e segurança jurídica, são mais bem servidos pela sua revogação do que pela sua manutenção³⁸⁰. Na prática, nota-se que a superação é realizada com mais facilidade se a norma do precedente tiver: a) se mostrado impraticável; b) sido minada por linha jurisprudencial posterior ou por críticas gerais³⁸¹; c) deixado de constituir diretiva firme para os cidadãos em searas sensíveis; e d) se tornado anacrônica pelo desenvolvimento do direito ou pela deterioração de suas premissas fáticas³⁸².

Alguns desses parâmetros conduziram paradigmáticas superações efetuadas pela *Supreme Court*. Por exemplo, no famoso caso *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*, a Corte rejeitou seu antigo entendimento pela constitucionalidade das leis e políticas de segregação racial “*separate but equal*” (adotado em *Plessy v. Ferguson* – 1896), argumentando no sentido da evolução social, científica e jurídica entre os séculos XIX e XX³⁸³. Concluiu-se em suma, que as premissas do antigo precedente já não possuíam vitalidade contemporânea.

Embora tal ônus argumentativo constitua o cenário usual, a doutrina estadunidense reconhece a possibilidade de *overruling* por constatação de erro

³⁷⁸ SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 59-60; RE, Richard M. Narrowing Supreme Court Precedent from Below. *The Georgetown Law Journal*, v. 104:921, p. 921–971, 2016, p. 926.

³⁷⁹ Ponderando em contrário, no sentido da possibilidade de a *Supreme Court* superar sempre que considerar equivocados os fundamentos constitucionais de precedentes anteriores: LAWSON, Gary. Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited. *Ave Maria Law Review*, v. 5:1, p. 1–22, 2007.

³⁸⁰ EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, versão kindle, posições 2127 a 2135.

³⁸¹ SELLERS, Mortimer Newlin Stead. The Doctrine of Precedent in the United States of America. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 67–88, 2006, p. 88.

³⁸² GREABE, John M. Three Observations about Justice Alito’s draft opinion in *Dobbs* - commentary. *New Hampshire Bulletin*, p. 1–7, 2022, p. 3.

³⁸³ “(...) In approaching this problem, we cannot turn the clock back to 1868 when the Amendment was adopted, or even to 1896 when *Plessy v. Ferguson* was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life throughout the Nation. Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the laws. (...) Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of *Plessy v. Ferguson*, this finding is amply supported by modern authority. Any language in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected.” (USA, United States Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, Opinion of The Court by Chief Justice Warren, 17.05.1954. Disponível em: <<https://brownvboard.org/content/opinion-brown-347us483>>. Acesso em 04.07.2022).

grosseiro no precedente³⁸⁴. Essa espécie de equívoco “congénito”, que por si só justificaria a superação, existiria quando a interpretação fundante da *ratio* transborda os limites de indeterminação da norma-base – erroneamente – interpretada³⁸⁵.

Esse foi o tipo de justificativa empregada pela *Supreme Court* no já comentado caso *Dobbs v. Jackson*, que realizou *overruling* de *Roe v. Wade* para definir a validade de leis estaduais antiaborto: a *opinion* majoritária lastreou-se em alegado erro crasso na interpretação anterior, afirmando que nunca houve margem para enxergar direito ao aborto na *Fourteenth Amendment*: “*Roe estava egregiamente errado desde o começo*”³⁸⁶. Contudo, alguns críticos consideram que a virada decorre da mudança de composição (e, conseqüentemente, da opinião) da corte, que passou a ter maioria conservadora a partir das últimas indicações presidenciais³⁸⁷.

Com efeito, principalmente em matéria constitucional³⁸⁸, a doutrina americana tem criticado a tendência a *overrulings* mais frequentes e mais baseados na alegação de “erro congénito” – justificativa que acaba sendo empregada muito além das hipóteses de efetivos equívocos grosseiros, validando viradas jurisprudenciais ao gosto das concepções ideológicas da composição majoritária³⁸⁹. Aponta-se que, em recentes julgamentos (principalmente a partir de 2018), a *Supreme Court* tem flexibilizado a exigência de justificativas especiais para fins de superação³⁹⁰. Nota-se que, historicamente, essa versão mais fraca do *stare decisis* vai e vem em “ondas”, ganhando força jurisprudencial de tempos em tempos, quando ocorre mudança

³⁸⁴ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 397.

³⁸⁵ Acerca do tema, expondo os diferentes pontos de vista e concluindo que pode haver *overruling* pela mera constatação de equívoco, sem perturbar o *stare decisis*, apenas quando a norma do precedente superado foi além dos limites de indeterminação da norma-base, fixando interpretação impossível: NELSON, Caleb. *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, p. 1–84, 2001.

³⁸⁶ Vide nota de rodapé nº 283, supra.

³⁸⁷ GREABE, John M. *Three Observations about Justice Alito’s draft opinion in Dobbs - commentary*. *New Hampshire Bulletin*, p. 1–7, 2022.

³⁸⁸ A doutrina relata que a matéria constitucional é a mais aberta e tendente aos *overrulings*. Isso porque os tribunais entendem que devem manter seus posicionamentos mais estáveis em temática infraconstitucional, pois o Legislativo poderia (e deveria) modificá-los via simples lei ordinária, se esse fosse o interesse social. (SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States*. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 377).

³⁸⁹ Vide crítica em: GENTITHES, Michael. *Janus-Faced Judging: How the Supreme Court is Radically Weakening Stare Decisis*. *William & Mary Law Review*, v. 62: 083, p. 83–142, 2020.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 83-84.

geracional na composição da Corte – fenômeno indesejável, por degradar sua estabilidade, imparcialidade e legitimidade³⁹¹.

Outrossim, a despeito da recomendação de transparência argumentativa para garantir-se a segurança jurídica, a doutrina norte-americana detecta a prática de toda sorte de *overrulings* implícitos/furtivos³⁹². Motivada por várias razões (incluindo pressões sociais/políticas, e a dificuldade de formar maioria)³⁹³, a corte autora pode evitar determinada superação explícita (fundamentada em obsolescência ou em erro originário). Recorre, então, a diferentes estratégias: em alguns casos o *overruling* vem disfarçado de outra coisa, mediante radical reconstrução da norma do precedente e infrutífera tentativa de compatibilização com o novo entendimento enunciado (prática conhecida como “*transformation*”³⁹⁴); em outros ele simplesmente é realizado sem que haja menção ao precedente revogado. De um jeito ou de outro, verificando-se desmonte completo da *ratio*, mediante conclusão contrária à que seria atingida pelo seu emprego, viável o reconhecimento da superação pelas cortes-vinculadas³⁹⁵

Embora não haja proibição da prática³⁹⁶, se reconhece que o *overruling* implícito (apelidado de “*underruling*”)³⁹⁷ pode ser muito prejudicial porque (i) reduz a oportunidade de participação pública no debate³⁹⁸, (ii) impede a corte autora de percorrer toda a argumentação inerente à superação, incluindo a regulamentação dos seus efeitos; (iii) produz dubiedade entre as cortes vinculadas, gerando fenômeno assemelhado à aplicação de “*shadow precedents*”³⁹⁹; e (iv) mitiga o escrutínio público sobre a revisão jurisprudencial⁴⁰⁰, a menos no curto prazo (até que especialistas percebam e noticiem o feito).

³⁹¹ Ibid., p. 134-138.

³⁹² BRUST, Richard. Dead Precedents The justices overrule, but they often do so stealthily. *American Bar Association Journal*, v. 97, n.5, p. 22–23, 2011, p. 22

³⁹³ Para análise das diferentes razões, concluindo que nenhuma delas se sustenta: PETERS, Christopher J. Under-the-Table Overruling. *The Wayne Law Review*, v. 54, p. 1067–1104, 2008.

³⁹⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, versão kindle, posição 2696.

³⁹⁵ “Although a lower court is bound by a prior decision of a higher court until that decision is overruled, there are circumstances in which a prior decision will be overruled implicitly rather than explicitly. A lower court is not bound to follow a decision that has been implicitly overruled.” (SHANNON, Bradley Scott. Overruled by Implication. *Seattle UL Rev*, v. 33, p. 151–189, 2009, p. 154).

³⁹⁶ Ibid., p. 155-156.

³⁹⁷ PETERS, Christopher J. Under-the-Table Overruling. *The Wayne Law Review*, v. 54, p. 1067–1104, 2008, p. 1068.

³⁹⁸ Ibid., p. 1093-1100.

³⁹⁹ Citando o fenômeno dos precedentes moribundos, apesar de não expressamente revogados: BHAGWAT, Ashutosh. Separate but Equal?: The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of the “Judicial Power”. *Boston University Law Review*, v. 80, p. 967–1016, 2000, p. 975.

⁴⁰⁰ HASEN, Richard L. Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law. *Emory Law Journal*, v. 62, p. 1–18, 2012, p. 3.

De sua parte, no Brasil, a doutrina anui com a excepcionalidade da superação, a ser primordialmente realizada pela corte autora quando a passagem do tempo revelar a insubsistência ou a impraticabilidade da norma jurisprudencial anterior⁴⁰¹. Referida obsolescência pode originar-se de evoluções sociais, culturais, econômicas ou jurídicas. Também se tem admitido o *overruling* em caso de erro evidente no precedente⁴⁰², mas repudia-se a virada jurisprudencial por simples mudança de opinião ou de composição do tribunal responsável⁴⁰³. Com Marinoni, sustenta-se que o “equivoco congênito” hábil a justificar a superação geralmente deve ser evidenciado no ambiente acadêmico e jurisprudencial, e não apenas nas crenças dos atuais componentes do tribunal autor⁴⁰⁴. Em todo caso, o *overruling* só é recomendável quando as razões para a mudança forem mais fortes que as pela continuidade⁴⁰⁵.

O próprio CPC anuncia a especialidade que revolve o instituto, ao (i) erigir estabilidade, integridade e coerência jurisprudencial como deveres de todos os tribunais (art. 926) e (ii) exigir que a superação só seja realizada mediante alta carga de deliberação (incluindo audiências públicas e oitiva de interessados – art. 927, §2º) e de fundamentação (considerando especificamente os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia – art. 927, §4º).

Na prática, assim como nos Estados Unidos, alguns acórdãos das cortes superiores brasileiras refletem esses parâmetros, enquanto outros afastam-se deles e acabam sujeitos a grande censura pela comunidade jurídica. Entre nós também é corriqueira a crítica à instabilidade jurisprudencial nas cortes de vértice⁴⁰⁶, embora aqui o fenômeno não tenha sido descrito na forma de “ondas” que acometem o sistema apenas a cada renovação geracional nos tribunais. Deveras, não é incomum que entendimento formado há poucos anos seja derrubado pelo mesmo colegiado, o

⁴⁰¹ Teresa Arruda Alvim aponta, ademais, que ramos jurídicos regidos por normas e princípios mais vagos possuem “poros” mais abertos às mudanças sociais via superação judicial, ao contrário de ramos com *ambientes decisoriais* rígidos, como o direito tributário, em que as alterações devem ocorrer, primordialmente, pela via legislativa (ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 46-47).

⁴⁰² PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 234-236.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 59-60.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 256.

⁴⁰⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 314.

⁴⁰⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 165

que levou o Ministro Humberto Gomes de Barros a proferir célebre voto comparando a jurisprudência nacional a uma lancha “*banana-boat*”, sujeita a rápidas e bruscas mudanças de direção⁴⁰⁷.

Ademais, a divisão das funções de vértice entre STJ e STF torna o sistema doméstico ainda mais propício às viradas jurisprudenciais: mesmo quando a orientação do STJ mantém-se firme na própria Corte, o Supremo pode acabar a revertendo, ao analisar a mesma controvérsia sob a perspectiva constitucional.

Apesar de tudo, o CPC introduziu diretivas que visam mitigar o cenário de instabilidade e insegurança jurídica, tanto através das mencionadas exigências de deliberação e fundamentação, quanto através da positivação de técnicas específicas – algumas sistematicamente acertadas, outras nem tanto, como será visto adiante.

2.6.2.2 Técnicas preventivas e compensatórias para manejo da confiança

Há tempos a comunidade jurídica estadunidense vem se preocupando com os impactos do *overruling* sobre a segurança jurídica e a confiança dos jurisdicionados, que podem ser gravemente feridas por mudanças bruscas de entendimento. Isso se projeta nas mais diversas condutas e relações, especialmente nas que envolvem grandes planejamentos jurídicos, como contratos e tributação.

Uma primeira técnica engendrada no país para mitigar esse cenário é o chamado “*signaling*”: já prevendo que futuramente deverá realizar a superação, a corte autora prévia e publicamente o sinaliza, criticando o precedente (por ora

⁴⁰⁷ “Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados. (...)” (BRASIL, STJ, AgRg no REsp nº 382.736/SC, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, Voto-vista do Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, DJe 25.02.2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101557448&dt_publicacao=25/02/2004>. Acesso em 02.07.2022).

mantido) em sede de um julgamento da mesma ou de correlata matéria⁴⁰⁸. Com isso, desde logo ameniza a expectativa geral de que a norma jurisprudencial continuará a ser seguida, quebrando a confiança nela depositada e criando cenário propício para futuro *overruling*⁴⁰⁹.

Há interessante exemplo oriundo da *Court of Appeals of Maryland* (última instância da justiça estadual do estado): tradicionalmente, os precedentes do tribunal baseavam-se na doutrina do “*interspousal immunity*”, segundo a qual cônjuges não podem ajuizar ações indenizatórias por danos um contra o outro. Na origem, a regra fundava-se na antiga concepção de que o casamento une duas pessoas em uma única personalidade jurídica. Contudo, em *Boblitz v. Boblitz*⁴¹⁰, a corte proferiu robusta *opinion* apontando a gradual obsolescência da norma, listando e comentando todos os argumentos que encontrou tanto para sua manutenção quanto para sua revogação. Ao final, o caso concreto acabou sendo julgado por uma efetiva diferença fática, mas o colegiado enviou claro recado para a comunidade jurídica de que aqueles antigos precedentes estavam na mira do *overruling*, o qual veio a ocorrer, anos depois, em *Bozman v. Bozman*⁴¹¹. O interessante, aqui, foi que a corte expôs previa e expressamente os motivos “pró” e “contra” a superação, facilitando o debate pela comunidade jurídica e especialmente pela Academia local – que, de fato, acabou assentindo com o anacronismo da velha *ratio*, em célebres trabalhos, notados pelo tribunal no decisório da superação.

A sinalização constitui um alerta mais transparente, mas a doutrina reconhece que outras práticas menos diretas também são capazes de desgastar o precedente, de certa forma “preparando o terreno” para sua superação: inclui-se aí a realização reiterada, pela própria corte autora, de distinções muito restritivas ou inconsistentes (chamadas de “*narrowing*”), que esvaziam o campo de aplicabilidade da *ratio* a ser revogada⁴¹². Interessante notar que existe verdadeira divergência entre os estudiosos

⁴⁰⁸ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, versão kindle, posição 2478.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, posições 2478-2487.

⁴¹⁰ USA, Court of Appeals of Maryland, Laurretta Baseman Boblitz v. Charles William Boblitz, opinion of the court by Judge Menchine, 30.06.1983. Disponível em: <https://casetext.com/case/boblitz-v-boblitz>. Acesso em 02.07.2022.

⁴¹¹ USA, Court of Appeals of Maryland, William E. Bozman v. Nancie L. Bozman, opinion of the court by Chief Judge Bell, 12.08.1993. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1473546.html>. Acesso em 02.07.2022.

⁴¹² BRUST, Richard. Dead Precedents The justices overrule, but they often do so stealthily. *American Bar Association Journal*, v. 97, n.5, p. 22–23, 2011, p. 22-23.

norte-americanos quanto à legitimidade dessas práticas mais furtivas⁴¹³. Na prática, o esvaziamento pode atingir nível alto, inclusive levando alguns a enxergarem gradual *overruling* implícito, atraindo todos os correspondentes perigos, já mencionados.

Válido recorrer a um exemplo que, embora possua direito criminal como pano de fundo, bem ilustra a citada dinâmica em matéria de precedentes: no caso *Miranda v. Arizona*, a *Supreme Court* estabeleceu que a promotoria não pode usar confissões efetuadas pelo acusado em interrogação policial, na ausência de garantias procedimentais que assegurem o direito à não autoincriminação (leitura da prerrogativa de permanecer calado, presença de advogado etc.). Contudo, anos depois, a Corte utilizou vários casos para excetuar largamente essa regra: em diferentes ocasiões, afirmou, por exemplo que os “frutos” da confissão inadequada podem ser empregados no processo; e que a própria confissão pode ser usada se sua quebra não tiver sido determinante na autoincriminação, se houve necessidade de segurança pública, ou se o réu escolher testemunhar perante o júri. Diante disso, alguns enxergam forte pavimentação de caminho para o *overruling*, enquanto outros chegam a afirmar a efetiva superação implícita⁴¹⁴.

Enfim, de forma geral, o *signaling* constitui técnica preparatória mais unanimemente recomendada para utilização pela corte autora, com o fito de gerar “alerta” de possível *overruling*. Apesar disso, a doutrina norte-americana reconhece a inviabilidade de que os vinculados “fechem os olhos” para outras práticas decisórias superiores que causam erosão dos seus precedentes⁴¹⁵, sejam elas tecnicamente adequadas ou não.

Um segundo método concebido pelas cortes norte-americanas no século XX para manejo da confiança depositada no precedente superado é o chamado “*prospective overruling*”. Aqui, se trata de terreno “compensatório”, e não mais preventivo: em suma, o tribunal que realiza a superação determina que ela não surtirá completos efeitos retroativos, fixando determinado marco a partir do qual o novo

⁴¹³ Veja-se, contra: FRIEDMAN, Barry. The Wages of Stealth Overruling (With Particular Attention to *Miranda v. Arizona*). New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, n. 10-42, p. 1–64, 2010. Veja-se, a favor: RE, Richard M. Narrowing Precedent in The Supreme Court. *Columbia Law Review*, v. 114, p. 1861–1911, 2014.

⁴¹⁴ A respeito: FRIEDMAN, Barry. The Wages of Stealth Overruling (With Particular Attention to *Miranda v. Arizona*). New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, n. 10-42, p. 1–64, 2010, p. 17-29.

⁴¹⁵ Acerca de várias formas de erosão e da sua percepção pelos órgãos inferiores: KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 61-69.

entendimento será aplicado (com inúmeras variações, incluindo ou não o caso em julgamento e os processos pendentes)⁴¹⁶. A *Supreme Court* e os tribunais intermediários sempre reconheceram que, regra geral, a superação opera efeitos retrospectivos⁴¹⁷, mas passaram a permitir o emprego do *prospective overruling* quando as circunstâncias revelavam que os jurisdicionados depositaram confiança e moldaram suas condutas em acordo com o precedente revogado⁴¹⁸. Isso podia ser feito no mesmo decisório da superação, ou posteriormente, em face de novos casos concretos que evidenciassem necessidades de resguardo⁴¹⁹.

No entanto, críticos logo apontaram que a técnica tem custos substanciais: cenários de inequidade e de inconsistência entre os resultados de casos idênticos (as vezes temporalmente separados por um único dia); anulação do estímulo para que as partes requeiram o *overruling* e promovam o desenvolvimento do direito (ante a perspectiva de que a nova regra poderá não ser aplicada a seu caso concreto); incentivo para que cidadãos, advogados e outros membros da comunidade jurídica sempre baseiem suas ações, transações e discursos em precedentes desgastados/incoerentes, e não na visão global acerca do corpo de direito jurisprudencial, na sua consistência contemporânea⁴²⁰. Argui-se, ademais, a injustiça de proteger-se os interesses da parte que confiou na regra errada ou ultrapassada, em detrimento daquela que já se baseava na regra consagrada como correta: principalmente se ainda existia forte litigância, é porque já havia razões de desconfiança quanto ao precedente superado⁴²¹.

Por esses e outros motivos, a partir dos anos 90, ao menos em âmbito federal, a recomendação geral da *Supreme Court* passou a ser (e continua sendo) que as

⁴¹⁶ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, versão kindle, posições 2587 a 2595.

⁴¹⁷ *Ibid.*, posição 2587.

⁴¹⁸ KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, p. 37–67, 2014, p. 39-40.

⁴¹⁹ NICOL, Andrew G. L. *Prospective Overruling: A New Device for English Courts?* *The Modern Law Review*, v. 39, n. 5, p. 542–560, 1976, p. 546.

⁴²⁰ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, versão kindle, posições 2626-2674.

⁴²¹ “Reliance interests were said to weigh in favour of the defendants, though the claimants were held to have the better argument. Yet, when the parties’ reliance interests are at odds, why should the reliance interests of the losing party prevail over the “better rule” relied upon by the other party? Where a (losing) side’s reliance interests were not sufficiently compelling to keep a court from “changing the law” in the first place, the other (winning) side’s reliance interests will tend to provide the court a compelling reason to apply the judgment in the ordinary retrospective way. (BESWICK, Samuel. *Prospective Overruling Unravelling*. Allard Faculty Publications / Civil Justice Quarterly, p. 1–37, 2022, p. 26).

alterações jurisprudenciais tenham efeitos retroativos, poupando apenas os processos encerrados⁴²². Para além das mencionadas preocupações, tal posicionamento tem raízes na perda de força das doutrinas do realismo e pragmatismo jurídicos⁴²³, e na retomada da concepção de que o papel do Judiciário é de interpretar e aplicar o direito, e não de criá-lo (reitere-se que nos EUA, assim como no Brasil, em geral as normas legisladas só projetam efeitos futuros)⁴²⁴.

Apesar de boa parte da doutrina americana contemporânea também se posicionar contrariamente ao *prospective overruling*⁴²⁵, a técnica continua a ser aplicada nos tribunais estaduais⁴²⁶, quando presente peculiar contexto gerador de confiança razoavelmente justificada, em sendo produzidos resultados mais justos que a retroatividade plena⁴²⁷. Por vezes é esse o caso da superação brusca efetuada sob alegação de “erro originário”, especialmente quando não precedida de sinalização ou de outras práticas preparatórias. De toda forma, a matéria ainda levanta interessantes debates, opondo diferentes compreensões acerca da função judiciária e dos custos e benefícios das alterações prospectivas⁴²⁸.

⁴²² Exclui-se aqui o direito criminal. KAY, Richard S. Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, p. 37–67, 2014, p. 48-51; GIDI, Antonio; FROELICH, Lucas. Retrospective and Prospective Application of Precedents in United States Federal Law. *Revista de Processo - Revista dos Tribunais*, v. 269, p. 303–315, 2019, p. 308-309.

⁴²³ Posicionando tais doutrinas como pano de fundo para o desenvolvimento do *prospective overruling* nos EUA: BESWICK, Samuel. *Prospective Overruling Unravelling*. Allard Faculty Publications / Civil Justice Quarterly, p. 1–37, 2022, p. 21.

⁴²⁴ KAY, Richard S. Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, p. 37–67, 2014, p. 49.

⁴²⁵ SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions. *Havard Journal of Law & Public Policy*, v. 26, p. 811-876, 2003; BESWICK, Samuel. *Prospective Overruling Unravelling*. Allard Faculty Publications/Civil Justice Quarterly, p. 1–37, 2022. Posicionando-se favoravelmente ao uso limitado do *prospective overruling*: NICOL, Andrew G. L. *Prospective Overruling: A New Device for English Courts?* *The Modern Law Review*, v. 39, n. 5, p. 542–560, 1976.

⁴²⁶ Por exemplo, houve superação prospectiva no já citado caso *Bozman v. Bozman*, da corte de Maryland. Vide nota de rodapé nº 411, supra.

⁴²⁷ Algumas cortes estaduais ainda utilizam antigas regras conhecidas como o “*Chevron Oil Test*”. Por ele, o *prospective overruling* poderá ser realizado se a nova decisão estabeleceu um novo princípio de direito cuja aplicação retrospectiva retardaria sua operação e produziria resultados injustos. (GIDI, Antonio; FROELICH, Lucas. Retrospective and Prospective Application of Precedents in United States Federal Law. *Revista de Processo - Revista dos Tribunais*, v. 269, p. 303–315, 2019, p. 306).

⁴²⁸ “There is no more contested issue in American law than the propriety of independent policy-making by courts. Prospective judgments dramatically spotlight that controversy. It is not surprising that this has been a difficult and contentious issue for courts and commentators alike. It will be impossible to arrive at a coherent and generally accepted approach to the retroactive or prospective application of new judicial declarations of law until there is an equally well accepted definition of the proper allocation of lawmaking authority”. (KAY, Richard S. *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, p. 37–67, 2014, p. 67).

De outra parte, no Brasil, a segurança jurídica e a proteção da confiança ganham especialíssimo relevo no contexto dos precedentes, tanto porque (i) se trata de dois princípios constitucionais especificamente destacados no art. 927, §4º do CPC; quanto porque (ii) historicamente, o cenário fático não é dos mais favoráveis, como revela a mencionada alusão ao cenário jurisprudencial “*banana-boat*”. Pertinente, portanto, o exame das técnicas utilizáveis no sistema para manejo das expectativas legítimas, dentro da perspectiva da superação.

De saída, considera-se aplicável ao contexto nacional a técnica preparatória do *signaling*⁴²⁹, conforme enunciado nº 320 do FPPC: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros.”

No entanto, parcela da doutrina local aponta que a sinalização produz indesejável insegurança, instaurando cenário de incerteza quanto à continuidade da *ratio*⁴³⁰. Nos parece, contudo, que esse é justamente o ponto, já que na hipótese de utilização dessa técnica preparatória, a virada de entendimento efetivamente é provável. Se já existe crescente inconsistência social e sistêmica relativamente a um antigo pronunciamento judicial, ou erro crasso na sua formulação, tais circunstâncias é que criam a probabilidade do *overruling* (acarretando a mencionada incerteza): a sinalização apenas as escancara. Ademais, o aviso público é capaz de gerar debates salutares acerca da propriedade e dos contornos da mudança⁴³¹.

Na prática, o mecanismo já vem sendo utilizado, como ocorreu no processo de revogação da súmula nº 584 do STF (“Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”)⁴³². Tal enunciado (e a *ratio* subjacente) vinha sendo

⁴²⁹ No mesmo sentido: MITIDIÉRO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 171.

⁴³⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 326.

⁴³¹ Antônio do Passo Cabral defende que, no Brasil, deve ser aplicada técnica levemente diversa: o julgamento-alerta, inspirada no *warnurteil* alemão, pela qual a corte avisa da possibilidade de revogação do precedente, sem ainda ter tomado decisão a respeito. Com isso, abre-se grande debate com os interessados. Na prática, nos parece que o *signaling* norte-americano pode ter o mesmo efeito, havendo uma quase correspondência pragmática. De toda forma, concordamos que a abertura ao debate é essencial, seja pós sinalização, seja pós julgamento-alerta. Vide: CABRAL, Antônio do Passo. A Técnica do Julgamento-Alerta na Alteração de Jurisprudência Consolidada: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Processual. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 56, p. 19–43, 2015, p.36-37.

⁴³² BRASIL, STF, Súmula nº 584 (cancelada), DJe 05.01.1977. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2304>>. Acesso em 03.07.2022.

objeto de distinções em julgamentos do próprio Supremo, que passou a afirmar sua inaplicabilidade quando o tributo fosse empregado com conotação extrafiscal. Contudo, em algumas dessas ocasiões, a Corte abertamente sinalizou o desgaste geral da regra. Em 2016, chegou-se a afirmar: “podemos projetar a apreciação da subsistência ou não do verbete para um caso mais favorável à superação”⁴³³. Alertada a comunidade jurídica (cf. notado pela imprensa da época⁴³⁴), o efetivo *overruling* veio a ocorrer em 2020, no julgamento do RE nº 159.180/MG, que deu azo ao cancelamento sumular⁴³⁵.

A doutrina brasileira também aponta a pertinência de sinalização “condicionada”: ao invés de apontar que o precedente já está desgastado, o tribunal afirma que isso pode vir a acontecer, caso (ou quando) concretizados determinados eventos futuros, desde logo indicados. Foi o caso, por exemplo, do julgamento do REsp nº 736.650/MT, em 2014: embora reafirmando a vitalidade da súmula nº 401 (“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”), a Corte Especial do STJ sinalizou que seu entendimento poderia ser revisado, caso fosse mantida a progressividade da coisa julgada prevista no então projeto de CPC/2015^{436,437}.

Assim como nos EUA, no Brasil, deve-se reconhecer que outras práticas menos diretas que a sinalização também são utilizadas e possuem aptidão para minar a confiança na incidência do precedente, pavimentando – tortuoso – caminho para

⁴³³ BRASIL, STF, RE nº 592.396/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 28.03.2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597350>>. Acesso em 03.07.2022.

⁴³⁴ Por exemplo: SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa; OLIVEIRA, Rhuan Rafael Lopes de. STF pode revisar o alcance da Súmula 584 em matéria tributária. Consultor Jurídico, 24.11.2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-24/stf-revisar-alcance-sumula-584-materia-tributaria>>. Acesso em 03.07.2022.

⁴³⁵ BRASIL, STF, RE nº 159180/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 17.08.2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429386/false>>. Acesso em 03.07.2022.

⁴³⁶“(…) caso mantida a proposta do novo Código de Processo Civil e eventual alteração da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, no tempo oportuno, a Corte deverá promover novo exame do enunciado n. 401 da Súmula deste Tribunal.” (BRASIL, STJ, REsp nº 736.650/MT, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Corte Especial, DJe 01.09.2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500478746&dt_publicacao=01/09/2014>. Acesso em 03.07.2022).

⁴³⁷ O exemplo é de: PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 281. Segundo o autor, somente essa espécie de sinalização seria desejável no contexto brasileiro.

futura superação. É o caso de reiteradas distinções *esgotadoras* da *ratio*, ou de múltiplas ressalvas de entendimento, no âmbito da própria corte autora^{438,439}.

Lado outro, especialmente em hipóteses de superação brusca, viável o emprego da técnica reparatória do prospective *overruling*⁴⁴⁰, aqui positivada como “modulação de efeitos”: segundo o art. 927, §3º, do CPC, “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.” Recentemente, a Lei nº 13.655/2018, que introduziu os arts. 23 e 24 na LINDB, instituiu cenário ainda mais rico e abrangente:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Vê-se que o art. 23 possibilita que o órgão superador fixe “regime de transição” relativo à vigência e à implementação da nova norma de direito jurisprudencial, quando sua operacionalização demandar ajustes pelos sujeitos afetados. Mira-se, com isso, não apenas a segurança jurídica, mas a proporcionalidade, a razoabilidade, o interesse público e a “menor onerosidade da regularização” – como tem explicitado

⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 254; GALIO, Morgana Henicka. Overruling: a superação do precedente. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina - Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016, p. 273; LIMA, Leonardo Duncan Moreira. Superação do precedente judicial no direito brasileiro. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 175.

⁴³⁹ Sob outro prisma, apontando as distinções inconsistentes no âmbito dos órgãos subordinados como fator que impulsiona o *overruling* superior: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção Inconsistente E Superação De Precedentes No Supremo Tribunal Federal. Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 8, n.1, p. 667–688, 2018.

⁴⁴⁰ Vide: GONÇALVES, Gláucio Maciel de; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. Revista de Processo, v. 41, n. 258, p. 357–385, 2016.

o STJ⁴⁴¹. Nesta senda, a modulação (regulação temporal dos efeitos) desponta como apenas uma das alternativas disponíveis, especificamente referida pelo art. 927, §3º, do CPC, e pelo art. 24 da própria LINDB⁴⁴².

Há outras possibilidades em termos de regimes transicionais, contudo. Nem sempre a blindagem temporal de situações estabilizadas relativamente a inovações jurisprudenciais é pertinente ou suficiente.

Suponha-se, por exemplo, que um tribunal tivesse jurisprudência firme no sentido da legalidade da utilização de animais em atividades circenses. Após amplos debates com interessados, a corte realiza *overruling* de seu antigo posicionamento, passando a entender pela ilegalidade da prática, validando regulamentos locais que a punem com multas. Por um lado, diversos profissionais há anos retiram sua renda dessa atividade; por outro, especialistas alertam para os malefícios aos animais. Nesse contexto, seria possível ao tribunal formular regime de transição específico, estabelecendo, por exemplo, que: (i) a nova regra não teria efeitos para apresentações efetuadas anteriormente à publicação do acórdão do precedente; (ii) a partir da data da publicação do acórdão, os circos teriam um ano para se adaptar à nova regra e conduzir os animais a entidades de proteção, interregno durante o qual

⁴⁴¹: “(...) 5. A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido. 6. O regime de transição do art. 23 da LINDB está em íntima conexão com o princípio da menor onerosidade da regularização, previsto no art. 21, parágrafo único, de referido diploma legal, segundo o qual não se pode impor aos sujeitos atingidos pela modificação de jurisprudência ônus ou perdas anormais ou excessivos. 7. Os direitos à intimidade e à proteção da vida privada, diretamente relacionados à utilização de dados pessoais por bancos de dados de proteção ao crédito, consagram o direito à autodeterminação informativa e encontram guarida constitucional no art. 5º, X, da Carta Magna, que deve ser aplicado nas relações entre particulares por força de sua eficácia horizontal e privilegiado por imposição do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. 8. In casu, ao menos desde o julgamento pela 3ª Turma do REsp 1316117/SC, ocorrido em 26/04/2016, não há jurisprudência consolidada em relação ao termo inicial do prazo máximo de inscrição da anotação nos cadastros de proteção ao crédito, o que permite concluir pela inexistência de jurisprudência em sentido substancial, capaz de ensejar nos jurisdicionados uma confiança racionalmente aceitável de estabilidade capaz de subsidiar uma legítima expectativa de certeza objetiva de resposta jurisdicional. 9. Ademais, não existe desproporcionalidade na imediata adoção da vedação ao registro de anotações negativas sem que conste a data de vencimento da dívida, pois a mera suspensão, até efetiva regularização do procedimento, da anotação de registros provenientes de cartórios de protesto que não contenham essa informação, não gera ônus excessivos ou desproporcionais para a embargante e evita a perpetuação dessa lesão aos direitos dos consumidores. 10. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes.” (BRASIL STJ, EDcl no REsp 1630889/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 06.12.2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602636651&dt_publicacao=06/12/2018>. Acesso em 02.07.2022).

⁴⁴² Posicionando a modulação como a mais usual regra de transição: LIMA, Leonardo Duncan Moreira. Superação do precedente judicial no direito brasileiro. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 249-250.

deveriam comprovar *standards* de bons tratos às autoridades locais, nos termos por elas regulados; e (iii) completado um ano, a prática passaria a ser totalmente proibida.

Enfim, são inúmeras as alternativas de regimes transitórios, inclusive combinando diferentes técnicas, e a matéria merece estudos especializados⁴⁴³. A tônica é a adaptação dos atingidos à regra recém-afirmada. Nesta senda, viável a fixação de fórmulas transicionais não apenas quando há quebra da confiança em precedente (classicamente atrelada à modulação, que é uma das suas espécies); mas também quando há unificação de interpretação controvertida na jurisprudência (incapaz de gerar confiança)⁴⁴⁴⁻⁴⁴⁵, possibilitando ajustes pelos afetados, que antes

⁴⁴³ A respeito dos regimes transitórios na alteração das estabilidades processuais (não apenas em matéria de precedentes): CABRAL, Antônio do Passo. *Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

⁴⁴⁴ Teresa Arruda Alvim entende que, de forma geral, não é cabível modulação quando a jurisprudência antecedente era dissonante. Anui, entretanto, com uma exceção, em que seria possível regulação dos efeitos do “primeiro” precedente unificador: trata-se da situação em que o Judiciário age quase como administrador público, no âmbito dos chamados “processos estruturantes”, a exemplo do precedente do STJ que fixou os critérios para obtenção de medicamentos alheios ao rol do SUS: ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 256-264.

⁴⁴⁵ Nos Estados Unidos, embora, como visto, a utilização da modulação esteja relativamente esvaziada, sua teorização e prática sempre permitiram seu emprego também nos casos de precedentes que estabelecem uma primeira regra unificadora em face de prévia multiplicidade de entendimentos jurisprudenciais. Veja-se em: BESWICK, Samuel. *Prospective Overruling Unravelled*. Allard Faculty Publications / Civil Justice Quarterly, p. 1–37, 2022, p. 9. No Brasil, essa perspectiva é mais rica, com a temática dos regimes de transição.

não tinham orientação segura. Nesse exato contexto é que o STF⁴⁴⁶ e o STJ⁴⁴⁷ já delimitaram regimes de transição.

Apesar da abertura desse plano (cuja originalidade nos permitiu breve excursão), por ora, a espécie mais utilizada no país é mesmo a modulação – pertinente no contexto da quebra da confiança produzida pelo *overruling*, relevante ao ponto focal deste trabalho. Diversamente do que se passa na *Supreme Court*, os tribunais

⁴⁴⁶ Por exemplo, no RE nº 631.240 (Tema nº 350 de repercussão geral), em meio a julgados divergentes, o STF proferiu regra de que “A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise.” A partir disso, entendeu pertinente fixar detalhado regime de transição: “5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.” (BRASIL, STF, RE-RG nº 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 10.11.2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283852/false>. Acesso em 03.07.2022).

⁴⁴⁷ Por exemplo, no REsp repetitivo nº 1.696.396/MT (Tema Repetitivo nº 988), o STJ definiu a controvertida interpretação do art. 1.015 do CPC, estabelecendo o regime da chamada “taxatividade mitigada” no cabimento de agravo de instrumento. Ao final, invocou expressamente o art. 23 da LINDB para estabelecer regra de transição centrada nos efeitos prospectivos, determinando que sua “tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão”. (BRASIL, STJ, REsp repetitivo nº 1.696.396/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 05.12.2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?filtroPorNota=%28JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22%29&livre=1696396&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E1696396%3C%2Fb%3E++%3Cb%3ERepetitivos%3C%2Fb%3E&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&opador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T. Acesso e 03.07.2022).

superiores brasileiros^{448,449} tem recorrido a ela com alguma frequência, empregando justificativas e marcos temporais variados⁴⁵⁰, que muitas vezes garantem a aplicação do antigo entendimento às ações ajuizadas anteriormente à virada.

Nota-se que, no Brasil, a concepção da atividade judicante como criativa é relativamente recente e possui vitalidade contemporânea⁴⁵¹, o que cria terreno fértil para a doutrina do *prospective overruling*, cuja derrocada no contexto norte-americano (onde concebida) tem raízes na ascensão da linha teórica contrária, como visto⁴⁵².

A temática da modulação também tem gerado importantes debates da doutrina nacional, que se divide quanto a um aspecto específico: a “legitimidade ativa” para sua realização. Segundo a primeira corrente, apenas o próprio órgão que efetua a superação pode modular seus efeitos, em sede do mesmo decisório, sob pena de

⁴⁴⁸ Por exemplo, ao julgar o RE-RG nº 630.733 (Tema nº 335 de repercussão geral), o STF contrariou sua própria jurisprudência consolidada para considerar que inexistente direito dos candidatos de concurso público à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior. Contudo, por considerações de segurança jurídica, aplicou-se modulação para manter a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15.05.2013 (data do julgamento). (BRASIL, STF, RE nº 630.733. Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 20.11.2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4887206>. Acesso em 03.07.2022).

⁴⁴⁹ Por exemplo, no REsp nº 1.813.684/SP, o STJ determinou que, na vigência do novo CPC, é necessária a comprovação de feriado local por meio de documento idôneo no ato de interposição do recurso, sem possibilidade de juntada posterior. Contudo, considerando que a jurisprudência consolidada do STF e do STJ era mais flexível, com fundamento na proteção da confiança, decidiu-se pela modulação dos efeitos do novo pronunciamento, de forma a atingir somente os recursos interpostos após a publicação do acórdão. (BRASIL, STJ, REsp nº 1.813.684/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Corte Especial, DJe 18.11.2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271813684%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271813684%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=v eja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271813684%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271813684%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=v eja). Acesso em 03.07.2022).

⁴⁵⁰ Face à completa abertura normativa, a doutrina aponta que ainda não existem critérios objetivos para fins de modulação. Do STF e do STJ, extrai-se apenas que, em geral, as superações são retroativas, e que há modulação quando presente mudança brusca de entendimento consolidado. (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 340-43; p. 356-358).

⁴⁵¹ “Destes aspectos, sobressai a enorme importância da interpretação judicial no processo de criação – e não de mera revelação – do Direito pela atividade jurisdicional. Dogmaticamente bem assimilados estes pontos, é lícito afirmar que a irretroatividade se refere à lei conforme uma de suas interpretações possíveis, firmada por um tribunal de vértice, e que, uma vez que essa interpretação adotada pode ser posteriormente alterada, também a lei, em termos do seu sentido, irá se alterar, ou seja, a irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto (...).” (GONÇALVES, Gláucio Maciel de; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015*. *Revista de Processo*, v. 41, n. 258, p. 357–385, 2016, p. 363).

⁴⁵² “Percebe-se que o principal país a influenciar inicialmente os estudos da modulação de efeitos no Brasil caminha, na atualidade, em sentido contrário à evolução do direito pátrio.” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 297).

surgirem orientações conflitantes, gerando insegurança jurídica⁴⁵³. Em contrapartida, de acordo a segunda corrente, ausente a (ideal) modulação no decisório-superador, os julgadores subordinados possuem a prerrogativa de excepcionalmente realizá-la nos casos concretos que lhes forem submetidos⁴⁵⁴, inclusive com fundamento no mencionado art. 24 da LINDB, que confere proteção especial ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

Nos filiamos a essa segunda linha, entendendo que a disparidade decisória dela oriunda é natural e tolerável, justificando-se pelas peculiaridades dos casos concretos enfrentados por cada juiz. Deveras, os magistrados já realizam esse tipo de avaliação ou depararem-se com alterações legislativas, sendo viável que o façam também em face de mutações jurisprudenciais, nunca em caráter geral, mas apenas a nível específico, regulando seus efeitos sobre a relação jurídica *sub judice*⁴⁵⁵. Em verdade, tal análise “concreta” pode revelar-se mais acertada que uma normação geral realizada pelo órgão “superador”⁴⁵⁶. Se no panorama geral este não vislumbra necessidade de modulação, plausível que existam específicas circunstâncias em processos outros que importem verdadeiras distinções, vindicando seu emprego⁴⁵⁷. O problema, portanto, resolve-se no âmbito da benquista técnica do *distinguishing*.

Exemplificando tal sistemática, pertinente aludir ao julgamento do REsp nº 1.334.005/GO (2015), em que a 2ª Seção do STJ superou seu antigo entendimento sumulado, no sentido de que o suicídio “involuntário” (ausente o juízo perfeito) atrairia

⁴⁵³ ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 203; CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 157.

⁴⁵⁴ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 306-307; THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 122-123. A modulação “a posteriori” também já foi praticada nos EUA: NICOL, Andrew G. L. Prospective Overruling: A New Device for English Courts? *The Modern Law Review*, v. 39, n. 5, p. 542–560, 1976.

⁴⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 122-123.

⁴⁵⁶ Apontando o perigo da generalização em terreno de aferição de razoável confiança justificada: BESWICK, Samuel. Prospective Overruling Unravelling. *Allard Faculty Publications / Civil Justice Quarterly*, p. 1–37, 2022, p. 25.

⁴⁵⁷ Assentindo com as excepcionais modulações nos subseqüentes casos concretos e as posicionando como resultados de distinções: MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 338; LIMA, Leonardo Duncan Moreira. Superação do precedente judicial no direito brasileiro. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 274. Anuindo com a subseqüente não aplicação, por tribunal inferior, de novo precedente, quando em jogo situação consolidada “que envolve ato jurídico perfeito ou direito adquirido aperfeiçoados sob a vigência do entendimento jurisprudencial anterior”: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 161.

cobertura do seguro de vida; passando a adotar simples regra cronológica: a partir do CC/2002, durante os dois primeiros anos de vigência da apólice, qualquer suicídio é risco não coberto⁴⁵⁸. Nessa ocasião, não houve manifestação quanto aos efeitos da alteração jurisprudencial, que, portanto, presumiram-se *ex tunc*. Já em 2019, a 3ª turma (órgão fracionário vinculado) analisou o REsp nº 1.721.716/PR, e decidiu pela modulação nesse específico caso concreto, em que, na vigência da orientação jurisprudencial anterior, foi: adquirido o seguro, cometido o sinistro (antes de completados os dois anos), ajuizada a ação indenizatória, e proferida a sentença de procedência. Com fundamento na efetiva quebra de confiança justificada, em seara jurídica altamente sensível, o colegiado declarou a inaplicabilidade da nova diretiva à demanda, o que resultou no acesso da parte à indenização securitária⁴⁵⁹.

Em todo caso (modulação geral ou individual), não nos parece ideal a proposição do Enunciado nº 55 do FPPC, segundo o qual “Pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva”⁴⁶⁰. Embora a modulação tenha seu campo de legítima incidência, ele deve ser muito bem avaliado⁴⁶¹, sob pena de alta cobrança de todos aqueles “custos” que contribuíram para o esvaziamento de seu emprego no contexto norte-americano.

Com certa razão, a eficácia *ex tunc* tem sido a regra geral nos *overrulings* das cortes superiores brasileiras⁴⁶², mas o modelo prospectivo deve ser considerado diante de especiais cenários que invoquem a proteção do interesse social, da segurança jurídica e da confiança efetivamente justificada. Ainda assim há de se

⁴⁵⁸ BRASIL, STJ, REsp 1.334.005/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ acórdão Min. Isabel Galotti, 2ª Seção, DJe 23.06.2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334005&b=ACOR&p=false&l=10&i=29&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em 05.07.2022.

⁴⁵⁹ BRASIL, STJ, REsp nº 1.721.716/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 12.12.2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1721716&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E1721716%3C%2Fb%3E&b=ACOR&p=false&l=10&i=4&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T>. Acesso em 05.07.2022.

⁴⁶⁰ No mesmo sentido do enunciado: GOMES, Rodolfo Perini. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra - (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. Revista de Doutrina Jurídica, v. 111, n.1, p. 28–45, 2020.

⁴⁶¹ Concordando que a retroatividade constitui a regra geral na superação de precedentes, ressalvada a coisa julgada: PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 366.

⁴⁶² Como notam: *Ibid.*, p. 342; GONÇALVES, Gláucio Maciel de; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. Revista de Processo, v. 41, n. 258, p. 357–385, 2016.

ponderar sua prevalência em face de perturbações à igualdade, razoabilidade e de outros prismas do interesse público.

Muitas vezes, a superação ocorre justamente porque a antiga regra já era sabidamente desgastada/incorrecta no contexto contemporâneo, ao ponto de não mais irradiar legítimas expectativas,⁴⁶³ inclusive na percepção da doutrina⁴⁶⁴ – cenário alheio à incidência do *prospective overruling*. Inconcebível que a comunidade jurídica se mantenha cega ao desgaste social, jurídico e jurisprudencial de um precedente, mantendo irracional confiança formal nele depositada, a todo custo⁴⁶⁵. O direito é evento humano e dinâmico, e algumas mudanças são perceptíveis a todos os seus operadores, e não apenas ao tribunal superador.

Contudo, na outra ponta do espectro, há viradas jurisprudenciais bruscas, imprevisíveis e controversas, que reclamam tratamento temporal especial⁴⁶⁶.

Nesse viés, com Teresa Arruda Alvim, afirma-se que a modulação ganha relevo em searas jurídicas regidas por tessitura normativa densa e fechada (como a tributária), que as torna particularmente avessas à acoplagem da evolução social ao direito pela via da reviravolta jurisprudencial⁴⁶⁷. Ademais, à semelhança de Daniel Mitidiero, entende-se que a técnica pode ser recomendável quando a confiança tem (i) base (precedente ou jurisprudência firmes⁴⁶⁸ – não desgastados – fundados em

⁴⁶³ “Judicial change in the law occurs because a rule of law has become incapable of clearly guiding conduct. A novel precedent is both a response to legal instability, as well as a vehicle of legal change.” (BESWICK, Samuel. *Prospective Overruling Unravelled*. Allard Faculty Publications / Civil Justice Quarterly, p. 1–37, 2022, p. 19).

⁴⁶⁴ “O momento em que é necessária a revogação do precedente, seja pela falta de congruência social, seja pela inconsistência sistêmica, costuma ser apontado pela doutrina. A crítica doutrinária, regra geral, evidencia os argumentos para revogação e informa os advogados acerca da força de determinado precedente. Esta informação que parte da classe jurídica é um elemento importante para descaracterizar os fundamentos para preservação do precedente, tendo em vista que elimina as alegações de confiança justificada e surpresa injusta.” (GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina - Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016, p. 272).

⁴⁶⁵ “O precedente, por sua vez, pode ser paulatinamente desgastado. Pode haver, inclusive, sinalização desse desgaste. Ele pode ainda sofrer mutações com o decorrer do tempo (sucessivas distinções ampliativas ou restritivas), que aumentam ou diminuem seu âmbito de incidência. É possível, assim, que no momento da superação, o precedente já tenha perdido aplicabilidade. (...) Ou seja, nem sempre a aplicação do precedente novo compromete a segurança jurídica ou viola a confiança legítima.” (LIMA, Leonardo Duncan Moreira. *Superação do precedente judicial no direito brasileiro*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 256).

⁴⁶⁶ ARRUDA ALVIM, Teresa. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 215.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 219.

⁴⁶⁸ A base da confiança pode ser precedente/jurisprudência firmes do mesmo tribunal ou de tribunal hierarquicamente inferior ao órgão superador. Por exemplo, o STF deve levar em consideração o ambiente no STJ (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 414).

normas de textura fechada), (ii) exercício efetivo e racional (atos ou omissões razoavelmente praticados com lastro no precedente), e (iii) frustração (superação produtora de resultados muito mais gravosos do que os esperados)⁴⁶⁹⁻⁴⁷⁰. São concebíveis pertinentes exemplos⁴⁷¹.

Enfim, na prática ponderativa, a atribuição de efeitos prospectivos pode se revelar necessária ou dispensável nos mais diversos contextos, mas a atenção a esses fatores fornece preciosos pontos de partida.

2.6.2.3 Aspectos procedimentais

Nos Estados Unidos, como visto, tanto a gênese quanto o *overruling* dos precedentes podem ser realizados em quaisquer processos, inexistindo peculiaridades procedimentais. Admite-se, no máximo, que julgamentos relevantes reclamam grande abertura à participação de interessados, principalmente na figura de *amici curiae*.

Ademais, a revisão pela corte autora do seu próprio entendimento não encontra desafios processuais, inclusive na *Supreme Court*, pois inexistente barreira normativa à admissão de recursos que contrariam precedentes⁴⁷². As partes podem sempre tentar obter *certiorari*, requerido diretamente à Corte, embora poucas vezes haja

⁴⁶⁹ Em sentido semelhante: MITIDIÉRO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 173-174.

⁴⁷⁰ Concordamos com as seguintes ponderações acerca do *consequencialismo*: “Assim, e por isso, nenhuma decisão judicial pode ter por base única: o perigo de esvaziamento dos cofres públicos, a iminência da quebra do erário, prováveis dificuldades de caixa etc. Mas se a lei não pode ser ignorada, muitas vezes é verdade que esta comporta mais de uma interpretação. E aí os argumentos consequencialistas podem, de certo modo, “desempatar”! (...). O consequencialismo é inevitável. Se usado na dose certa, desejável, não deixa de ser mais um modo de evidenciar que o direito serve à sociedade e não o contrário.” (ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 210-212).

⁴⁷¹ Suponha-se, por exemplo que existisse precedente vinculante negando a responsabilização de hospitais por erros médicos cometidos por seus funcionários na realização de determinados procedimentos. Na hipótese de superação, se poderia cogitar a não modulação ao verificar-se que (i) o antigo entendimento já era doutrinária e jurisprudencialmente desgastado, em matéria de tessitura normativa aberta; (ii) a maioria dos hospitais já possuíam seguros de responsabilidade civil para o sinistro, revelando a ausência de confiança efetiva no precedente; e (iii) portanto, os novos resultados produzidos pela superação seriam razoáveis. Suponha-se, por outro lado, que existisse precedente vinculante afirmando a ilegalidade de determinado tributo federal. Na hipótese de superação, se poderia cogitar a modulação ao verificar-se que (i) o antigo entendimento havia se mantido firme, em matéria de tessitura normativa fechada (tributário); (ii) por anos, todos os contribuintes haviam cessado o recolhimento, em manifestação de confiança; e (iii) a superação retroativa produziria caos financeiro.

⁴⁷² Vide Rules 10 a 16 das Rules of the Supreme Court of the United States. Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>>. Acesso em 03.07.2022.

deferimento, especialmente se a decisão recorrida for consonante com os precedentes supremos⁴⁷³. De toda forma, a mera possibilidade mantém as portas abertas à mudança.

Por sua vez, o contexto procedimental brasileiro é o responsável pelas maiores peculiaridades e desafios relativos à superação de norma jurisprudencial, especialmente quando realizada pela própria corte autora (“autossuperação”)⁴⁷⁴.

Nesse ponto, novamente adquire relevo o fato de as espécies vinculantes nacionais serem pré-determinadas na lei, que reveste alguns de seus procedimentos-formadores de caracteres especiais, incluindo a produção de teses. Em reflexo disso, foram erigidos incidentes apartados para revisão desses enunciados. No caso do IRDR, tem-se prescrição no art. 986 do CPC, que prevê a instauração de ofício ou via proposta de Defensoria/Ministério Público⁴⁷⁵. Apesar de inexistirem idênticas previsões no Código para as teses formadas em repercussão geral, repetitivos e IAC, lhes são pertinentes semelhantes incidentes revisionais, detalhados nos regimentos internos⁴⁷⁶.

Nada obstante, na prática, a possibilidade de “autossuperação” da norma jurisprudencial é vislumbrada quando chegam ao tribunal caso(s) concreto(s) que levante(m) a mesma questão jurídica. Nessas ocasiões, em havendo verdadeira abertura ao *overruling*, a doutrina recomenda a instauração de incidente de superação do precedente (que pode assumir procedimento especial análogo ao IAC, IRDR ou rito repetitivo), para satisfação do princípio do paralelismo das formas⁴⁷⁷. Parece-nos

⁴⁷³ BONFIELD, Lloyd. *American Law and the American Legal System in a Nutshell*. 2. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021, p. 101-102.

⁴⁷⁴ No Brasil, assim como nos EUA, a competência para superação pertence ao próprio órgão ou a órgão superior. Órgão inferior não derroga precedente superior, o que é inerente à própria estrutura judiciária. Vide: LIMA, Leonardo Duncan Moreira. *Superação do precedente judicial no direito brasileiro*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 235.

⁴⁷⁵ Concorde-se com o Enunciado nº 473 do FPPC: “A possibilidade de o tribunal revisar de ofício a tese jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas autoriza as partes a requerê-la.”

⁴⁷⁶ Como nota: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 513.

⁴⁷⁷ “Portanto, nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência e no procedimento de julgamento de recursos repetitivos é necessário o paralelismo procedimental para a alteração ou a revogação do precedente formado. Dessa forma, o entendimento firmado mediante tais procedimentos concentrados de formação de precedente apenas pode ser alterado através de uso de um procedimento igualmente concentrado (...)”. No entanto, o autor reconhece que “nem sempre será possível manter o paralelismo de formas, ideal do ponto de vista sistêmico e mesmo democrático, mas irrealizável em movimentos jurisprudenciais que só se tornam claros após várias decisões.” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 513-517). Defendendo que precedente formado em procedimento de

que, ainda que não haja tal instauração formal (como de fato não tem havido), basta que, materialmente, o órgão-autor dê publicidade, promova contraditório ampliado e atente-se aos parâmetros de fundamentação, à semelhança do procedimento-formador. Dispensável a perfeita correspondência entre a moldura formal da gênese e do cancelamento do precedente, bastando que haja repetição de semelhantes garantias⁴⁷⁸. De toda forma, concluindo-se pelo *overruling* da *ratio*, tal resultado deverá ser registrado no caso concreto, apenas então procedendo-se ao cancelamento da tese.⁴⁷⁹

Similarmente, as súmulas são revogadas via procedimentos revisionais detalhados nos regimentos internos dos tribunais⁴⁸⁰. De modo geral, para as súmulas “simples”, o requerimento é feito por qualquer julgador-membro⁴⁸¹; e para as vinculantes existe amplo rol de legitimados especiais⁴⁸². Em todo caso, considerando que os enunciados sumulares são sempre atrelados a *ratios* previamente formadas em acórdãos paradigmas (selecionados como representantes da antiga jurisprudência firme)⁴⁸³, indispensável que os respectivos fundamentos determinantes tenham sido previamente debatidos e fundamentadamente derrotados em julgamentos de casos concretos, com abertura para participação pública. Apenas então deve ser requerido e aprovado o seu cancelamento.

repetitivos/IDR só pode ser revogado em novo idêntico procedimento: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de direito processual civil, v. 3, 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 614.

⁴⁷⁸ É perfeitamente natural, por exemplo, que entendimento formado em repercussão geral venha a ser superado em ADI. A respeito: LIMA, Leonardo Duncan Moreira. Superação do Precedente Judicial no Direito brasileiro. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 286-287.

⁴⁷⁹ Esse expediente pode envolver a remessa de processos de órgão fracionário para apreciação pelo órgão de cúpula responsável.

⁴⁸⁰ Para a súmula vinculante, há regulamentação na Lei nº 11.417/2006.

⁴⁸¹ RISTF: “Art. 103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário.”; RISTJ: “Art. 125, §1º: Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário.”

⁴⁸² Lei nº 11.417/2006: “Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.”

⁴⁸³ Nesse sentido, inclusive para as súmulas vinculantes: PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. Revista de Direito Administrativo, v. 241, p. 177-208, 2005, p. 191.

Portanto, no que tange à superação pelo próprio órgão-autor, ora denominada “autossuperação”, a sistemática de cancelamento de teses e súmulas deve refletir a dinâmica de sua formulação: primeiro elaboram-se as *ratios*, delimitadas à luz das circunstâncias de casos específicos, e depois elas são encapsuladas nos enunciados. O emprego de similar exercício bifásico no momento da revogação propicia maior reflexão e atenção às necessidades das partes nos processos correlatos⁴⁸⁴, incluindo deliberações acerca da modulação.

Por exemplo, ao analisar o caso concreto no RE-RG nº 159.180/MG, o STF declarou a superação de seu entendimento anterior, passando a se posicionar pela inconstitucionalidade da aplicação de lei superveniente para definição do regime de imposto de renda já apurado, com base nos princípios da irretroatividade e da anterioridade⁴⁸⁵. A partir disso é que foi imediatamente proposto e aprovado o cancelamento da súmula nº 584, que consubstanciava a regra contrária.

Noutra senda, com fundamento na mencionada necessidade de “paralelismo das formas”, bem como nas exigências de ampla fundamentação na superação, alguns têm defendido o descabimento de *overruling* implícito no sistema brasileiro, principalmente para as espécies vinculantes formadas em procedimentos objetivos⁴⁸⁶. De nossa parte, considera-se que, embora seja ideal e muito vantajoso o emprego do citado “cenário cumulativo” (revogação expressa da *ratio* seguida da imediata revogação expressa da súmula/tese), na prática brasileira, por vezes o órgão autor derruba seu precedente sem proceder à revisão formal do respectivo enunciado, ou mesmo sem anunciar com todas as letras que está realizando superação.

Considerando a ênfase concedida pelo ordenamento aos fundamentos determinantes, o que importa para fins de reconhecimento da superação é verificar se a *ratio* foi inequívoca, fundamentada e especificamente derogada, pelo mesmo colegiado que a formou (e não por órgão fracionário), independentemente de haver declaração literal de que “fica revogado tal precedente/súmula/tese”.

⁴⁸⁴ Segundo Dierle Nunes e Aurélio Viana, o poder de superação “não significa que os juízes devem funcionar como espécie de antena, responsável pela captação dos anseios populares e que, iluminados, devessem indicar o momento oportuno quanto à superação do precedente, uma vez que tal desenvolvimento deve ocorrer pelo processo, a partir da argumentação desenvolvida pelos sujeitos processuais.” (NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Precedentes. A mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 389).

⁴⁸⁵ BRASIL, STF, RE nº 159.180/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 17.08.2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429386/false>>. Acesso em 03.07.2022.

⁴⁸⁶ LIMA, Leonardo Duncan Moreira. Superação do precedente judicial no direito brasileiro. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 365.

Entendimento contrário implicaria admitir sistema extremamente formalista, que impõe cegueira aos julgadores vinculados. Por óbvio, inviável reconhecer que houve efetiva superação caso a norma jurisprudencial só tenha sido tangencialmente afetada, criticada ou desgastada. Aqui é necessária a certeza da derrubada direta, não se tendo cancelado a tese/súmula por mero descuido formal. Cenários menos evidentes poderiam dar azo ao *anticipatory overruling*, que será tratado neste trabalho, mas não ao reconhecimento da superação superior. Nesses termos, a proposta pode parecer de pouca utilidade prática, mas não é o caso: historicamente, os tribunais brasileiros não cultivam o hábito de revisão formal de suas súmulas e teses, como demonstram estudos especializados⁴⁸⁷.

Para exemplificação da temática, válido remeter a um caso já comentado: desde 1989 o STJ vinha proferindo acórdãos no sentido de que o seguro de vida deve cobrir o suicídio não premeditado, com fundamento na previsão do art. 1440 do CC/1916, que diferenciava o suicídio voluntário do involuntário (quando ausente o “juízo perfeito”). A morte resultante desta última espécie se compatibilizaria com uma fatalidade, atraindo a cobertura da seguradora. Em 1992, tal entendimento foi cristalizado na Súmula nº 61 do STJ. A publicação do CC/2002 levantou novas controvérsias, eis que seus arts. 797 e 798 deixaram de fazer qualquer alusão às duas espécies de suicídio. Contudo, por anos o Tribunal continuou afirmando seu entendimento anterior, recorrendo à interpretação sistemática dos novos dispositivos, que deveriam ser aliados ao princípio da boa-fé. Apenas em 2015, em sede do REsp nº 1.334.005/GO, a 2ª Seção proferiu acórdão declarando que a sistemática inaugurada pelo CC/2002 é incompatível com a divisão entre as duas modalidades de sinistro, proferindo nova regra de que, na vigência do novo Código, a cobertura relativa ao suicídio é regida por simples aspecto cronológico (carência de dois anos), considerado impertinente o antigo critério subjetivo.

⁴⁸⁷ “Apesar de sua simplicidade, o procedimento de cancelamento de súmula do Superior Tribunal de Justiça não é muito utilizado. A primeira súmula deste tribunal foi aprovada em 25.04.1990 e ao longo destes 25 anos foram publicados 561 enunciados e somente 15 foram cancelados, demonstrando que o procedimento de cancelamento não é historicamente utilizado com frequência pelo STJ. No Supremo Tribunal Federal o procedimento está previsto nos artigos 102 e 103 do seu regimento interno. A revisão da súmula pode ser proposta por qualquer ministro e a deliberação deverá ocorrer em Plenário, por maioria absoluta. Entretanto, dos 736 enunciados aprovados desde 1964 somente oito foram cancelados, revogados ou superados expressamente pela Corte Suprema. É evidente que muitas das súmulas em vigor já caíram em desuso, mas mesmo sem utilização, permanecem vigentes e representando a jurisprudência supostamente dominante do STF.” (GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina - Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016, p. 321).

Embora a fundamentação do decisório tenha aludido à evolução normativa, não houve declaração expressa da superação da súmula nº 61, e nem revogação formal do enunciado. Tal cancelamento só ocorreu em 2018, quando a Corte elaborava a súmula nº 610, encapsulando seu novo entendimento. Contudo, inviável considerar que nesse interregno a antiga norma jurisprudencial continuou materialmente vigente e aplicável⁴⁸⁸, inclusive para fins dos mecanismos de afirmação (como a improcedência liminar). Afinal, ela já havia sido inequívoca e fundamentadamente derrotada pelo mesmo colegiado que lhe pronunciara⁴⁸⁹. Poder-se-ia afirmar, no máximo, a subsistência formal do enunciado, pela ausência do procedimento-revogador.

De mais a mais, os tribunais autores devem crescentemente atentar-se às diretrizes de revogação explícita, fundamentada e, por vezes, bifásica, de modo a mitigar as citadas preocupações e eventuais confusões entre os vinculados⁴⁹⁰.

Noutro giro, caso o *overruling* seja efetuado por corte hierarquicamente superior, o caminho da revisão da tese, súmula ou precedente resta encurtado para o tribunal-autor-subordinado, ao qual será vedado rediscutir o mérito da matéria, bastando que reconheça a derrubada do seu antigo entendimento. A hipótese é semelhante à revogação direta pela via legislativa. Impertinente debater a superação dos fundamentos determinantes, pois ela já foi realizada. Nessa hipótese, suficiente que qualquer dos legitimados proponha o cancelamento, incidental ou até autonomamente⁴⁹¹. Tal reconhecimento é recomendável para fins de harmonização e

⁴⁸⁸ Pode-se argumentar que a súmula vinculante, que exige quórum especial de 2/3 para aprovação e cancelamento (art. 2º, §3º, da Lei nº 11.417/2006) projetaria conclusões diversas. Entendemos que, mesmo para elas, o relevo maior é da *ratio decidendi* subjacente. Portanto, em cenário semelhante ao descrito, mas envolvendo súmula vinculante, entende-se que igualmente se poderia arguir inaplicabilidade material do entendimento, inobstante a sobrevivência meramente formal do enunciado. De toda forma, na prática, as súmulas vinculantes representam ínfima parcela do universo sumular.

⁴⁸⁹ Entende-se aqui que a ausência de manifestação da Corte acerca da modulação na virada jurisprudencial autoriza que sua pertinência seja avaliada em cada processo.

⁴⁹⁰ Estudo conduzido por Thomaz Thompson Flores Neto demonstra que quase um terço das súmulas dos Tribunais Superiores é defasada, embora nunca tenha sido formalmente revisada: FLORES NETO, Thomaz Thompson. Súmulas do STF e STJ anotadas: quais perderam a aplicabilidade? Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

⁴⁹¹ RISTJ: “Art. 256-V. O Presidente do órgão julgador poderá propor, em questão de ordem, a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo para adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, em enunciado de súmula vinculante e em incidente de assunção de competência. § 1º A revisão ocorrerá nos próprios autos do recurso julgado sob o rito dos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado.”

publicidade, mas é prescindível para fins de reconhecimento do *overruling* pelos órgãos vinculados.

Há corriqueiros exemplos do fenômeno: por exemplo, quando o STF se manifestou pela constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB (tema nº 1.048 de repercussão geral), a 1ª Seção do STJ utilizou o julgamento do REsp nº 1.638.772/SC, que se encontrava sobrestado, como oportunidade para breve revisão da sua antiga tese em sentido contrário (tema nº 994 de repetitivos)⁴⁹².

Enfim, extrai-se que o cancelamento de súmula ou tese, em procedimento revisional específico, pressupõe que a correspondente *ratio* já tenha sido derrotada em caso(s) concreto(s), seja pelo mesmo órgão, seja por tribunal superior.

Noutro enfoque, é evidente que a manutenção de algum contato com processos que levantam questão jurídica já pacificada é que possibilita a superação de precedentes. A principal via para tanto é o acesso recursal, inclusive aos tribunais superiores, o que não levanta problemas no contexto americano, como visto. Entretanto, no Brasil, essa premissa foi altamente dificultada pela opção legislativa materializada no art. 1.030 do CPC, com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.256/2016: o filtro de admissibilidade aí instituído parece representar barreira insuperável para a remessa superior de recursos especial e extraordinário que contrariam entendimentos firmados em regime de repetitivos ou de repercussão geral individual⁴⁹³. Nessa hipótese, de acordo com a literalidade do dispositivo, a vice-presidência do tribunal de origem deverá sempre negar seguimento ao apelo, o que só será impugnável via agravo interno (art. 1.021), a ser julgado pela própria corte intermediária.

Como, então, os processos chegarão ao STF e ao STJ, viabilizando seu contato com novos argumentos e oportunidades para superação de precedentes formados naqueles dois ritos? As intenções do legislador foram boas – ratificar a força dos pronunciamentos vinculantes e desafogar o acervo dos tribunais superiores⁴⁹⁴ –

⁴⁹² BRASIL, STJ, REsp nº 1.638.772/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Seção, DJe 16.05.2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2165519&num_registro=201603027650&data=20220516&formato=PDF. Acesso em 03.07.2022.

⁴⁹³ Note-se que o entrave só foi expressamente estabelecido para precedentes formados em rito de repetitivos ou de repercussão geral, mas se trata, justamente, dos dois mecanismos mais utilizados pelas cortes superiores para formação de precedentes vinculantes.

⁴⁹⁴ LIMA, Leonardo Duncan Moreira. *Superação do Precedente Judicial no Direito Brasileiro*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 287.

mas as consequências podem ser desastrosas para a evolução do corpo de direito jurisprudencial brasileiro.

Diante disso, a doutrina processualista nacional é unânime ao afirmar a ilegitimidade de trava completa, existindo divergência apenas quanto aos métodos que permitiriam a “subida” dos casos. As propostas são inúmeras: Bruno Fuga chegou a catalogar dezessete, algumas envolvendo petição direta, reclamação⁴⁹⁵ e ação rescisória.

Parece-nos, contudo, que as melhores soluções envolvem leituras sistemáticas e constitucionais do sistema recursal encampado no CPC, à luz do art. 927, §§ 2º a 4º (que tratam da superação), e dos arts. 102, III, e 105, III, da CRFB (que posicionam STF e STJ como guardiões finais da Constituição e da legislação federal). Com base nisso (i) alguns autores entendem que os recursos especial e extraordinário com consistentes argumentos pela superação devem ser admitidos e remetidos aos tribunais superiores desde o juízo de admissibilidade inicial⁴⁹⁶; (ii) outros consideram que, após a prolação do acórdão do agravo interno que confirma a negativa de seguimento, são cabíveis novos recursos excepcionais fundados naqueles dispositivos do Código e da CRFB (pertinentes à matéria da superação), os quais devem ser admitidos e remetidos aos tribunais superiores⁴⁹⁷; e (iii) outros posicionam-se pelo cabimento de agravo ao STJ/STF (art. 1.042 do CPC) em face do referido acórdão do agravo interno⁴⁹⁸.

De nossa parte, considera-se que a primeira proposta é a mais simples e eficiente: viável que o tribunal intermediário desde o princípio dê seguimento ao recurso excepcional, ao verificar consistente argumentação no sentido da superação.

⁴⁹⁵ A reclamação como instrumento de acesso foi objeto da dissertação de: OLIVEIRA, Amanda Ferreira Lopes de. Os desafios da superação de precedentes no Código de Processo Civil de 2015: uma análise da aptidão da reclamação como instrumento de acesso aos Tribunais Superiores. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2021.

⁴⁹⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 469; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 377.

⁴⁹⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao artigo 1.030. In: Comentários ao Código de Processo Civil. Org: Lênio Luiz Streck; Dierle Nunes; Leonardo Carneiro da Cunha. Coord: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1371-1372; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro – garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016, p. 159.

⁴⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. 2, p. 417; NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016. Revista de Processo. v. 257, p. 217-235, 2016, p. 224.

De mais a mais, qualquer dos caminhos seria permissível, bastando que os tribunais superiores assintam claramente com um deles. Até agora isso não foi feito, visto que as cortes têm se fixado na interpretação literal do art. 1.030⁴⁹⁹. Contudo, parece-nos inadmissível que, a essa altura, uma interpretação restritiva do CPC feche as principais portas do sistema para o desenvolvimento jurisprudencial.

Nada obstante, a Academia tem insistido no tema⁵⁰⁰, que pode (e deve) ter novos desenvolvimentos nos próximos anos. Alteração legislativa também seria bem-vinda⁵⁰¹.

De toda forma, como será visto, para além da interpretação constitucional do Código, existem técnicas de manejo de precedentes que, quando aplicadas pelos tribunais intermediários, importam escapes a esse bloqueio e a subida dos processos, eventualmente oportunizando superações nos tribunais superiores: o *anticipatory overruling* é uma delas.

2.6.3 Considerações conclusivas acerca dos meios de revogação

Ao exposto, aferiu-se que tanto o sistema estadunidense quanto o brasileiro admitem a revogação de precedentes pelas vias legislativa e judicial. Quanto à

⁴⁹⁹ Leonardo Duncan Moreira Lima efetua ampla análise de vários julgados e conclui: “Em suma, a orientação predominante nos tribunais superiores, firmada ainda antes da vigência do CPC atual, reforçado depois pela positivação desse entendimento por meio da Lei nº 13.256/2016, que alterou o texto original do Código, é no sentido de que, em se tratando de decisão do tribunal de origem que nega seguimento a recurso excepcional interposto contra acórdão fundamentado em tese decorrente de julgamento de recursos repetitivos ou dotados de repercussão geral, o único recurso cabível seria o agravo interno no âmbito do próprio tribunal de origem. Além disso, não caberia nenhum outro recurso contra a decisão desse agravo interno e, consoante entendimento predominante, tampouco seria cabível a reclamação. O problema da generalização dessa orientação, cujo intuito é mesmo o de bloquear o acesso aos tribunais superiores para rediscussão de matérias já tratadas em julgamento de casos repetitivos ou com repercussão geral, é que ela provoca o efeito colateral de obstar a superação de precedentes assentados nessas Cortes como também de impossibilitar o exame de distinções ampliativas e restritivas, interpretativas de normas legais constitucionais e federais infraconstitucionais, cuja última palavra deveria ser dos tribunais superiores (...)”. (LIMA, Leonardo Duncan Moreira. *Superação do Precedente Judicial no Direito brasileiro*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 317).

⁵⁰⁰ Por exemplo: NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. O artigo 1.030 do CPC e a busca por uma interpretação adequada: meios para superação de precedentes. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 73, p. 27–78, 2019; MACÊDO, Lucas Buriel de. A análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do CPC e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. *Revista de Processo - Revista dos Tribunais*, v. 262, p. 187–221, 2016.

⁵⁰¹ Nesse sentido, inclusive propondo nova redação para o art. 1.030 do CPC, permitindo a subida de recursos que argumentam a superação, com subsequente negativa de seguimento monocrática e imposição de multa, no tribunal superior, caso os argumentos colocados pela parte já tenham sido lá analisados e rejeitados: *Ibid.*, p. 204-205.

primeira espécie, na hipótese de derrogação direta, todos os vinculados podem e devem reconhecê-la, ressalvada a possibilidade de controle de constitucionalidade.

Quanto à prática do *overruling* judicial, ambos os sistemas exigem deliberação e fundamentação especialíssimas, que, na prática, nem sempre são observadas. Ademais, nos dois países há protestos em torno da instabilidade jurisprudencial, embora o fenômeno seja mais intenso no Brasil, inclusive em razão da dualidade de cortes de vértice.

Os tribunais norte-americanos desenvolveram técnicas para manejo da confiança depositada nos precedentes derogados: (i) o *signaling* e outras citadas práticas desgastantes da *ratio* atuam em campo preventivo, quebrando a confiança da comunidade jurídica na norma a ser futuramente superada; enquanto (ii) o *prospective overruling* atua em terreno reparatório, viabilizando que, em cenários excepcionais, a nova regra não produza completos efeitos retroativos. Embora a utilização desta última metodologia tenha sido bastante reduzida no contexto estadunidense contemporâneo, ambas são pertinentes e têm sido aplicadas no sistema brasileiro. Aliás, entre nós, para além da previsão de modulação no art. 927, §3º, do CPC, a perspectiva das técnicas “reparatórias” foi recentemente enriquecida pelo art. 23 da LINDB, que fundamenta a elaboração de variados regimes de transição para ajuste dos afetados às viradas jurisprudenciais.

No que tange ao contexto procedimental, o sistema norte-americano é relativamente simples, pois (i) tanto a formulação quanto a superação de precedentes podem ser realizadas em quaisquer processos, sem que haja peculiaridades processuais; e (ii) inexistente barreira à “autossuperação”, pois ausente impedimento normativo à subida de recursos que contrariam precedentes de corte superior: inclusive, a análise das *petitions for certiorari* é efetuada diretamente pela *Supreme Court*. No Brasil, por outro lado, existem desafios, pois: (i) há procedimentos objetivos para a revisão de súmulas e teses, os quais, muitas vezes, não são adotados pelas cortes autoras, apesar da efetiva derrubada das *ratios* em julgamentos concretos; pelo que surgem enunciados formalmente sobreviventes, embora materialmente superados; e (ii) existe barreira normativa à autossuperação pelos tribunais superiores, considerando o filtro de admissibilidade recursal instituído no art. 1.030 do CPC.

Relativamente a esse último aspecto, a opção legislativa tem suas razões de ser, considerando o enorme afluxo de processos às cortes de vértice pátrias, em

números muito maiores que os da *Supreme Court* estadunidense. Apesar disso, a doutrina brasileira é unânime ao afirmar a impossibilidade de bloqueio completo, sugerindo diferentes leituras e métodos para a subida de recursos. Resta, contudo, que os próprios tribunais superiores acolham claramente algum(s) dele(s), ou que seja realizada reforma legislativa.

2.7 Mecanismos de controle em face do desvio de precedentes superiores

Pelo raciocínio até então construído, verificou-se que, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, as *ratios* obrigatórias devem ser observadas pelos vinculados, até que advenha revogação. A doutrina reconhece que a observância de precedentes superiores pelos julgadores subordinados, independentemente de concordância quanto a seu conteúdo meritório, constitui a própria essência e a premissa fundamental de qualquer sistema de *binding precedents*⁵⁰².

No entanto, a operação dos magistrados de 1ª e 2ª instâncias no que atine a precedentes superiores possivelmente aplicáveis ao caso em julgamento não se resume a “seguir” os vigentes e “não seguir” os já revogados⁵⁰³. Nesse interregno se inserem as técnicas de manejo que compõem o ponto focal deste trabalho, algumas das quais importam desvios (“*departures*”) justificados por circunstâncias diversas do reconhecimento de efetiva superação superior (a exemplo do *distinguishing* e do próprio *anticipatory overruling*). Esse tipo de ferramenta é fundamental para a lida racional com as espécies vinculantes, conciliando o reconhecimento de sua obrigatoriedade com a necessidade de reflexão e consideração individualizadas nos diferentes casos concretos. Em contrapartida, sempre existe a possibilidade de que tais técnicas acabem mal utilizadas, banalizadas ou simplesmente ignoradas, ameaçando a funcionalidade do sistema de direito jurisprudencial vinculante.

Nesse contexto, para sua operacionalização, importante a disponibilidade de mecanismos que permitem controle da não aplicação de precedentes, especialmente

⁵⁰² SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 41; p 60; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 149-150.

⁵⁰³ “Too often judges and commentators assume a simplistic relationship whereby lower courts either do or don’t follow their superiors’ instructions. But lower courts have a substantial interpretive gray zone available to them—and, in taking advantage of that discretion, lower courts sometimes engage in a precedential dialogue with the Supreme Court.” (RE, Richard M. *Narrowing Supreme Court Precedent from Below*. *The Georgetown Law Journal*, v. 104:921, p. 921–971, 2016, p. 927).

os proferidos por tribunais superiores⁵⁰⁴.⁵⁰⁵. Cuida-se de “remédios” à disposição das partes para impugnar decisórios que se desviam deles, seja por mera omissão, seja por emprego, correto ou equivocado, de alguma daquelas técnicas. Com isso, ao menos em teoria, garante-se que o próprio sistema coíba e retifique afastamentos injustificados, cuja propagação atua em sentido contrário aos seus objetivos programáticos. Considerado o recorte temático do presente trabalho, confina-se o ponto ao seguinte questionamento: quais os principais instrumentos existem nos sistemas norte-americano e brasileiro para controlar o desvio (ou a confirmação de desvio) de precedentes superiores em acórdãos de tribunais intermediários (2ª instância e eventualmente STJ, no Brasil)⁵⁰⁶?

Na justiça federal norte-americana⁵⁰⁷, a ferramenta disponível é basicamente a recursal, incluindo vias de reapreciação no âmbito do próprio tribunal desviante, e vias de remessa à corte superior autora do precedente (*Supreme Court*).

No âmbito do próprio tribunal intermediário, incluem-se (i) *petitions for rehearing* (*Federal Circuit Rule 40*), que solicitam reapreciação pelo mesmo órgão fracionário, com fundamento em omissões, obscuridades, contradições ou semelhantes vícios; e (ii) *petitions for rehearing en banc* (*Federal Circuit Rule 35*)⁵⁰⁸, que solicitam reexame pela composição plenária, geralmente com fundamento em falha do painel fracionário na aplicação de precedente (do próprio tribunal ou superior), em necessidade de *overruling* de precedente da própria corte, ou na presença de questão muito relevante enfrentada pela primeira vez. Na prática, a admissão desses

⁵⁰⁴ “First, if a legal system were to make no provision for ‘remedying’ judicial departure from precedent at least in the lower courts, or only to make quite inadequate provision, or if a system were to take no critical notice whatsoever of departures, then it would simply not be true that precedent is formally binding, or has any force, or provides any support, in that system.” (SUMMERS, Robert S. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ithaca: Ashgate/Dartmouth, p. 519–530, 1997, p. 519.)

⁵⁰⁵ Os desvios de precedentes oriundos do próprio tribunal-desviante são mais facilmente endereçados, no âmbito do próprio tribunal.

⁵⁰⁶ Como visto, em ambos os sistemas, a nível de 1ª instância, a principal via de controle é o acesso à 2ª instância via recurso, seja interlocutório (com cabimento restrito), seja final. Ademais, para fins de simplificação, deixamos de comentar nesta sede as decisões monocráticas desviantes, considerando que, na enorme maioria dos casos, elas são reapreciadas por órgão colegiado.

⁵⁰⁷ Rememore-se que, nos EUA, cada uma das 50 justiças estaduais possui seu próprio direito processual civil. De toda forma, muitos deles assemelham-se ao modelo federal.

⁵⁰⁸ A mesma *Rule* prevê ainda a apresentação do *petition for hearing en banc*, requerendo que questão de excepcional importância seja desde o início ouvida pelo pleno.

requerimentos é relativamente rara, pois não se tolera seu emprego para simples rediscussão meritória⁵⁰⁹.

Havendo ou não deferimento, caso prevaleça a decisão de desvio do precedente superior, a parte ainda pode protocolar *petition for a writ of certiorari* diretamente na *Supreme Court*, requerendo a revisão do seu caso (nas matérias de direito, incluindo classificações jurídicas de fatos pré-estabelecidos). Nesse contexto, a Corte Suprema pode (i) indeferir o *certiorari*; (ii) deferir o *certiorari* e proferir breve comando de “*grand vacate and remand order*” (GVR), determinando a remessa ao tribunal inferior para reapreciação (geralmente quando houve mudança jurisprudencial desde o julgamento de 2º grau); (iii) deferir o *certiorari* e proferir *summary reversal* (reversão sumária, dispensando argumentos orais, principalmente se considerar ter havido ofensa evidente à precedente vigente); ou (iv) deferir o *certiorari* e direcionar o caso para debates orais, ao final proferindo *opinion* pela manutenção ou não do desvio inferior⁵¹⁰.

Entretanto, há de se rememorar que a concessão de *certiorari* (em todas as três hipóteses) insere-se em ambiente de total discricionariedade. As regras da *Supreme Court* incluem o *departure* de precedente como uma das possíveis motivações para deferimento, mas a doutrina nota que na prática isso ocorre apenas em ocasiões especiais⁵¹¹. A inadmissão pode ainda ser combatida por *petition for rehearing on certiorari* (*Supreme Court Rule 44*).

Por uma ou outra razão, muitos casos de desvio de precedentes supremos encerram-se sem análise pela corte autora.

A partir de então, há algo a ser tentado? A *Rule 60* das *Federal Rules of Civil Procedure* prevê requerimentos de *relief from judgment*: valendo-se deles, a parte prejudicada solicita que julgamento finalizado seja reaberto (em prazo de um ano ou em prazo indeterminado “razoável”, a depender da hipótese). O remédio é viável tanto em face de sentença de 1ª instância ainda não modificada (no prazo ou na pendência

⁵⁰⁹ Cf. informado em: Petitions for Rehearing & Rehearing En Banc. United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 2022. Disponível em: <https://cafc.uscourts.gov/home/case-information/case-filings/petitions-for-rehearing-rehearing-en-banc/>. Acesso em 08.07.2022.

⁵¹⁰ Acerca dessas práticas, com destaque para o GVR: BRUHL, Aaron-Andrew P. The Supreme Court's Controversial GVRs - And an Alternative. *Michigan Law Review*, v. 107, Issue 5, p. 711–756, 2009, p. 714.

⁵¹¹ A respeito dos fatores que na prática favorecem a concessão de *certiorari*, como a presença da União ou de *amicus curiae*, e a constatação de conflito entre as cortes inferiores: CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. *Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court*. *American Political Science Review*, Cambridge University Press, v. 82 (4), p. 1109–1127, 1988, p. 1109.

de apelação), quanto, no ponto que aqui interessa, em face de decisão meritória final, após o exaurimento recursal. Algumas das hipóteses de cabimento são: fraude, prova nova anteriormente inacessível, nulidade da revelia etc.

Contudo, para os fins deste trabalho, importa uma específica previsão de cabimento por “erro, inadvertência, surpresa ou negligência escusável”, que tem levantado discussões na doutrina e na jurisprudência norte-americanas⁵¹². Questiona-se se tal “erro” engloba equívocos de direito cometidos pelo órgão julgador – eis que as demais condutas listadas são tradicionalmente ligadas à atuação da parte. Recentemente, a *Supreme Court* entendeu que sim⁵¹³. De toda forma, até então, esse possível cabimento é limitado a equívocos muito evidentes: por exemplo, no caso enfrentado pela Corte, tratava-se de emprego de termo inicial incorreto na contagem de importante prazo processual⁵¹⁴. No mais, os tribunais estadunidenses têm interpretado o cabimento de *relief from judgment* de maneira bastante restritiva⁵¹⁵.

Assim, de forma geral, erros de direito oriundos da interpretação e desvio de precedentes escapam ao escopo do mecanismo revisional. O exaurimento recursal sedimenta sua boa e sua má aplicação:

Tem-se que posicionar a linha em algum ponto, e nosso sistema tipicamente a posiciona na conclusão do procedimento recursal, que ocorre quando o prazo para protocolo da *petition for certiorari* expira, ou, se protocolada, quando a *Supreme Court* se manifesta a respeito. Nesse ponto nós dizemos que o julgamento é “final”, e as oportunidades para revisá-lo tornam-se extremamente limitadas. Essa restrição é particularmente forte em casos cíveis (não criminais). Um julgamento final não é menos final porque é errado (....)⁵¹⁶.

⁵¹² Vide discussão em: Michigan Law Review. Relief from Final Judgment under Rule 60(b)(1) Due to Judicial Errors of Law. Michigan Law Review, v. 83, Issue 6, p. 1571–1583, 1985.

⁵¹³ “Federal Rule of Civil Procedure 60(b)(1) allows a party to seek relief from a final judgment based on, among other things, a “mistake.” The question presented is whether the term “mistake” includes a judge’s error of law. We conclude, based on the text, structure, and history of Rule 60(b), that a judge’s errors of law are indeed “mistake[s]” under Rule 60(b)(1).” (USA, Supreme Court, Kemp v. United States, Opinion of the court by Judge J. Thomas, 13.06.2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-5726_5iel.pdf>. Acesso em 08.07.2022).

⁵¹⁴ Ibid., p. 01.

⁵¹⁵ KANE, Mary Kay. Civil Procedure in a Nutshell. 8. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2018, edição kindle, posições 3929-3950; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação Rescisória: do juízo rescindendo ao juízo rescisório. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 84.

⁵¹⁶ Tradução nossa. BRUHL, Aaron-Andrew P. Deciding When to Decide: How Appellate Procedure Distributes the Costs of Legal Change. Cornell Law Review, v. 96, p. 203–264, 2011, p. 211-212.

Por sua vez, o modelo brasileiro encampa maiores mecanismos especializados de controle das *departures*. No entanto, assim como nos Estados Unidos, as primeiras vias de “fiscalização” são as recursais, intra e entre tribunais.

Quanto à primeira espécie, de saída, a parte prejudicada pode sempre cogitar a oposição de embargos de declaração em face de decisório intermediário “desviante”. Há de se destacar a previsão do art. 489, §1º, VI c/c art. 1022, parágrafo único, II, pela qual considera-se omissa decisão que “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.”⁵¹⁷

Mais que isso: o art. 1022, parágrafo único, I, considera lacunoso o decisório que, independentemente de alegação pela parte, deixar de mencionar “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”. Trata-se de grande inovação legislativa: estabeleceu-se, com isso, uma modalidade de omissão “externa”, que não toma por parâmetro as peças processuais, e sim os dados normativos do sistema⁵¹⁸. Há aí um dever de *autorreferência*, exigindo-se que os julgadores por si sós tenham conhecimento e analisem a aplicabilidade de precedentes relevantes à lide em apreço.

Indo adiante, no Brasil, não há propriamente um apelo ao plenário, mas existem hipóteses legais e regimentais em que o julgamento colegiado intermediário (inclusive determinando ou confirmando desvio de precedente) naturalmente deve ocorrer em composição diferenciada ou em órgão especial. Cite-se, por exemplo, a cláusula de reserva de plenário para pronunciamentos que importem declarações incidentais de inconstitucionalidade (art. 97 da CRFB); e o quórum ampliado quando surge dissonância no painel da apelação (art. 942 do CPC)⁵¹⁹.

Noutro giro, viável que a parte prejudicada busque revisão pela própria corte superior autora do precedente, súmula ou tese afastada pelo tribunal intermediário. Para tanto, deve interpor recurso especial ou extraordinário (conforme o caso)⁵²⁰. Nessa situação, a vice-presidência da corte originária poderá (i) dar-lhe seguimento

⁵¹⁷ Entendemos que, embora o dispositivo só mencione a distinção e o reconhecimento da superação superior, ele é analogicamente extensível às demais técnicas de manejo dos precedentes.

⁵¹⁸ Reconhecendo o fenômeno: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 568-569.

⁵¹⁹ No âmbito do STJ (que pode desviar-se de precedentes do STF), há de se cogitar ainda o recurso de embargos de divergência, cabível quando o acórdão destoia do entendimento de outro órgão do tribunal, resultando na entrega da matéria a colegiado expandido (seção ou corte especial).

⁵²⁰ Descreve-se aqui apenas os caminhos mais comuns. Em face de alguns acórdãos, seria viável a interposição de recurso ordinário, por exemplo.

direto (art. 1.030, V, do CPC); (ii) negar-lhe seguimento, hipótese na qual será cabível agravo direto ao tribunal superior (art. 1030, §1º, do CPC); ou (iii) ordenar juízo de retratação, se considerar o desvio ilegítimo e afrontoso a precedente firmado em repercussão geral ou em rito de repetitivos (art. 1030, II, do CPC). Nesse último cenário, caso o colegiado desviante mantenha seu entendimento, o recurso excepcional seguirá para o correspondente tribunal superior (art. 1030, V, c, do CPC).

Quanto a eventual desvio realizado no STJ relativamente a precedente, súmula ou tese do STF, a parte prejudicada pode interpor recurso extraordinário, com caminho de admissibilidade similar ao acima descrito (art. 270, parágrafo único, do RISTJ).⁵²¹

Ou seja: por uma ou outra via, de forma geral, viabiliza-se ao menos a subida do processo ao tribunal superior autor do precedente desviado, para potencial supervisão. Aliás, a contrariedade do decisório recorrido às súmulas ou à jurisprudência dominante de STJ/STF é hipótese de presunção de relevância/repercussão geral, cf. art. 105, §3º, V, da CRFB, e art. 1.035, §3º, I, do CPC, respectivamente. Lá chegando, o recurso ainda poderá ser inadmitido por diversas razões – o que, muitas vezes, efetivamente acontece (inclusive por razões de jurisprudência defensiva), dando azo à oposição de novos recursos, conforme o caso. De toda forma, pelo menos em teoria existe possibilidade de revisão meritória superior. Assim, comparativamente ao visto no tópico anterior, conclui-se que o acesso recursal à corte autora pela parte que deseja atacar afastamento de precedente superior é mais facilitado do que o da parte que deseja reverter a aplicação de precedente superior (via superação ou outra técnica), especialmente quando envolvidas teses de repercussão geral ou de repetitivos.

Em simples palavras: o desvio, quando deveras cabível, mais facilmente gera diálogo e reexame pela corte autora, do que a observância. Isso por conta da peculiar sistemática eleita no art. 1.030 do CPC.

Noutro enfoque, para além da via recursal, em determinadas hipóteses a parte tem à sua disposição mecanismo especialíssimo, sem qualquer correspondência no sistema norte-americano: trata-se da reclamação, que importa acesso instantâneo ao tribunal autor. Concebida a partir de criação jurisprudencial do STF e cristalizada na

⁵²¹ Descreve-se aqui apenas os caminhos mais comuns. Em face de alguns acórdãos, seria viável a interposição de recurso ordinário ao STF, por exemplo.

CRFB, a ferramenta acabou regulamentada e ampliada no CPC⁵²². No que aqui importa, seu ajuizamento direto no tribunal autor é cabível em face de decisão que desafie a autoridade de súmula vinculante, precedente oriundo de controle concentrado de constitucionalidade⁵²³, IRDR ou IAC (art. 966, III e IV, do CPC)⁵²⁴.

Ademais, há cabimento em face de decisório desviante de precedente formado em repercussão geral ou sob o rito de repetitivos. Contudo, nessa hipótese, o ajuizamento no STF/STJ exige o prévio esgotamento das instâncias ordinárias (art. 966, §5º, I, do CPC). Aliás, esse tema tem sido objeto de divergência entre os dois tribunais superiores: o Supremo tem anuído com a letra da lei, afirmando o cabimento na hipótese de exaurimento recursal⁵²⁵, enquanto o STJ tem – equivocadamente, em nossa opinião – afirmado o descabimento, mesmo nessa hipótese⁵²⁶. Tal

⁵²² A respeito da evolução do instituto no ordenamento nacional: ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1057-1059.

⁵²³ A respeito da preocupante interpretação que tem sido conferida pelo STF relativamente às reclamações e os precedentes em controle concentrado, vide nota de rodapé nº 313 e adjacências, supra.

⁵²⁴ “É importante notar que, efetivamente, o CPC/2015 permite a veiculação da reclamação tanto nos casos de não aplicação como de aplicação indevida (§4º do art. 988)”. (MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 594).

⁵²⁵ “AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. FEITO PROPOSTO PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE DECISÃO DESTA SUPREMA CORTE PROFERIDA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ART. 988, § 5º, DO CPC/2015). NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS. UTILIZAÇÃO DA VIA RECLAMATÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido de que o cabimento da reclamação, quando tem por finalidade garantir a observância de entendimento proferido sob a sistemática de repercussão geral, exige o esgotamento da instância de origem, o que ocorre com o julgamento de agravo interno manejado contra decisão do Presidente ou Vice-Presidente que inadmitte o recurso extraordinário. III – Impossibilidade de utilização da reclamação como sucedâneo recursal. IV - Agravo regimental a que se nega provimento.” (BRASIL, STF, Agr-Rcl nº 47.262, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 24.09.2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757432878>. Acesso em 08.07.2022).

⁵²⁶ “PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO DO APELO NOBRE POR FUNDAMENTO EM REPETITIVO. DESCABIMENTO. 1. Com a ressalva do ponto de vista do relator em sentido contrário, já manifestado por ocasião do julgamento da Rcl 37.081/SP, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que não cabe reclamação para o exame da correta aplicação de precedente obrigatório formado em julgamento de recurso especial repetitivo à realidade do processo (Rcl n. 36.476/SP). 2. Mostra-se inadmissível a interposição do agravo do art. 1.042 do CPC/2015 contra negativa de seguimento a recurso especial com fundamento em julgado firmado em recurso extraordinário com repercussão geral e em recurso especial repetitivo. Inteligência do art. 1.030, § 2º, do CPC/2015. 3. Caso em que a pretensão da parte reclamante, no sentido de destrancar seu apelo nobre inadmitido pela Vice-Presidência do Tribunal local, em juízo de prelibação, por força do julgamento repetitivo referente ao Tema 975 do STJ, destoia da orientação desta Corte Superior, devendo ser mantida a decisão agravada. 4. Agravo interno desprovido. (BRASIL, STJ, AgInt na Rcl nº 42.618/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Seção, DJe 01.07.2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103851015&dt_publicacao=01/07/2022. Acesso em 08.07.2022).

incongruência já foi objeto de crítica doutrinária⁵²⁷, e o tema deverá ter novos desenvolvimentos nos próximos anos.

De um ou outro jeito, com ou sem revisão meritória pela corte autora, o decisório desviante de tese, súmula ou precedente pode vir a transitar em julgado. Nessa hipótese, a parte que se entender prejudicada ainda pode cogitar o ajuizamento de ação rescisória, com fundamento no art. 966, V, do CPC (violação manifesta de norma jurídica)⁵²⁸⁻⁵²⁹. Inclusive, é digna de nota a evolução dessa hipótese de cabimento relativamente ao CPC/1973, que se referia apenas à “literal disposição de lei”, embora já fosse alvo de interpretações mais ampliativas⁵³⁰.

Por fim, o decisório transitado em julgado que contenha desvio equivocado relativamente a espécie vinculante do STF que materializa pronunciamento de inconstitucionalidade (vigente anteriormente ao trânsito) ainda poderá ser objeto de impugnação ao cumprimento de sentença. Deveras, nos termos do art. 525, §12, do CPC, considera-se inexigível a obrigação reconhecida em título judicial lastreado em ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou “fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.”

⁵²⁷ ROSSI, Júlio César; REIS MUNDIM, Luis Gustavo. O “estado da arte” da reclamação no STF e no STJ: o gato de Schrödinger está vivo-morto? Revista Eletrônica de Direito Processual - Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, v. 22, n. 3, p. 523–540, 2021. Lucas Buri de Macêdo reconhece, mas critica a opção legislativa de uso da reclamação como mecanismo de controle sobre a aplicação de precedentes, afirmando que tal expediente ceifa a indispensável participação das instâncias ordinárias na interpretação e delimitação dos precedentes, importando autoritária e inoperacional concentração de poder e de processos nas instâncias superiores: MACÊDO, Lucas Buri de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 596-601.

⁵²⁸ “Assim, cabe rescisória quando há negação de norma dotada de efeito vinculante, cabe rescisória da violação do precedente. A rescisória, deste modo, tem fina ligação com o Código de Processo Civil, com a força vinculante do precedente.” (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Superação de precedentes: da necessária via judicial e o uso da reclamação para interpretar e superar precedentes. Londrina: Thoth, 2020, edição kindle, posição 6610). Concordamos com Juliana Bizarria quanto ao fato de que todas as espécies do art. 927 CPC (quando materialmente vigentes) importam normas jurídicas passíveis de defesa via rescisória: BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Ação rescisória e precedentes. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 218-221.

⁵²⁹ Também é cabível rescisória em face de acórdão transitado em julgado que aplicou equivocadamente o precedente (art. 966, §§ 5º e 6º, do CPC), e até contra a coisa julgada que contraria determinados precedentes constitucionais supervenientes ao trânsito (art. 525, §15, do CPC).

⁵³⁰ Como nota Juliana Bizarria, que também descreve os amplos debates a respeito da mudança na Comissão de Juristas formada para elaboração do CPC/2015: BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Ação rescisória e precedentes. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 175-194.

Ou seja: a depender do caso, a coisa julgada “desviante” poderá ser desconstituída (rescisória) ou neutralizada (impugnação ao cumprimento de sentença)⁵³¹.

Conclui-se, então, que o sistema brasileiro encampa diversos mecanismos de controle sobre o decisório que se desvia de fórmulas jurisprudenciais vinculantes: no curso do processo de conhecimento, pode-se lançar mão de recursos (incluindo embargos de declaração) e reclamação; e, após o trânsito em julgado, de ação rescisória e impugnação ao cumprimento de sentença. Contudo, a disponibilidade de cada um desses instrumentos varia de acordo com a espécie superior “desviada”:

	Recursos / EDs	Reclamação	Rescisória	Impug. Cump.
Controle concentrado	x	x	x	x (se encampar declaração de inconstitucionalidade)
Súmula vinculante	x	x	x	x (se encampar declaração de inconstitucionalidade)
Repercussão geral / Repetitivo	x	x (pós exaurimento recursal)	x	x (se encampar declaração de inconstitucionalidade pelo STF)
IRDR / IAC	x	x	x	
Súmula convencional	x		x	x (se encampar declaração de inconstitucionalidade pelo STF)

Figura 2 Meios de controle dos desvios de precedentes no Brasil. Fonte: autoria própria.

Noutro enfoque, pertinente breve comparação entre os dois sistemas no que tange aos custos e riscos financeiros da litigância judicial. Esse é apenas um dos aspectos que influencia as tomadas de decisões dos sujeitos, mas sua relevância é

⁵³¹ A respeito da diferença: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ação Rescisória: do juízo rescindendo ao juízo rescisório. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021., p. 56-57. Os autores defendem o cabimento da impugnação também em face de desvio de precedente federal do STJ, com base em interpretação sistemática do CPC.

inegável: a quais ônus a parte se arrisca ao optar pelo uso dos mencionados mecanismos de controle?⁵³²⁻⁵³³

Nos Estados Unidos, de forma geral, o protocolo de recursos entre (e algumas vezes intra) tribunais pressupõe o pagamento de “fees” (custas), dispensadas caso a parte atue *in forma pauperis*, mediante comprovação de pobreza em sentido legal⁵³⁴. Mais relevante é notar, conforme prenunciado, que praticamente não existe direito à advocacia pública em causas cíveis (não criminais)⁵³⁵, e que os preços do patrocínio particular são sabidamente elevados, em geral com pagamento por hora⁵³⁶. Os preços são ainda mais elevados para atuação na *Supreme Court*, que demanda inscrição especializada, com procedimento rigoroso⁵³⁷. Ademais, a regra é que cada parte suporte seus honorários, independentemente de quem vencer. Apenas em hipóteses excepcionais listadas em lei impõe-se o “*fee-shifting*” – gerando obrigação ressarcitória de verba advocatícia “razoável” à parte vencedora⁵³⁸. Trata-se de “incentivos” do legislador para o ajuizamento de certas demandas socialmente relevantes (como aquelas que envolvem direitos civis, por exemplo)⁵³⁹.

De outro modo, os tribunais estadunidenses têm a prerrogativa de impor sanções pela litigância protelatória ou de má-fé, tanto à parte, quanto a seu advogado (cenário mais comum), principalmente em face dos chamados “*frivolous appeals*” (algo como “recursos fúteis”, em 2º grau ou na *Supreme Court*)⁵⁴⁰. Tais penalidades

⁵³² “O sistema que premeie o infrator não tem qualquer possibilidade de equilíbrio. Há que encontrar contrapesos que tornem a chicana, o processualismo, o abuso e a ilicitude não-convidativos, em termos patrimoniais.” (CORDEIRO, Antonio Menezes. Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa "In Agendo". 3 ed. Coimbra: Almedina, 2014, edição kindle, posições 332-341).

⁵³³ Por óbvio, as ferramentas inibitórias a seguir comentadas ganham mais relevo na situação avessa à ora enfocada: isto é, na hipótese de o tribunal intermediário aplicar precedente vinculante e a parte insatisfeita apresentar medidas que buscam a reversão, vindicando a aplicação de técnica de desvio. De toda forma, não deixa de ser pertinente a compreensão desse contexto geral, pois, por vezes, o resultado mais natural pode ser o desvio, e não a aplicação.

⁵³⁴ Cf. regulamentação na *Rule 24* das *Federal Rules of Appellate Procedure*.

⁵³⁵ RITCHEY, Joan Grace. Limits of Justice: The United States' failure to recognize a right to counsel in civil litigation. *Washington University Law Quarterly*. v. 79, 2001, p. 317.

⁵³⁶ Contudo, há de se reconhecer a existência de diversos programas de assistência judiciária cível, incluindo financiamento governamental e privado, além de iniciativas *pro bono*. A respeito: ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 115-164.

⁵³⁷ Cf formulário disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/bar/UpdatedAdmissionInstructions.pdf>>. Acesso em 08.07.2022.

⁵³⁸ Acerca da regra geral, das exceções legais, e de outros mecanismos de compensação pelo risco na litigância: CARROLL, Maureen S. Fee-Shifting Statutes and Compensation for Risk. *Indiana Law Journal*, v. 95, n. 4, p. 1021–1074, 2020.

⁵³⁹ *Ibid.*, p. 1022.

⁵⁴⁰ RICHMOND, Douglas R. Appellate Sanctions Against Lawyers. *Baylor Law Review*, v. 73:3, p. 562–595, 2021, p. 566-567.

podem tomar a forma de ônus sucumbenciais, mas também de outras imposições monetárias, incluindo indenizações à parte prejudicada pela demora⁵⁴¹. Se, por um lado, a apresentação de peças que ignoram precedentes desponta como fator relevante para imposição de penalidades, os esforços pela boa utilização das técnicas de manejo (incluindo distinção, superação *etc.*) são reconhecidos pelas cortes como elementos afastadores de semelhantes sanções⁵⁴².

No Brasil, de forma geral, a reclamação e os recursos entre (e não intra) tribunais exigem pagamento de custas. Para além delas, o ajuizamento de rescisória demanda também o depósito de 5% do valor da causa, conversível em multa na hipótese de inadmissão ou improcedência unânime (art. 968, II, do CPC). Já a impugnação ao cumprimento de sentença, como instrumento de defesa, não se submete a qualquer taxa judiciária. Todos os recolhimentos são dispensados na hipótese de concessão de justiça gratuita (art. 98 do CPC).

De outra parte, um dos aspectos que mais difere a prática brasileira da norte-americana é o acesso universal à defesa técnica, considerando (i) o direito à defensoria pública e gratuita, inclusive nas causas cíveis (não criminais), cf. art. 5º, LXXIV, da CRFB ; (ii) a existência de entidades de assistência judiciária e de muitos escritórios de advocacia particulares que operam a preços baixos, ou mesmo sem cobrança (em vista da possibilidade de obtenção de honorários sucumbenciais); e (iii) o envolvimento de grandes “litigantes habituais”, incluindo entidades estatais, na maior parte das causas, que dispõem de patrocínio garantido⁵⁴³.

Em contrapartida, visando coibir a litigância injustificada, o ordenamento nacional prevê: (i) ônus sucumbenciais a serem suportados pela parte vencida, majorados em sede recursal (art. 85, §11, do CPC); e ii) responsabilização do litigante de má-fé por danos processuais, inclusive em hipótese de manejo de recurso ou de outra medida protelatória (arts. 79 a 81 do CPC), havendo multas específicas por agravos internos e embargos de declaração manifestamente inadmissíveis ou

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 565.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 576-577.

⁵⁴³ Num total de 100 milhões de demandas, em 95 milhões se fazem presentes apenas 15 litigantes habituais. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. *Revista de Processo – Revista dos Tribunais*, v. 259, p. 307-329, 2016, p. 316).

improcedentes (arts. 1.021, §4º, e 1.026, §§ 2º e 3º), imponíveis, com ajustes, até aos beneficiários de justiça gratuita (art. 98, §4º, do CPC)⁵⁴⁴.

Ao exposto, conclui-se que ambos os sistemas analisados possuem mecanismos de controle em face dos desvios de precedentes. Enquanto nos EUA se trata basicamente da via recursal, no Brasil se adiciona a ela um leque de instrumentos especializados, cogitáveis a depender do caso. Assim, o ordenamento nacional revela superior preocupação com os ditos desvios, impugnáveis por mais mecanismos que os disponíveis diante do descumprimento decisório da própria lei positiva⁵⁴⁵. Esse panorama reflete o fato de que, entre nós, a lida com os precedentes formalmente obrigatórios é relativamente mais recente e legalmente imposta. Buscou-se, então, ferramentas de caráter impositivo e pedagógico⁵⁴⁶.

Outrossim, de diferentes maneiras, tanto o modelo norte-americano quanto o brasileiro encampam estruturas de desestímulo financeiro à litigância injustificada, visando que os mecanismos revisórios só sejam intentados quando houver contra-argumentos consistentes. Tal desiderato possivelmente tem sido mais bem sucedido nos Estados Unidos, considerando, por exemplo, as altas taxas de conciliação e o número relativamente baixo de apelos, especialmente em vista da imensidão populacional: como visto, em média, apenas 7.000 a 8.000 pedidos de *certiorari* aportam na *Supreme Court* a cada ano⁵⁴⁷; enquanto 46.240 recursos/agravos extraordinários “líquidos” chegaram ao STF em 2021⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Aliás, os princípios da boa-fé e da cooperação entre os sujeitos processuais são consagrados nos arts. 5º e 6º do CPC.

⁵⁴⁵ Lucas Buri de Macêdo critica esse panorama: “Realmente, parece que faltou à previsão normativa do CPC/2015 um tanto de teoria dos precedentes. Como é observado no direito estadunidense e no direito inglês, a aplicação do precedente fixado não ganha qualquer meio diferenciado para forçar o seu respeito. O meio adequado para forçar sua observância, ou mesmo para adequar sua aplicação, é o recurso.” (MACÊDO, Lucas Buri de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 596).

⁵⁴⁶ Nesse sentido, relativamente à reclamação: FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Superação de precedentes: da necessária via judicial e o uso da reclamação para interpretar e superar precedentes. Londrina: Thoth, 2020, edição kindle, posição 7083.

⁵⁴⁷ Cf: Supreme Court of The United States, FAQs – General Information. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx. Acesso em 22.06.2022.

⁵⁴⁸ Trata-se do total de recursos protocolados menos os processos (i) reatuados, (ii) retificados, (iii) em que houve o cancelamento da distribuição e (iv) devolvidos por impossibilidade de processamento. Dados cf: STF, Relatório de atividades do Supremo Tribunal Federal - 2021. Brasília, 2022. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/3775>>. Acesso em: 22.06.2022.

O atingimento desse quadro nos EUA é creditável a diversos aspectos jurídicos, sociais e culturais⁵⁴⁹, mas também envolve algumas opções controversas, como a dificuldade de acesso ao judiciário por parte da população de baixa renda, problematizada pela própria doutrina estadunidense⁵⁵⁰.

Enfim, no que releva a este trabalho, o mais importante é ratificar que ambos os sistemas, e, mais intensamente, o brasileiro, disponibilizam vias para impugnação do desvio de precedentes, a serem empregadas primordialmente quando houver fundada controvérsia, diante dos institutos inibitórios do seu uso temerário. Ao mesmo tempo que tais caminhos coíbem a preterição injustificada do direito jurisprudencial, eles permitem que boas aplicações das técnicas de afastamento funcionem como catalizadoras de diálogos entre os julgadores subordinados e as cortes autoras, motivados e penetrados pela argumentação das partes. A indispensabilidade dessa comunicação⁵⁵¹ faz parte do ponto focal do presente estudo, e será retomada adiante.

⁵⁴⁹ A doutrina brasileira levanta importantes pontos que contribuem para a discrepância entre o cenário no STF/STJ e na *Supreme Court*: “Embora seja um fenômeno mundial, o crescimento sem parâmetros do número de recursos dirigidos para os tribunais de cúpula tem, no Brasil, algumas agravantes dignas de nota. Em primeiro lugar, como já registramos no item 3.2, importamos pela metade o federalismo norte-americano. Como a fonte de onde emana a maior parte do direito positivo nacional é única, ao passo que há multiplicidade de tribunais independentes entre si autorizados a aplicá-lo, é evidente que esse aspecto gera um número mais elevado de casos suscetíveis de uniformização do que seria gerado caso competisse aos Estados legislar sobre direito civil, comercial, penal e processual. Em segundo lugar, pagamos o preço de ter uma Constituição analítica, que se imiscui em diversos assuntos que teoricamente não constituem matéria de sua alçada. Esse fato, porém, é justificável, dada a nossa história recente de desrespeito aos direitos fundamentais. Era necessário estabelecer uma cultura democrática, o que foi feito mediante o acréscimo, no texto constitucional, de questões que poderiam perfeitamente ser retratadas em leis ordinárias ou complementares. De resto, entre os fatores da lentidão alinhados por José Rogério Cruz e Tucci, diversos dizem respeito diretamente ao nosso STF, merecendo citação, neste capítulo, o exemplo de fatores institucionais: em nosso país, presume-se a solução de reiteradas e profundas crises econômicas mediante a edição de legislação intervencionista e emergencial de última hora – quase sempre em antinomia ao *ius positum* –, fator que, via de regra, gera uma proliferação generalizada de demandas entre particulares e entre estes e o Estado”. Deveras, no âmbito deste trabalho, são dignos ao menos de registro os fatores de ordem técnica e subjetiva e os derivados da insuficiência material (...). (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, edição kindle, posições 15201-15213).

⁵⁵⁰ A respeito: LITAN, R E. *Speeding Up Civil Justice*. *Judicature*, v. 73:3, p. 162–167, 1989. Segundo Ugo Mattei e Laura Nader, uma das diretivas da “dinâmica de americanização” jurídica é a prevalência do ideal de eficiência, em detrimento do de justiça social: MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 167.

⁵⁵¹ Notando os desvios de precedentes pelos órgãos subordinados como possíveis catalizadores do movimento de renovação da jurisprudência: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. In: *Temas de direito Processual - Nona série*. São Paulo: Saraiva, p. 299–314, 2007, p. 310-311.

2.8 Princípios/objetivos servidos pelos sistemas de precedentes e aspectos institucionais/culturais intervenientes

Após a investigação de alguns aspectos que permitem vislumbrar e comparar os sistemas de precedentes estadunidense e brasileiro; cumpre finalizar esta seção com breve incursão nos princípios e objetivos servidos por eles.

A matéria pode parecer excessivamente teórica, mas contribui para a análise crítica em torno da introdução de quaisquer “novidades” nos modelos analisados. Deveras, importa examinar em que medida qualquer técnica sugerida favorece ou compromete a consecução dos propósitos sistêmicos.

Conforme visto, o *stare decisis* é incrustado no DNA dos Estados Unidos, de modo que os valores por ele servidos constituem preocupações “secundárias”, estudadas *a posteriori*. Já no Brasil, em que o direito jurisprudencial obrigatório foi implantado progressivamente, por imposição legal, a temática tem sido objeto de debates prévios, com enfoque nos méritos de cada reforma legislativa⁵⁵², culminando na elaboração do CPC/2015. Deveras, a Exposição de Motivos do novo diploma ressalta justamente os princípios e objetivos perseguidos pelas suas regras⁵⁵³.

Apesar disso, análises das doutrinas dos dois países sugerem que os propósitos subjacentes aos sistemas jurisprudenciais estadunidense e brasileiro são

⁵⁵² Já avaliando criticamente cada uma das reformas ocorridas até então, bem como as possíveis reformas futuras: *Ibid.*, p. 299-314.

⁵⁵³ “Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima alistados. 1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. (...). O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas (...). Proporcionar legislativamente melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais brasileiros acerca de teses jurídicas é concretizar, na vida da sociedade brasileira, o princípio constitucional da isonomia. Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. (...)” (Código de processo civil e normas correlatas. – 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 26-29. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>, Acesso em 03.07.2022.

basicamente os mesmos. As diferenças concentram-se nos variados enfoques, métodos de introdução, fórmulas de consecução e fatores institucionais/culturais que interferem no seu desempenho prático.

Para fins de simplificação, válido aludir então a três grandes princípios e objetivos “guarda-chuvas,” capazes de englobar diversos outros subprincípios e subobjetivos, servidos pelos sistemas de precedentes norte-americano e brasileiro (e por quaisquer outros)⁵⁵⁴. Trata-se de: (i) segurança jurídica; (ii) isonomia; e (iii) eficiência judiciária⁵⁵⁵.

A segurança jurídica é um grande valor perseguido pelo *stare decisis*: se há pronunciamento jurisprudencial vinculante a respeito de determinada matéria, os cidadãos já sabem como ela será resolvida em seus eventuais casos concretos, podendo planejar e pautar suas condutas com tranquilidade. Gera-se cognoscibilidade, estabilidade para o passado e previsibilidade para o futuro⁵⁵⁶. As doutrinas estadunidense e brasileira são unânimes no reconhecimento desse relevantíssimo princípio e objetivo sistêmico, bem como dos subprincípios relacionados, como a proteção da confiança e a boa-fé⁵⁵⁷.

No Brasil, a segurança jurídica tem *status* constitucional (art. 5º, *caput*, da CRFB) e é impregnada nas normas no CPC, com destaque para o art. 926, que impõe aos tribunais deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência⁵⁵⁸; e para o art. 927, §§ 3º e 4º, que exige atenção a esse princípio no manejo das espécies vinculantes, especialmente na sua superação.

Por sua vez, a isonomia também é um grande objetivo servido pelos sistemas de precedentes⁵⁵⁹: através deles, viabiliza-se que controvérsias materialmente

⁵⁵⁴ Reconhecendo o peso dado aos valores segurança, isonomia, previsibilidade e justiça como fator que aproxima os sistemas de *civil law* e *common law*: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema Brasileiro de Precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 215.

⁵⁵⁵ Reconhecendo a centralidade desses fatores: DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 35.

⁵⁵⁶ Reconhecendo os três aspectos: MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 311-316.

⁵⁵⁷ Por exemplo: EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, edição kindle, posições 1101-1103; MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 92-107.

⁵⁵⁸ “Note-se que, embora seja possível individualizar vários deveres – dever de uniformização, dever de estabilidade, dever de integridade e dever de coerência – é possível falar que esse dispositivo densifica um dever geral do Estado, sobretudo o Estado-juiz, de garantir segurança jurídica.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 353).

⁵⁵⁹ A respeito: DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedent. New York: Cambridge University Press, e-book, 2008, p. 170-171.

idênticas sejam resolvidas sempre da mesma maneira, independentemente de subjetivismos do julgador e das partes envolvidas. Trata-se do ideal consubstanciado no adágio americano “*treat like cases alike*” (algo como “trate casos iguais de modo igual”), materialização da equidade no tratamento jurisdicional⁵⁶⁰. O princípio ganha destaque na Constituição brasileira (art. 5º, caput, da CRFB); e no próprio CPC (art. 7º, arts. 926 e 927, *caput* e §4º).

Por fim, ressalta-se a eficiência judiciária como grande valor atendido pelos sistemas de precedentes: ao menos em teoria, a existência de pronunciamento jurisprudencial vinculante (i) desestimula a litigância sobre a mesma matéria (impedindo o início de processos e incentivando acordos)⁵⁶¹; e (ii) propicia provimentos mais simples e rápidos para as demandas que tratam do tema (facilitando o andamento e o encerramento dos processos em curso), em estreita ligação com o princípio da duração razoável do processo⁵⁶². Como resultado, o judiciário pode destinar mais tempo e recursos à resolução de questões ainda não pacificadas.

Embora os ideais de eficiência, economicidade e celeridade também sejam exaltados nos EUA⁵⁶³, é no Brasil que eles têm recebido maior enfoque: alguns têm apontado, em tom crítico, que o grande objetivo das reformas legislativas nacionais foi remediar o contexto nacional de “afogamento” dos tribunais pelas demandas massificadas e repetitivas⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, edição kindle, posição 1000.

⁵⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 130-132.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 134-135.

⁵⁶³ “Equality before law, security under law, and legal certainty or predictability, can all be interpreted as matters of intrinsic rightness, even as fundamental rights. But it is important to remember that they have also an instrumental aspect. In the present work, the authors of Chapters 11 and 12, on the USA (New York) and the European Community respectively, draw particular attention to the instrumental value of strong respect for precedent. But the arguments they put have clearly a quite general relevance. Whatever may be the problem-specific individual policies towards which given decisions are instrumentally effective, the practice of respecting precedents once they have been laid down include at least the following: 1 efficiency in the sense of economy of judicial effort - the same point should not be too often re-argued; 2 efficiency in the interest of private parties, who can more reliably reach out-of-court settlements of points in dispute if they regard the law as clearly decided and unlikely to be upset; and 3 avoidance of pointless litigation, if a lower court decides against the standing jurisprudence of courts higher in the same hierarchy of jurisdiction, and is time and again reversed on appeal. Rule-utilitarian considerations of this kind have very great importance as rationales for the practice of precedent, and have to be considered alongside deontological interpretations of legal certainty and security. (BANKOWSKI, Zenon et al. *Rationales for precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 481-501, 1997, p. 490).

⁵⁶⁴ Veja-se, por exemplo: ABELHA, Marcelo. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores demandas repetitivas? *Angústias e desconfianças*. *Revista de Processo*, v. 259, p. 307–329, 2016.

Deveras, a eficiência e a duração razoável do processo são valores constitucionais altamente refletidos no nosso ordenamento processual, tanto em normas programáticas (arts. 4º, 6º, 8º, do CPC); quanto em regras específicas atreladas à funcionalidade do sistema de precedentes. Exemplos dessa última espécie são os diversos mecanismos de sumarização procedimental fundamentados em espécies vinculantes (improcedência liminar, tutela de evidência, dispensa de reexame necessário, permissão para decisão monocrática, filtro de admissibilidade recursal etc.). Não há dúvidas de que a inserção desses mecanismos no sistema pátrio reflete preocupação legislativa com a ineficiência judiciária e processual, o que – a despeito de algumas controversas opções – parece totalmente legítimo, considerando a notória insatisfação dos jurisdicionados com o serviço-justiça, principalmente com sua demora.⁵⁶⁵ Isso, aliás, não é exclusividade do Brasil: nos EUA há reclamações semelhantes⁵⁶⁶.

Contudo, deve-se reconhecer que os demais princípios encampados na CRFB e no CPC, em especial a segurança jurídica e a isonomia, são igualmente ou mais relevantes. O programa processual enfoca todos eles como objetivos almejados pelo sistema de precedentes, altamente conectados entre si⁵⁶⁷. Portanto, nenhum deve ser preterido em busca de avanços meramente numéricos.

Noutro enfoque, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos se reconhece a existência de valores importantes ao processo justo e democrático que por vezes conflitam com os objetivos centrais do *stare decisis*, desafiando os méritos da completa estabilidade e equidade decisórias⁵⁶⁸. Trata-se sobretudo de considerações de justiça no caso concreto e de adaptação/desenvolvimento do direito⁵⁶⁹. Por exemplo, após a fixação de um entendimento pelo tribunal superior, o juiz pode

⁵⁶⁵ Pesquisa de opinião conduzida por AMB, FGV e IPESPE revelou que 93% da Sociedade considera a justiça lenta, dentre outros pontos de insatisfação: AMB, FGV, IPESPE. Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro: Sumário Executivo. Coord. Antônio Lavareda, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf>. Acesso em 11.07.2022.

⁵⁶⁶ KLUGER, Jeffrey. Why Is the Court System So Slow? Time, 30.06.2016. Disponível em: <<https://time.com/4389196/why-is-the-court-system-so-slow/>>. Acesso em 11.07.2022.

⁵⁶⁷ Todos eles são enfocados na Exposição de Motivos do CPC/2015.

⁵⁶⁸ Demonstrando que o modelo de precedentes vinculantes é superior ao de precedentes persuasivos no que tange ao atingimento de segurança e isonomia, mas reconhecendo os eventuais conflitos desses princípios com outros valores relacionados à justiça nos casos concretos: LEWIS, Sebastian. Precedent and the Rule of Law. Oxford Journal of Legal Studies, v. 41, n. 4, p. 873–898, 2021, p. 895-898.

⁵⁶⁹ Reconhecendo essas tensões, especialmente nos contextos em que se cogita o anticipatory overruling: KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. Fordham Law Review, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 74-84.

deparar-se com um processo que reclama a aplicação do precedente, mas em que tal observância trará resultados práticos indesejáveis ou claramente injustos⁵⁷⁰.

De forma geral, os sistemas de precedentes obrigatórios realmente privilegiam os valores da segurança, da isonomia e da eficiência, em detrimento de exigências de justiça e de desenvolvimento jurídico: "*It is usually more important that a rule of law be settled, than that it be settled right.*" (algo como "geralmente é mais importante que a regra de direito esteja pacificada do que que seja decida de maneira correta")⁵⁷¹. No entanto, legitimam-se técnicas que fornecem algumas "janelas" de conciliação entre esses princípios aparentemente conflitantes, viabilizando sua convivência sistêmica. Exemplos disso são as oportunidades de superação pelo órgão autor, já tratadas, e outras ferramentas de manejo pelas instâncias inferiores, que ainda serão abordadas.

Por fim, importa questionar se as diferenças institucionais e culturais entre os contextos estadunidense e brasileiro são capazes de obstaculizar a consecução dos valores inerentes ao *stare decisis*, e a própria funcionalidade dos respectivos sistemas, incluindo as técnicas de manejo de precedentes. A matéria é relevante porque se trata de apontamento corriqueiro na doutrina nacional: argui-se que, na ausência de uma "tradição de precedentes", de pessoal e de instituições preparados para seu uso, a proposta do CPC/2015 seria fadada ao fracasso⁵⁷².

Impossível pretender abordar aqui todos os fatores culturais e institucionais que envolvem e caracterizam os dois sistemas em lume. Contudo, essa temática foi deixada por último propositalmente: acredita-se que, nos tópicos anteriores, ao abordar-se aspectos específicos dos modelos estadunidense e brasileiro, foi possível perpassar algumas semelhanças e diferenças relevantes, dentre as tantas existentes.

Viu-se, por exemplo, que em ambos há reclamações doutrinárias em torno da alta litigiosidade, das mutações jurisprudenciais infundadas e furtivas, e da existência

⁵⁷⁰ "É um custo da segurança fornecida pelos precedentes judiciais obrigatórios, que, em alguns casos, o julgador venha a decidir contrariamente ao que pensa ser a solução mais justa e adequada. Em outras palavras: a vinculação aos precedentes pode ensejar, em certos casos, decisões sub-optimais." (MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 129).

⁵⁷¹ Fala atribuída a Louis Brandeis, Ministro da Suprema Corte Americana de 1916 a 1939, que se tornou um popular adágio para tratamento desse tema. (PARKES, Debra. *Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada*. *Manitoba Law Journal*, p. 135–162, 2007, p. 136).

⁵⁷² Descrevendo esses fatores como potenciais causadores de um silencioso colapso: NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 379.

de precedentes obsoletos, sendo tais fatores enfrentados de distintas maneiras em cada um dos países. Por outro lado, há disparidades que poderiam conferir aos respectivos sistemas potenciais vantagens na operacionalização do direito jurisprudencial: quanto aos EUA, viável aludir ao ensino jurídico focado na prática casuística, aclimatando os operadores do direito à análise dos precedentes desde o princípio⁵⁷³; e à técnica decisória centrada na opinião da maioria, facilitando a extração da *ratio*. Quanto ao Brasil, destacam-se as exigências e práticas de fundamentação (ainda que mínimas) e de publicização de todos os decisórios judiciais, o que lhes submete a crivo geral inclusive quanto ao tratamento dos precedentes – cenário impensável nos Estados Unidos, em que boa parcela das decisões não é fundamentada e nem formalmente publicada, conforme visto.

Em verdade, muitos aspectos diferenciadores dos dois sistemas não representam propriamente vantagens ou desvantagens. Trata-se de caracteres relacionados a cada um dos contextos históricos, sociais e jurídicos. De toda forma, a princípio seria possível apontar virtudes e desafios em ambos os modelos, tomando por parâmetro os principais objetivos servidos pelo *stare decisis*.

Estabelecida, portanto, a premissa de ausência de superioridade ou inferioridade geral de um ou outro sistema. Dito isso, cumpre retomar a corriqueira crítica de que no Brasil não há “cultura de precedentes”, com foco no apontamento de que os operadores do direito nacionais não conhecem, não respeitam e não instrumentalizam corretamente o direito jurisprudencial vinculante, principalmente porque sua introdução foi obra de leis, e não de costumes⁵⁷⁴. Dentre outros, faltaria aqui a tecnicidade e a indispensável “cultura argumentativa”. Aponta-se tanto que os sujeitos processuais ignoram os precedentes, quanto que os aplicam de modo absoluto e mecanizado: dois extremos indesejados. Há, inclusive, pesquisas empíricas com resultados preocupantes a respeito⁵⁷⁵.

⁵⁷³ COLE, Charles. The reality of binding precedent in America. *NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 137–154, 2005, p. 151-153.

⁵⁷⁴ Válido conferir os relevantes apontamentos de: ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*: São Paulo: RT, 2012, p. 526-527; CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Sistema de precedentes brasileiro: compreensão crítica a partir da tradição inglesa e norte-americana. *Prisma Jurídico*, v. 17, n.1, p. 83–116, 2018.

⁵⁷⁵ Aponte-se, por exemplo: (i) pesquisa empírica conduzida pela UFMG junto ao CNJ, que constatou, dentre vários problemas, falta de responsividade e de plena motivação tanto na formação quanto na aplicação de precedentes repetitivos (A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação

Quanto ao ponto, importa salientar que a lei é instrumento legítimo de transformação de certas práticas dos operadores do direito, especialmente quando contrárias a valores jurídicos e socialmente indispensáveis⁵⁷⁶. Por óbvio, se trata apenas de um primeiro passo, mas o próprio CPC contém diversos mecanismos pedagógicos que visam à adaptação dos sujeitos processuais ao sistema de precedentes brasileiro, a exemplo das diretivas de deliberação e fundamentação e dos instrumentos de controle⁵⁷⁷. Ademais, por iniciativas das universidades, dos doutrinadores, dos tribunais, e de outros membros da comunidade jurídica, a matéria tem sido cada vez mais debatida.

Já se verificam, entre nós, arraçados e decisórios que fazem bom uso dos precedentes (alguns dos quais serão comentados neste trabalho), embora certamente não se trate da maioria. Ademais, a tendência é que a nova geração que chegará às cortes brasileiras já seja um pouco mais aclimatada à matéria e às propostas do Novo Código. Para otimização desse cenário, adquire enorme relevância a formatação do ensino jurídico brasileiro⁵⁷⁸.

Apesar disso, cumpre esclarecer que as censuras ao mau uso dos precedentes, novamente, não são exclusividade do Brasil: mesmo nos Estados Unidos, “berços” da prática, a doutrina local tem criticado o tratamento conferido pelos julgadores ao *case law*, tanto na sua formação e revogação (por vezes arbitrária ou furtiva)⁵⁷⁹ quanto na sua aplicação (por vezes mecanizada ou dissimulada)⁵⁸⁰. Aponta-se que os tribunais por vezes empregam técnicas equivocadas, com fundamentação

prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>, acesso em 10.07.2022, p. 146); e (ii) pesquisa de opinião conduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) que concluiu que a maioria dos juizes brasileiros de 1ª e 2ª instâncias entende que o julgador “deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes”, o qual “afeta a sua independência interpretativa” (Associação dos Magistrados Brasileiros. Quem somos, a Magistratura que queremos. Vianna, Luiz Werneck (Coord). Rio de Janeiro, 2018, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>, acesso em 10.07.2022, p. 111-113).

⁵⁷⁶ Nesse sentido: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 138-139; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 197.

⁵⁷⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Precedentes no Brasil e cultura - Um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho*. *Revista de Processo*, v. 243, p. 1–21, 2015, p. 13.

⁵⁷⁹ Por exemplo: GENTITHES, Michael. *Janus-Faced Judging: How the Supreme Court is Radically Weakening Stare Decisis*. *William & Mary Law Review*, v. 62: 083, p. 83–142, 2020.

⁵⁸⁰ Confira-se: DEVINS, Neal; KLEIN, David. *The vanishing common law judge? The University of Pennsylvania Law Review*, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017.

deficiente⁵⁸¹. Similarmente ao que se passa no Brasil, há pesquisas empíricas denunciando tais mazelas⁵⁸². Inviável, assim, posicionar os EUA ou qualquer outra nação como “*standards*” de cultura e técnica jurídicas, a despeito do que alguns têm sugerido.

Portanto, sem intenção de adotar perspectiva ingênua ou excessivamente otimista, se reconhece que os problemas institucionais e culturais brasileiros existem, assim como nos Estados Unidos e em todos os países que se propõem ao uso sistematizado do direito jurisprudencial, cada qual com suas peculiaridades e necessidades. Não se trata, contudo, de obstáculos implacáveis ao desenvolvimento do sistema de precedentes, a ser cada vez mais perseguido, em busca da consecução dos objetivos servidos pelo *stare decisis* (principalmente segurança jurídica, isonomia e eficiência judiciária – todos de *status* constitucional); sem perder de vista os meios de conciliação com outros postulados relevantes, como o desenvolvimento do direito.

Enfim, a alegada “ausência de cultura de precedentes” não importa entrave, e sim justificativa para o estudo e a implantação (legislativa, doutrinária ou jurisprudencial) de instrumentos e técnicas voltadas ao manejo racional dos precedentes. Trata-se de valiosos esforços para combater os problemas do panorama vigente, e para alinhá-lo aos valores cultivados pelo ordenamento e alcançados pelas boas práticas de direito jurisprudencial⁵⁸³..

O caminho a ser percorrido no sistema brasileiro ainda é longo, e já tem sido permeado de erros e acertos, mas pequenos avanços não são impraticáveis.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ “Sometimes judges say they are following a precedent, yet disregard the holding and follow only dicta because the judges misclassify dicta as holding. Sometimes judges say they are following a precedent, yet misconstrue the holding of the precedent and decide the case at hand inconsistently with what the precedent stands for. Sometimes judges say they are following a precedent when the precedent is really distinguishable. Sometimes a judge will radically reformulate the rule of a line of precedent, effectively overturning the rule yet still say he or she is following precedent.” (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 401-402).

⁵⁸² DEVINS, Neal; KLEIN, David. The vanishing common law judge? The University of Pennsylvania Law Review, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017, p. 595; p. 607-619.

⁵⁸³ Em sentido semelhante: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.198.

⁵⁸⁴ “Os desafios são muitos. É preciso coragem e preparo para seguir em frente sem perder as conquistas do passado. Se a cultura sempre moldou o processo, é hora de o processo remodelar a cultura”. (WOLKART, Erik Navarro. Precedentes no Brasil e cultura - Um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. Revista de Processo, v. 243, p. 1–21, 2015, p. 13).

2.9 Conclusão parcial

Ao longo deste capítulo foram abordadas diversas características dos sistemas de precedentes estadunidense e brasileiro, lançando as bases necessárias para a avaliação crítica do transplante de institutos e técnicas norte-americanas ao contexto nacional.

Tanto nos EUA quanto no Brasil o direito jurisprudencial vinculante é hoje profundamente intrincado no processo civil, servindo a grandes objetivos comuns. Contudo, há inúmeras semelhanças e diferenças em termos de estruturas, opções, virtudes e desafios, entrelaçadas ao contexto evolutivo de cada país, sem que haja superioridade de um modelo relativamente ao outro.

Viu-se que muitos dos conceitos e institutos empregados na doutrina e nos tribunais norte-americanos têm pertinência e já foram apropriados e “traduzidos” à brasileira, a exemplo das definições de *holding*, *dicta*, *overruling* e *prospective overruling*. Isso é perfeitamente natural, considerando que a ampla teorização e “testagem” desses construtos ocorreu nos EUA muito antes de no Brasil. No entanto, há de se reiterar a todo instante que a enxertia nas molduras pátrias pode reclamar (e já tem reclamado) sérias adaptações, em vista de especificidades como a dualidade das cortes de vértice, os procedimentos objetivos de produção de súmulas e teses, o filtro de admissibilidade recursal, e tantas outras abordadas ao longo deste capítulo.

É válida, enfim, a avaliação da pertinência de qualquer invento estrangeiro que possa contribuir para o aperfeiçoamento do modelo jurisprudencial local, desde que consideradas suas peculiaridades e examinadas as adaptações necessárias. Com isso, aproveita-se o que for positivo, rejeita-se o que for impertinente, e transforma-se o que for necessário. Contribui-se, assim, para a formação de sistema processual e de precedentes com influências diversas, mas com racionalidade e características próprias: algo, portanto, autenticamente brasileiro.

3 TÉCNICAS ESTADUNIDENSES DE MANEJO DE PRECEDENTES SUPERIORES JÁ IMPLEMENTADAS NO BRASIL

Traçado o panorama necessário, é chegado o momento de analisar os mecanismos norte-americanos de manejo dos precedentes superiores mais amplamente implementados no Brasil. Após contextualização acerca da relevância

geral dessas técnicas, o trabalho prosseguirá com a abordagem de cada uma delas, expondo sua concepção nos Estados Unidos, a existência e a pertinência de eventuais “traduções à brasileira” e, principalmente, exemplos de aplicação pelos tribunais norte-americanos e nacionais.

Com isso, será possível vislumbrar a instrumentária já disponível às partes e aos julgadores, fora do terreno do *anticipatory overruling* – que constitui, ainda, a ferramenta menos conhecida, avaliada e empregada entre nós. Relevante, assim, que sua utilidade e seus limites sejam devidamente circunscritos em meio à “cartilha” de manobras com precedentes superiores.

3.1 Importância das instâncias inferiores e das técnicas de manejo de precedentes na racionalização dos sistemas jurisprudenciais

Tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, os tribunais superiores assumem funções de criação e revogação dos mais importantes precedentes vinculantes. Estes devem ser observados por todos os julgadores de 1º e 2º graus⁵⁸⁵ (e até pelo STJ, relativamente ao STF), independentemente de sua concordância quanto à orientação meritória, e sem que haja prerrogativa de superação.

Nesse contexto, poder-se-ia cogitar que, com a densificação do corpo de precedentes superiores, a atuação das instâncias ordinárias – e, conseqüentemente, das partes que nelas atuam – restaria tolhida ou até “esvaziada”, limitando-se à aplicação daqueles pronunciamentos. Deveras, pesquisa de opinião conduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros revela que a maioria dos juízes de 1ª e 2º graus entende que deveria “poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes”, o qual “afeta a sua independência interpretativa”⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Alude-se aqui aos precedentes formalmente vinculantes, e não aos meramente persuasivos. Ademais, não se ignora que os Tribunais de 2º grau também produzem precedentes conforme já abordado. Contudo, opta-se, aqui, por focar a função de manejo dos precedentes superiores, muito relevante no Brasil, em que a produção de precedentes de 2º grau é relativamente limitada.

⁵⁸⁶ Associação dos Magistrados Brasileiros. Quem somos, a Magistratura que queremos. Coord. Vianna, Luiz Werneck. Rio de Janeiro, 2018, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>, acesso em 10.07.2022, p. 111-113.

Parte da doutrina nacional também tem alegado a imposição de “*passivismo judicial*”⁵⁸⁷, asseverando que o CPC/2015 possui “tendência centralizadora de poder nas instâncias superiores”, inadequada ante um processo que se pretende participativo e democrático.⁵⁸⁸

Entretanto, conforme já adiantado, deve-se ponderar que a operação dos julgadores de 1º e 2º graus (e até do STJ) com os precedentes superiores não se resume a aplicar os vigentes e afastar os revogados. Nesse intervalo insere-se uma imensidão de possibilidades interpretativas, que torna o manejo do direito jurisprudencial tanto quanto ou mais complexo que o da própria lei positiva.

Nas palavras de Ravi Peixoto:

A fixação de um precedente não significa o fim da interpretação. Se o precedente é texto, será interpretado nos casos concretos posteriores. Como destaca a doutrina: ‘O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa’. O precedente opera mediante o estabelecimento de mais uma camada de composição no ordenamento jurídico, impedindo não a independência e a atividade interpretativa dos demais julgadores, mas sim os subjetivismos nocivos à objetividade do direito⁵⁸⁹.

A fixação do precedente superior é, assim, apenas um (novo) primeiro passo no desenvolvimento da norma de direito jurisprudencial⁵⁹⁰⁻⁵⁹¹. Daí em diante, os

⁵⁸⁷ “O primeiro grau de jurisdição sofre com processo de esvaziamento de sua função, gerando um “passivismo” judicial, com graves consequências para a efetivação de direitos. Isso ocorre porque a atividade judicial brasileira de primeira instância é pautada, no mais das vezes, em prejulgamentos automatizantes.” (SILVA, Paulo Henrique Tavares da. O julgamento do valete de copas: limites à criatividade no ofício dos magistrados trabalhistas de primeira instância no Brasil. In: DANTAS, Adriano Mesquita; CARNIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sergio Cabral dos (Coord). Poder Judiciário e desenvolvimento socioeconômico: obra em homenagem ao XVI CONAMAT. São Paulo: LTR, p. 146-162, 2012, p. 154).

⁵⁸⁸ LIPIENSKI, Marcos Vinicius. Precedentes e a primeira instância. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017, p. 108. Com preocupações semelhantes: NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis versus direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, v. 1. Salvador: Jupodivm, 2013, p. 485-514.

⁵⁸⁹ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 143.

⁵⁹⁰ “No entanto, esse processo [de extração e aplicação da ratio a um novo caso] não é constituído apenas pela reconstrução do significado de uma norma, isto é, do conteúdo que essa norma tem enquanto pressuposto necessário ou suficiente para justificar a decisão já tomada e que constitui o objeto da interpretação. É também um processo de “recontextualização” dessa norma a um novo contexto fático, jurídico e argumentativo, onde deve ser determinado seu valor em relação às outras normas e argumentos eventualmente encontrados nesse novo contexto”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 302).

⁵⁹¹ “O desenvolvimento judicial do direito ocorre em “rodadas”. Cada novo julgado do Supremo encerra um ciclo de discussão, mas sua aplicação nas instâncias vinculadas pode reabrir o debate,

juizadores subordinados serão confrontados com as mais diversas situações concretas, alegações processuais e contextos sistêmicos, que os levarão a testar e a lapidar a *ratio* lançada pela corte de vértice, racionalizando sua aplicação. É aí que o comando normativo encontra a vida real, se dinamiza e se desenvolve, dadas as limitações revisórias por parte dos próprios tribunais superiores autores (*Supreme Court*, STF e STJ), que apenas excepcionalmente voltarão a se pronunciar a respeito⁵⁹².

Nesse imenso espaço interpretativo se inserem as técnicas de manejo ora enfocadas, que “dão nome” a determinadas manobras de desvio ou acatamento de precedentes, fortalecendo a atuação dos órgãos judiciais “inferiores” e das partes que neles atuam. Através delas, tomando por base a lógica e os objetivos inerentes ao *stare decisis*, o operador segue rotas racionais que implicam a aplicação ou o afastamento do precedente em cada caso concreto, sem perder de vista o dever geral de conhecimento e observância⁵⁹³. Em boa medida, são essas ferramentas as responsáveis pela oxigenação do direito jurisprudencial na prática cotidiana⁵⁹⁴, por não haver dependência de grandes acontecimentos nos tribunais de vértice, especialmente do *overruling*.

Além de viabilizar provimento jurisdicional racional e coerente às partes, e de promover a lapidação e o desenvolvimento do corpo jurisprudencial, o manejo coordenado dos precedentes pelas instâncias inferiores ainda é capaz de gerar “*feedbacks*” para as cortes autoras, contribuindo para sua manutenção, alteração ou efetiva revogação⁵⁹⁵. Precedentes muito distinguidos ou criticados, por exemplo, têm maior probabilidade de serem revisados pelo tribunal superior responsável. Tanto no

reconduzindo-se a questão de volta ao STF e assim sucessivamente. O direito será o resultado da permanente interação entre corte vinculante e cortes vinculadas. A adoção de precedentes vinculantes confere, contudo, maior racionalidade a tal interação.” (PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, v. 8, n.1, p. 667–688, 2018, p. 668).

⁵⁹² “Yet even though high courts are the most important source of precedents, trial and intermediate appellate courts are the main arenas in which those precedents play out. From the perspective of lawyers and litigants, law in practice is, most of the time, what lower courts make it.” (KLEIN, David; DEVINS, Neal. *Dicta, Schmicta: Theory Versus Practice in Lower Court Decision Making*. *William & Mary Law Review*, v. 54, Issue 6, p. 2021–2054, 2013, p. 2048).

⁵⁹³ Note-se que as decisões que simplesmente ignoram precedentes possivelmente aplicáveis e atingem resultados diversos, sem fundamentação para desvio, são indesejáveis em qualquer sistema.

⁵⁹⁴ DEVINS, Neal; KLEIN, David, *The vanishing common law judge?*, *The University of Pennsylvania Law Review*, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017, p. 606.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 604-606

Brasil quanto nos EUA já houve detecção desse fenômeno⁵⁹⁶, que é deveras salutar, pois, como visto, as cortes baixas é que são capazes de melhor apreender a (im)praticabilidade, as virtudes e os defeitos dos entendimentos jurisprudenciais, em face dos diversos fatos e argumentações levados a seu conhecimento.

Em simples palavras: aplicações das técnicas de manejo de precedentes pelos órgãos subordinados podem funcionar como importantes catalizadoras de aperfeiçoamentos normativos⁵⁹⁷.

Por exemplo, no caso *United States v. Arnold, Schwinn & Co*, a *Supreme Court* determinou que seria irrazoável que o fabricante pretendesse restringir áreas e pessoas com que um produto poderia ser comercializado, após já ter transferido o domínio e a responsabilidade sobre ele⁵⁹⁸. Nos dez anos seguintes, esse precedente foi distinguido pelas cortes inferiores muito mais vezes do que foi seguido, circunstância destacada pela Corte Suprema ao revisar seu entendimento em *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania*⁵⁹⁹. Ficou então determinado que aquele tipo de comportamento pelo fabricante é ilegal apenas se importar uma barreira irrazoável ao comércio, capaz de diminuir a competição e promover ineficiência⁶⁰⁰, norma mais branda e mais bem aceita na comunidade jurídica.

Ou seja: ao fim e ao cabo, a operacionalização do sistema de precedentes envolve, ou ao menos idealmente deve envolver, verdadeiro diálogo e troca de sinais entre as cortes-autoras e os órgãos-vinculados, movidos e penetrados pelos argumentos das partes. Pertinente, assim, que os mecanismos que promovem essa troca sejam favorecidos e acomodados nas estruturas sistêmicas (a despeito de certas controversas barreiras, como o filtro de admissibilidade recursal encampado no CPC brasileiro).

⁵⁹⁶ No Brasil, confira-se: PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, v. 8, n.1, p. 667–688, 2018. Nos EUA, confira-se: MCMILLION, Christopher P.; VANCE, Kevin. Criticism from Below: The Supreme Court’s Decision to Revisit Cases. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 81–103, 2017.

⁵⁹⁷ Semelhante papel pode ser cumprido pela crítica doutrinária, inobstante aí a influência seja menos direta.

⁵⁹⁸ USA, Supreme Court, *United States v. Arnold, Schwinn & Co*, opinion of the court by Justice Fortas, 12.06.1967. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/365/>>. Acesso em 20.07.2022.

⁵⁹⁹ USA, Supreme Court, *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania*, opinion of the court by Justice Powell, 23.06.1977. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>>. Acesso em 20.07.2022.

⁶⁰⁰ *Ibid.*

Poder-se-ia questionar, a essa altura, se a disponibilidade dessas técnicas não implicaria jogar por terra o próprio dever de observância e a dimensão vertical dos precedentes, municiando as partes e os julgadores para afastarem-se deles quando bem entenderem. Não é esse o caso. Para que o mecanismo seja acolhido como “técnica”, e não como prática “rebelde”⁶⁰¹, ele há de se conformar com a lógica e com os objetivos inerentes ao *stare decisis*, de forma que sua observância coerente é que aconselhe a aplicação ou o desvio da espécie vinculante. Em outras palavras, é preciso que a própria racionalidade do sistema de precedentes recomende a utilização do mecanismo. Por exemplo, a distinção (consistente) é técnica argumentativa recomendável e necessária sob os standards dos *precedentes vinculantes*, cuja *ratio* limita-se a determinadas circunstâncias fáticas. Quando presente cenário materialmente diverso, o acatamento dessa premissa fundamental é que proporciona o desvio⁶⁰².

Quando bem parametrizadas, mediante fórmulas de aplicação limitadas e condicionadas, tais técnicas servem como balizas aptas a reprimir o afastamento injustificado de precedentes, súmulas e teses, atuando contrariamente ao decisionismo arbitrário e em favor da manutenção da estabilidade, integralidade e coerência geradoras da segurança jurídica. Por outro lado, quando deveras cabíveis, tais ferramentas fornecem janelas de conciliação dos objetivos fundamentais do *stare decisis* com demandas de justiça e desenvolvimento do direito, conforme prenunciado.

De todo modo, indispensável que o emprego de qualquer uma delas seja fundamentado e objeto de mecanismos de controle, os quais se fazem presentes nos sistemas estadunidense e principalmente no brasileiro, como exposto no tópico 2.7. Ademais, cumpre notar que todas as fórmulas de afirmação e desvio têm em comum a produção de efeitos diretos apenas sobre o caso em julgamento, e não sobre o precedente superior afirmado ou desviado, que continuará “vivo”, sendo passível de efetiva revisão apenas pelo legislativo, pela corte autora ou por órgão superior.

⁶⁰¹ Relevante doutrina defende que até as práticas “rebeldes”, como as distinções inconsistentes, embora excepcionais, podem funcionar como legítimos catalizadores de mudanças jurisprudenciais. Confira-se: PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, v. 8, n.1, p. 667–688, 2018.

⁶⁰² Nesse ponto, essencial reiterar que, sendo os precedentes reconhecidos como legítimas fontes de direito, a atuação dos julgadores se submete a seus ditames e limites, da mesma forma que se submete à lei. Não há que se cogitar, portanto, de atentado à independência do juiz. A respeito: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 19-21.

Note-se que a temática em comento é frequentemente atrelada à atuação e aos deveres dos julgadores, mas, na prática, cabe principalmente às partes e aos advogados dar funcionalidade a essas técnicas, mediante cumprimento do ônus argumentativo. Os juízes e tribunais enfrentam enormes quantidades de processos, e, embora devam ter ciência do panorama normativo do país, é difícil que sempre consigam vislumbrar as janelas de aplicação das manobras em lume em cada um dos processos. Boa parte da dinamização de sua atividade com precedentes envolve analisar, acatar ou afastar os elementos de afirmação ou desvio apresentados pelos demais sujeitos processuais, bem como gerenciar a atuação deles nesse âmbito (incluindo as ferramentas de controle e sanção expostas no tópico 2. 7).

Aliás, o STJ tem reconhecido a necessidade de as partes observarem o art. 489, §1º, do CPC, tomado como referencial para o “ônus de alegar”, e não só de decidir, especialmente no que tange aos precedentes possivelmente aplicáveis ou afastáveis⁶⁰³.

Noutro enfoque, historicamente, os Estados Unidos têm sido campo fértil para o florescimento e para a testagem das técnicas em lume, até porque, como visto, o sistema jurisprudencial lá desenvolvido sempre se pretendeu mais flexível do que o inglês. Celebra-se, na doutrina norte-americana, o *approach* racional, analítico e até “questionador” dos precedentes possivelmente aplicáveis ao caso em julgamento, ainda mais quando geradores de resultados claramente injustos. Essa abordagem foi lá apelidada de “*common law style of judging*” (“estilo *common law* de julgar”), e permite que as instâncias inferiores participem ativamente da moldagem do corpo normativo⁶⁰⁴.

Contudo, interessantes pesquisas empíricas conduzidas no país detectaram que os juízes e os tribunais intermediários estadunidenses têm empregado cada vez

⁶⁰³ “(...) deveria ter havido, pelo agravante, a demonstração da possibilidade de distinção ou superação em relação aos precedentes firmados na decisão combatida (sejam vinculantes, sejam persuasivos), através do enfrentamento de seus fundamentos determinantes, argumentos que deveriam ter sido trazidos pelo recorrente. Interpretação do art. 489, §1º, do CPC/2015 que, 'mutatis mutandis', também se traduz em obrigação para as partes. Desse modo, 'estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência desta Corte e não tendo a agravante trazido qualquer argumento que pudesse infirmar a decisão agravada, esta deve ser mantida íntegra, por seus próprios fundamentos.” (BRASIL, STJ, AgInt no AREsp nº 853.152/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJe 19.12.2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600374969&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em 07.07.2022).

⁶⁰⁴ DEVINS, Neal; KLEIN, David. The vanishing common law judge? The University of Pennsylvania Law Review, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017, p. 597.

menos tais mecanismos (incluindo as técnicas abaixo expostas), procedendo à aplicação mais acrítica dos precedentes⁶⁰⁵. Demonstrou-se que, em 1952, a probabilidade de um julgamento inferior desviar-se de um precedente trazido à baila era de 50%, percentil que caiu para apenas 10% em 2012⁶⁰⁶.

Várias possíveis razões foram levantadas para o fenômeno, incluindo o arrasamento da pesquisa jurídica na era da *internet*, movida por indexadores⁶⁰⁷; o crescimento do acervo de processos por magistrado, cada vez mais dependentes de assessores⁶⁰⁸; a ascensão do Estado administrativo/codificado⁶⁰⁹; e a escalada de visão fortemente hierarquizada do judiciário, com concentração do poder criativo no tribunal de vértice⁶¹⁰. Ao final, os pesquisadores reputaram lamentável tal decadência do “*common law style of judging*”, por gerar panorama jurisprudencial menos dinâmico, refletido, desenvolvido e justo⁶¹¹.

Deveras, além de afastar os citados efeitos positivos do diálogo entre a corte autora e os órgãos vinculados, tal decadência quebra a própria logicidade argumentativa do *stare decisis*, viabilizando que os pronunciamentos dos tribunais superiores projetem efeitos práticos para muito além dos limites cabíveis e desejáveis. Criam-se, com isso, precedentes com inviável *status* universal e “*canônico*”. Basta considerar, por exemplo, cenário em que qualquer *dicta* introjetada pela corte superior fosse tratada como *ratio* pelos julgadores vinculados, o que equivaleria a permitir que a primeira atue como legisladora *de facto*, emitindo regras sobre o que bem entender,

⁶⁰⁵ KLEIN, David; DEVINS, Neal. *Dicta, Schmicta: Theory Versus Practice in Lower Court Decision Making*. William & Mary Law Review, v. 54, Issue 6, p. 2021–2054, 2013, p. 2032-2042; DEVINS, Neal; KLEIN, David. *The vanishing common law judge?* The University of Pennsylvania Law Review, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017, p. 607-620.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 617.

⁶⁰⁷ “Electronic search services have made it even easier to search by language and less necessary to employ topically organized digests or Shepard’s to identify related cases. Electronic researchers access a far greater number of cases on a wider array of topics with the result that ‘fewer people read full cases,’ understand precedents’ context in legal principles, are able to distinguish earlier cases, or discern holding from dicta. ‘Without an understanding of how the source fits into the broad context of legal analysis, the researcher is likely to focus more on the factual content of the information.’ The logical result is what Peter Tiersma calls a ‘shift from legal reasoning to close reading’, an increased emphasis on finding and interpreting directive language from higher courts rather than analyzing and seeking to uncover the logic behind their actions.” (*Ibid.*, p. 621).

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 622-623.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 624-625.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 625-267.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 628-630.

independentemente das questões levadas a seu conhecimento e discutidas pelos interessados⁶¹².

:Em vista disso, estudiosos norte-americanos criticam severamente alguns pronunciamentos da *Supreme Court* que sugerem que as cortes inferiores se comportem como “ovelhas obedientes”⁶¹³.

Por sua vez, no Brasil, as técnicas de manejo de precedentes já vinham sendo objetos de relevantes obras, e o CPC trata de algumas delas em caráter pedagógico. Isso porque, conforme adiantado, entre nós também há grandes críticas doutrinárias em torno da má compreensão e (in)utilização dessas ferramentas na prática forense, em conexão com o descumprimento do “ônus argumentativo” pelos sujeitos processuais⁶¹⁴.

Aliás, autorizada doutrina brasileira faz alertas semelhantes aos efetuados pelos pesquisadores norte-americanos, quanto a fatores que podem contribuir para esse cenário. Aponta-se, por exemplo, os perigos do mal uso das ferramentas de busca de julgados na *internet*, capazes de entregar resultados “*faceis*”, na forma de ementas, cujo uso irrefletido opõe-se aos exercícios analíticos recomendáveis para a aplicação de precedentes⁶¹⁵.

Alude-se, ademais, aos riscos da cessão de certos expedientes processuais essencialmente jurisdicionais a servidores auxiliares, em meio aos anseios para gestão da sobrecarga de processos: essa crítica dirigiu-se, com mais vigor, à delegação de competências no âmbito do STF, nos termos da antiga Portaria GP nº 138/2009, pela qual servidores das secretarias eram responsabilizados pela análise da subsunção das demandas a temas de repercussão geral, antes de sua distribuição

⁶¹² Similarmente: *Ibid.*, p. 620. Confirma-se, ademais, o seguinte artigo, notando tendência da *Supreme Court* de se pronunciar sobre questões que transbordam os processos levados a seu conhecimento, em atuação quase-legislativa: MONAGHAN, Henry. On Avoiding Avoidance, Agenda Control, and Related Matters. *Columbia Law Review*, v. 112, p. 665–730, 2012.

⁶¹³ Confirma-se a crítica: BHAGWAT, Ashutosh. Separate but Equal?: The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of the “Judicial Power”. *Boston University Law Review*, v. 80, p. 967–1016, 2000.

⁶¹⁴ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018., p. 379; p. 397-398.

⁶¹⁵ “Todavia, é preciso anotar, com a doutrina francesa, que, no âmbito da publicização da jurisprudência, não se pode transcurar que a informática pode acabar por perturbar ou dificultar o conhecimento dos precedentes: o uso de base de dados refratárias à hierarquização ou à apresentação adequada dos precedentes pode acabar ofuscando o conhecimento e inteligência do direito jurisprudencial.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 128). Não se ataca o uso das ementas, que, assim como as súmulas e teses, podem fornecer sínteses muito relevantes. Elas, contudo, devem ser interpretadas e “confirmadas” face ao inteiro teor dos acórdãos.

a um relator. A multicitada pesquisa empírica conduzida pela UFMG junto ao CNJ constatou que, em 2015, tais exames estavam sendo feitos “por meio de um simples carimbo, sem uma reflexão apropriada sobre os fatos do caso ou uma argumentação racional”⁶¹⁶. Embora se tratasse de censura baseada nesses procedimentos da Corte Suprema, as mesmas conclusões foram estendidas ao manejo de precedentes por quaisquer órgãos julgadores:

“(...) há que se proibir a delegação de competência jurisdicional para órgãos da secretaria e da distribuição, bem como a tomada de decisões por meio de etiquetas e carimbos repetitivos. A dignidade do ofício da jurisdição exige uma fundamentação adequada e uma análise detida dos argumentos de cada processo judicial, ainda que a complexidade do processo decisório possa ser em importante medida reduzida por meio de técnicas de julgamento de processos massificados. Qualquer processo de deliberação e julgamento que se adote, portanto, deve obedecer rigorosamente a exigência de fundamentação das decisões judiciais e tomar em conta todos os aspectos particulares de cada decisão. É essa, no nosso entendimento, a maior responsabilidade política e moral que se impõe sobre todos os órgãos do Poder Judiciário.”⁶¹⁷

Mencione-se, por fim, apontamentos de parcela da doutrina nacional quanto aos riscos da hiper valorização das cortes de vértice como as únicas legítimas componentes do discurso jurisprudencial⁶¹⁸.

A despeito de tais problemas e alertas, tanto nos EUA quanto no Brasil há bons exemplos de aplicação das manobras tratadas, como será visto nos tópicos seguintes.

Retoma-se, aqui, as conclusões do capítulo 2, no sentido de que a valorização das técnicas em lume é justificativa, e não empecilho, num cenário de suposta “falta de cultura” de precedentes. Tanto o decisionismo arbitrário, sem qualquer respeito aos precedentes, quanto a atuação judicial exegética e mecanizada, são objetos de severas críticas pela doutrina nacional: trata-se de dois extremos indesejáveis. Apresenta-se, então, um interessante caminho intermediário.

Relevante, enfim, que em ambos os países tais técnicas sejam cada vez mais estudadas, parametrizadas e difundidas, para que sua utilização seja consistentemente requerida/impugnada pelos advogados, e acolhida/afastada pelos

⁶¹⁶ A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>, acesso em 10.07.022, p. 147.

⁶¹⁷ Ibid., p. 135.

⁶¹⁸ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 380.

juizadores⁶¹⁹. Isso, a um só tempo: (i) empodera os magistrados e as partes atuantes nas instâncias inferiores; (ii) coíbe os afastamentos injustificados de precedentes e o decisionismo arbitrário, fora das balizas aceitáveis para desvio; (iii) resulta em arrazoados e em decisórios mais fundados e coerentes; (iv) promove a racionalização do direito jurisprudencial, lapidando a *ratio*, fornecendo indicativos para futuros litigantes e *feedbacks* para os tribunais autores; (v) limita os pronunciamentos das cortes superiores a seus cabíveis efeitos, evitando que sejam tratados como postulados canônicos, abstratos e engessadores, e favorecendo que sejam acatados dentro de seus legítimos contornos; e, enfim, (vi) promove a conciliação dos princípios da segurança jurídica, isonomia e eficiência com valores de justiça e desenvolvimento do direito; aliando os benefícios da uniformidade e da – racional – desuniformidade decisórias⁶²⁰.

3.2. Técnicas em espécie

Passa-se, neste ponto, à abordagem das técnicas norte-americanas mais amplamente implantadas no Brasil: (i) *calling dicta*; (ii) *distinguishing*/distinção; e (iii) *criticizing*/ressalva de entendimento. Para tanto, adotam-se três premissas, aplicáveis a este e ao próximo capítulo.

Em primeiro lugar, assume-se a perspectiva das partes e juizadores dos tribunais intermediários na lida com os precedentes, súmulas e teses superiores (incluindo o STJ, relativamente aos pronunciamentos do STF). Embora boa parte das proposições seja extensível à atuação no 1º grau, tal circunscrição pauta-se na maior facilidade de pesquisa dos acervos decisórios dos órgãos colegiados; bem como na sua posição de “última instância subordinada”, imediatamente anterior à própria corte autora, e com aptidão para convalidar ou reverter manobras efetuadas pelos juízos singulares.

Em segundo lugar, parte-se da operação com precedentes formalmente válidos, eficazes e obrigatórios, conforme premissas traçadas no capítulo 2 para os

⁶¹⁹ Mas não é só: também é importante que os próprios destinatários diretos do corpo normativo (a sociedade), tenha acesso facilitado aos precedentes e às técnicas que lhes envolvem, para inseri-los no ambiente de tomada de decisões. Na contemporaneidade, a acessibilidade e simplificação do direito apanham também o acesso a precedentes: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 122-124.

⁶²⁰ Similarmente, quanto a essa última vantagem: RE, Richard M. *Narrowing Supreme Court Precedent from Below*. *The Georgetown Law Journal*, v. 104:921, p. 921–971, 2016, p. 947.

sistemas estadunidense e brasileiro. Verificações e impugnações em torno da validade (por exemplo, apurando-se vício no procedimento formador); da eficácia (por exemplo, aferindo-se que o acórdão paradigma ainda não foi publicado); ou da vinculatividade estrutural (por exemplo, averiguando-se que não se trata de pronunciamento verticalmente obrigatório dentro da estrutura judiciária), do precedente, tese ou súmula trazida ao debate, constituem etapa anterior ao emprego das técnicas ora tratadas. Assim, devem ser avaliadas em face das considerações previamente realizadas neste trabalho, mais bem tratadas em relevantes obras nacionais⁶²¹. Ademais, a exposição centra-se na lida com precedentes razoavelmente consideráveis como relevantes ao caso em julgamento: a aplicação de espécie totalmente alheia à matéria dos autos é passível de descarte “de plano”, mediante fundamentação simples, que dispensa quaisquer ferramentas interpretativas especializadas.

Por fim, ressalta-se que a doutrina já foi capaz de catalogar mais de sessenta técnicas de manejo de precedentes superiores⁶²². Para os fins deste estudo, foram eleitas apenas algumas das mais relevantes, tomando por parâmetro sua disseminação nos sistemas norte-americano e brasileiro⁶²³.

3.2.1 *Calling dicta*

Esta primeira técnica guarda relação direta com as considerações realizadas no tópico 2.4, relativas à parcela vinculante (*ratio decidendi*) e não vinculante (*dicta*) do precedente - extraíveis sempre de acórdão(s) gerador(es), ainda que se trate de súmula ou tese (sínteses enunciativas). Imperioso adotar, portanto, as premissas ali lançadas, dispensando-se nova abordagem aprofundada.

Conforme visto, nem todas as regras jurídicas fixadas nesses arestos geradores constituem *ratios* obrigatórias, mas apenas aquelas que exprimem o

⁶²¹ A respeito dos requisitos de existência, validade e eficácia dos precedentes: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 373-378.

⁶²² LLEWELLYN, Karl N. *The Common Law Tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown & Co, 1960, p. 77-91.

⁶²³ Ao longo das leituras conducentes deste estudo, foi possível notar que algumas complexas técnicas norte-americanas descritas em algumas obras doutrinárias (em maioria, ramificações da distinção ou da superação) encontram pouca ou nenhuma alusão nos julgados estadunidenses, e, menos ainda, nos brasileiros, motivo pelo qual optou-se por não as tratar com especificidade. Acredita-se que os conceitos aqui trazidos, aplicáveis em diferentes contextos, já “dão conta” de boa parte das manobras disponíveis e utilizadas nos sistemas jurisprudenciais.

entendimento da maioria do colegiado autor quanto às controvérsias efetivamente levadas a seu conhecimento nos casos paradigmas, à luz dos fatos e fundamentos determinantes neles trazidos. Isso é verdadeiro ainda que se trate de matéria com elevado grau de abstração: sempre há limites à criatividade jurisdicional. Fora dessa circunscrição, as normas pronunciadas de modo tangencial, desnecessário ou minoritário constituem mero *obiter dictum*, passíveis de projetar fracos ou fortes efeitos persuasivos, mas não formalmente vinculantes. Afinal, trata-se de proposições não refletidas e debatidas de modo ideal pelo tribunal autor e pelos sujeitos interessados.

Portanto, ao analisar um precedente possivelmente aplicável ao caso dos autos, a parte ou julgador deve analisar se a específica regra jurídica invocada como controladora da lide concreta caracteriza-se como *ratio* ou como *dicta*. Para a doutrina norte-americana, se trata de uma etapa “anterior” à distinção⁶²⁴: o foco aqui ainda é a análise “autônoma” do acórdão superior gerador, confrontando seus elementos internos para determinar o que é norma obrigatória e o que é entendimento tangencial; sem prosseguir-se ainda para comparações fáticas pontuais com o processo em julgamento. Ao fim do expediente analítico, caso conclua que a regra relevante configura *dicta*, o órgão julgador vinculado poderá deixar de aplicá-la, se entender pela sua incorreção frente aos elementos normativos do sistema.

Para tanto, não há fórmulas pré-determinadas. A depender do acórdão gerador, pode tratar-se de tarefa simples ou complicada⁶²⁵. O importante é apurar e demonstrar, fundamentadamente, que a regra em questão escapa ao terreno da *ratio decidendi*, porque não se conecta à controvérsia julgada pela corte superior, porque configurou comentário minoritário etc.

Exemplificativamente, suponha-se (novamente) que tribunal superior enfrentou recurso no qual uma associação questionava a validade de taxa municipal

⁶²⁴ Notando tal diferença: “Of the steps that a lower court can take to evade the force of an opinion from above, calling a higher court’s statement dictum would seem to be the most confrontational, short of outright defiance. Compare that practice with distinguishing, for example. The lower court distinguishing a precedent recognizes both the validity of the precedent and the lower court’s general obligation to follow it; it denies only an obligation to follow it in this particular case, which it claims to be insufficiently related. In contrast, the court crying dictum denies its obligation to follow the statement from the higher court in any circumstances; beyond this, it denies the validity of the statement as an expression of the law. The latter action is a much more direct challenge to the authority of the higher court, and so it could expect to attract close scrutiny on appeal.” (KLEIN, David; DEVINS, Neal. *Dicta, Schmicta: Theory Versus Practice in Lower Court Decision Making*. William & Mary Law Review, v. 54, Issue 6, p. 2021–2054, 2013, p. 2045).

⁶²⁵ Válido retomar as considerações realizadas no tópico 2.4., quanto aos diversos métodos para extração de *ratio/dicta*. A matéria é das mais controvertidas na doutrina, mas ganha relevância prática apenas em casos com grande zona cinzenta.

cobrada para entrada no circo público instalado na sua cidade. Ao final dos debates, foi proferido acórdão vinculante, com voto condutor no sentido (i) da legalidade do tributo, em razão do cumprimento dos requisitos do art. 77 do CTN; e (ii) da ilegitimidade de financiamentos partidários sobre iniciativas municipais dessa espécie, a serem inteiramente custeadas pelos cofres públicos e dos contribuintes – questão que, embora socialmente corrente, não havia sido arguida ou debatida no caso paradigma.

Em subsequente processo no qual se cogitasse a aplicação dessa segunda regra para invalidar idêntico financiamento em município vizinho, o tribunal intermediário poderia desviar-se dela, mediante sua fundamentada classificação como *dicta* não vinculante.

A doutrina norte-americana reconhece a legitimidade e a importância dessa técnica dentro da lógica dos *binding precedents*⁶²⁶, embora tenha detectado declínio na sua efetiva utilização pelos julgadores⁶²⁷, na linha exposta no tópico anterior. Ainda assim, buscas jurisprudenciais nos acervos dos tribunais locais revelam diversas *opinions* recentes que se valeram dessa metodologia.

Mencione-se, por exemplo, o julgamento de *Payne v. Taslimi (2021)*: aí a *Court of Appeals for the 4th Circuit* enfrentou recurso no qual o apelante (ex-presidiário) requeria indenização do apelado, médico que, durante sua estadia em unidade prisional federal, revelou em voz alta sua condição de soropositivo. A principal questão colocada em debate foi se o direito à privacidade previsto na *Fourteenth Amendment* imporia discricção profissional nessa situação. Ao analisar a matéria, o tribunal cogitou a relevância do precedente formado em *Reno v. Condon*, no qual ficou decidido que os históricos de motoristas não são protegidos pelo direito à privacidade, considerando a natureza pública e regulamentada dessas informações; asseverando-se também, em uma frase de “passagem”, que aquele direito vinha sendo restringido a informações sobre reprodução, aborto e casamento. Ficou então determinado, pela

⁶²⁶ “One way to do this [avoid precedent] is to label the controlling principle from the earlier case dictum. Since dicta need not be followed, the controlling legal question becomes one of first impression, and the judge is free to rule as she likes.” (DORF, Michael C. Dicta and Article III. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, n. 6, p. 1997–2069, 1998, p. 2004-2005). Também tratando da técnica: KLEIN, David; DEVINS, Neal. Dicta, Schmicta: Theory Versus Practice in Lower Court Decision Making. *William & Mary Law Review*, v. 54, Issue 6, p. 2021–2054, 2013, p. 2025; SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 179.

⁶²⁷ KLEIN, David; DEVINS, Neal. Dicta, Schmicta: Theory Versus Practice in Lower Court Decision Making. *William & Mary Law Review*, v. 54, Issue 6, p. 2021–2054, 2013, p. 2049-2050.

corte de *Payne v. Taslimi*, que, apesar de já ter sido equivocadamente tratada como *ratio* em outras oportunidades, essa última assertiva constituiu *mero obiter dictum* que não deveria controlar o caso ali colocado, o qual acabou julgado com base em entendimentos outros⁶²⁸.

Noutro enfoque, a ferramenta também possui plena aplicabilidade no Brasil, em que a delimitação da dimensão objetiva dos precedentes é igualmente pertinente (embora haja certas peculiaridades, já abordadas). Ao contrário do que se passa nos EUA, a doutrina nacional não costuma referenciá-la como “técnica autônoma”, mas há corriqueira menção à necessidade de extração da *ratio*, a ser utilizada como único elemento vinculante, o que desborda no expediente analítico ora aventado⁶²⁹. Independentemente de quaisquer classificações, a tônica é a mesma.

Essa lógica também é extraível do CPC, que prescreve a formação e a aplicação dos precedentes, súmulas e teses à luz das circunstâncias fáticas e dos fundamentos determinantes dos casos paradigmas, conforme arts. 489, §1º, V, 972, §2º, 1.038, §3º, dentre outros. Exige, portanto, que a vinculatividade limite-se às

⁶²⁸ “And we also recognize that dictum is not binding. See *Pittston Co. v. United States*, 199 F.3d 694, 703 (4th Cir. 1999). Dictum is a “statement in a judicial opinion that could have been deleted without seriously impairing the analytical foundations of the holding—that, being peripheral, may not have received the full and careful consideration of the court that uttered it (...). If necessary to the outcome, a precedent’s reasoning must be followed; otherwise, we are not so bound. (...) While *Condon* looked to the reasonable expectation of privacy to reject the claimed right to privacy, it also “note[d]” that “the Supreme Court has limited the ‘right to privacy’ to matters of reproduction, contraception, abortion, and marriage.” *Id.* at 464 (internal citations omitted). This descriptive statement was unnecessary to *Condon*’s holding, which turned on the lack of a reasonable expectation of privacy based on the pervasive regulation and public nature of the information. See *id.* at 464–65. It is thus dictum that does not control our analysis.” (USA, Court of Appeals for the 4th Circuit, *Christopher Payne v. Jahal Taslimi*, opinion of the court by Judge Richardson, 27.05.2021. Disponível em: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca4/18-7030/18-7030-2021-05-27.pdf?ts=1622140277>. Acesso em 23.07.2022).

⁶²⁹ Veja-se o raciocínio construído por Marinoni: “As normas deixam claro a necessidade de se considerar os fundamentos determinantes da decisão. Trata-se da parcela dos fundamentos que determina a conclusão ou o resultado alcançado, ou, em outros termos, o dispositivo da decisão. Tal parcela, como é óbvio, exclui as razões expostas de passagem ou os fundamentos endereçados à solução de questões que não são necessárias ou importantes ao alcance do resultado, que são chamadas *obiter dicta*. Portanto, o juiz ou o tribunal, ao analisar o caso sob julgamento diante de acórdão de Corte Suprema, deve considerar os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* firmada no acórdão. Não é demais recordar que só há fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* quando o fundamento que determinou o resultado do recurso na Corte Suprema é compartilhado pela maioria do colegiado. Fora daí, mesmo que o recurso extraordinário ou especial tenha sido provido por unanimidade ou maioria, não há *ratio e*, por consequência, precedente. Para haver fundamentos determinantes ou *ratio decidendi* importa que o fundamento que conduziu ao resultado tenha sido sustentado pela maioria. Isso quer dizer que não é qualquer decisão ou acórdão de Corte Suprema que pode ser invocado ou precisa ser considerado pelo juiz ou pelo tribunal, respectivamente para resolver o caso ou para não ferir o dever de respeito aos precedentes.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 335-336).

regras jurídicas extraídas à luz desses elementos. Essa ideia se materializa no enunciado nº 318 do FPPC: “Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante.” Pertinente ainda o enunciado nº 319: “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante.”

A técnica ora aventada não passa de instrumentalização argumentativa dessas máximas.

Na prática, é possível colher na jurisprudência nacional alguns exemplos de decisórios que invocaram *dicta* para afastar a aplicação de regras contidas em acórdãos geradores de precedentes superiores.

Cite-se, por exemplo, o julgamento da Apelação Cível nº 1065381-41.2021.8.26.0053, no qual o TJSP foi confrontado com o precedente oriundo do RE nº 796.376 (Tema nº 796 de repercussão geral), em que o Supremo se manifestou sobre o (não) alcance da imunidade tributária do ITBI (art. 156, §2º, I, da CRFB) sobre valores de imóveis transferidos que excedem o limite do capital social integralizado. Contudo, no caso levado à corte paulista, a parte requeria provimento com base em outra regra, sugestionada em meio à fundamentação daquele acórdão-paradigma, referente à aplicabilidade incondicionada da imunidade do ITBI sobre transmissão de imóveis para integralização de capital social, extensível às sociedades que têm por objeto negócios imobiliários. Por descolar-se da controvérsia dirimida pelo STF, esse último entendimento foi classificado como mero *obiter dictum* pela 15ª Câmara de Direito Público do TJSP, que então atingiu conclusão oposta. Veja-se o raciocínio desenvolvido:

“APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA - Mandado de segurança. 1) Preliminar de inadequação da via eleita afastada. 2) ITBI - Transmissão de imóveis para integralização ao capital social - Imunidade tributária - Não cabimento - Adquirente que possui atividade preponderantemente imobiliária - Aplicabilidade do art. 156, § 2º, I, da CF - Pretendida aplicação de *obiter dictum* mencionado no julgamento do RE nº 796.376, em sede de repercussão geral (Tema 796) - Impossibilidade - Efeito vinculante que não se estende às considerações tecidas a título de *obiter dictum* - Precedente do C. STF - Segurança denegada - Sentença reformada - Recursos providos. (...). E não socorre a impetrante a alegação de que a tese de que a imunidade do ITBI sobre a integralização de imóvel no capital social é incondicionada encontra respaldo na jurisprudência do STF. Isto porque, no julgamento do RE nº 796.376 em sede de repercussão geral (Tema 796), o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “A imunidade em relação ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor

dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado", não havendo qualquer relação com a matéria tratada nos autos. (...). De modo que, embora o STF, por ocasião do julgamento do RE nº 796.376, tenha feito menção de que a imunidade prevista pela primeira parte do art. 156, § 2º, I, da CF seria incondicionada, tal arguição configurou mero obiter dictum, sem qualquer explicitação dos fundamentos que levaram a essa afirmação, realizada de maneira superficial e pontual, não tendo nem mesmo integrado a tese fixada no Tema nº 769 de Repercussão Geral, razão pela qual não tem eficácia vinculante para outros órgãos do Poder Judiciário, assim como eventuais decisões posteriores em sede de recursos extraordinários. Com isso, considerando a atividade preponderante da imobiliária da impetrante, conforme demonstrado por seu próprio objeto social, deve ser afastada a imunidade prevista no art. 156, § 2º, inciso I, da CF. De rigor, portanto, a reforma da sentença para denegar a segurança.⁶³⁰

Válido aludir, ademais, ao julgamento do AgInt no CC nº 182.543/SC, em que a 1ª Seção do STJ afastou uma das regras jurídicas contidas no voto condutor do acórdão dos EDs no RE nº 855.178 (em que renovada a tese nº 793 de repercussão geral)⁶³¹, quanto à necessária integração da União ao polo passivo das ações que visam ao recebimento de medicamentos ausentes no rol do Sus. A despeito de sua consignação na ementa e no voto condutor (Min. Edson Fachin), referida regra não foi aderida pela maioria do plenário, cuja votação só consagrou a solidariedade dos entes federados pelo dever de prestar assistência na área da saúde, além de alguns critérios de direcionamento do cumprimento de sentença. Com base nisso, a 1ª Seção do STJ classificou aquela proposição relativa ao litisconsórcio necessário na ação de conhecimento como *dicta* e adotou o entendimento contrário⁶³².

⁶³⁰ BRASIL, TJSP, Apl nº 10653814120218260053, Rel. Eutálio Porto, 15ª Câmara de Direito Público, DJe 08.04.2022. Disponível em: <[⁶³¹ BRASIL, STF, EDs-RE nº 855.178, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em 20.07.2022.](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=15568235&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_c5cea57f356a4a51b53fa9ab05438e1f&g-recaptcha-response=03ANYolquiLjNB_Cpal7vV0NIKAO2s02rj-iAoxYE60HgJG47s070Co7MI2nDyyx75t6iL_46S15gN6bMbjpqbLOegVqH4xlq07KbbtAPqWh4TAIjsAelPRwZXkiDtB6ezMyVhnpHbrK8k_35fBM2C5pPSmZ8D2m1WSbSLFMasboDyVCIK1FSZ4Efi9Ql0dlxZZ5ktqkc94bN5xyOytxsjYy_E8knRrC5PhvpPw_5LiGdPkOZrnaTx2loRzJn9FKDPv93qrC8EZl-EWeNs-zoq21qGjji2pz2sjeGDgl55mSwrQA0bYGffO_bwl2E4LhoXLX9SiO4fbMyGPzTafPIVCnwkLJKLMN2RIGMcRjzl3cocHt_KUj7f-nFOxlZMek-HoLTr48P6z68cIIJs4c74356NDivOCg9ifjLiID3PttEzRqoYaBQn-mM4ggrMeurQ5PbfKxtTPwwUJ7yZSCdDursfRmDxP5bO9JqrsVpLRaBZ5j2ZfukWEYXgmGyAUokrfJOB4hVzmnjPlg-IJjvRbexGfVCZHMVVouQ-to8F4vOpH2t7_GYvfjHPSORDjXzTpThRpoYuXDN58OH_a1-1kFZmIPr5a3l3w>. Acesso em 20.07.2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁶³² "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO REGISTRADO NA ANVISA MAS NÃO INCORPORADO AO RENAME/SUS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. AÇÃO AJUIZADA SOMENTE

Portanto, tanto na teoria quanto na prática, essa técnica compõe a instrumentária disponível às partes e aos julgadores norte-americanos e brasileiros, com tratamento semelhante nos dois países.

3.2.2 *Distinguishing*/Distinção

O *distinguishing*⁶³³ é, provavelmente, a técnica mais comentada e consagrada na doutrina e na jurisprudência estadunidense e brasileira.

Trata-se da manobra comparativa inerente a tais sistemas jurisprudenciais, amplamente instrumentalizada pelas partes e órgãos aplicadores. Diante da *ratio* de precedente aparentemente controlador, deve-se verificar se os elementos fáticos dela componentes (os fatos materialmente relevantes) encontram correspondência no caso em análise. Se houver circunstância determinante no paradigma, ausente no caso concreto; ou se, ao contrário, existir fato importante no caso concreto, inexistente no paradigma, o julgador poderá fundamentadamente se desviar do precedente, ao

CONTRA OS ENTES ESTADUAL E MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO A ATRAIR A OBRIGATORIA INTEGRAÇÃO DA UNIÃO AO POLO PASSIVO DA AÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSO E JULGAMENTO DO FEITO. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MANTIDA. (...). VII - No particular, mencione-se que, ainda que tenha sido apresentada, no voto de lavra do Ministro Edson Fachin - relator para o acórdão, proposta que poderia implicar o litisconsórcio passivo necessário com a presença da União, tal premissa não integrou a conclusão do julgamento, consolidando-se apenas como obiter dictum. VIII - É exatamente nesse sentido, de inexistência de obrigatoriedade de inclusão de todos os entes federados no polo passivo das ações que pleiteiam o fornecimento de medicamentos que não constem da Rename/SUS - mas que já sejam registrados na Anvisa, que se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes precedentes: CC n. 172.817/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 9/9/2020, DJe 15/9/2020; AgInt no CC n. 166.929/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 16/6/2020, DJe 23/6/2020. (...). XI - Desse modo, à consideração de que a situação dos autos, conforme relatado, é de fornecimento de medicamento não incorporado ao elenco da Rename/SUS, mas não sendo caso de ausência de registro na Anvisa e, não ajuizada a demanda em desfavor da União, afasta-se a competência da Justiça Federal, que inclusive foi expressamente afastada (Súmula n. 150/STJ). XII - Agravo interno improvido.” (BRASIL, STJ, AgInt no CC nº 182.543/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 01.04.2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102889180&dt_publicacao=01/04/2022>. Acesso em 20.07.2022).

⁶³³ “É possível classificar a técnica da distinção (*distinguishing*) tomando por base um sentido amplo e outro estrito: a distinção em sentido amplo consiste no processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta; a distinção em sentido estrito refere-se ao resultado do processo argumentativo, quando se chega a efetivamente diferenciar dois casos ou duas situações, afastando-se a aplicação de determinado precedente.” (NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR. et al. (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3, p. 301–334, p. 313).

concluir que a dessemelhança é substancial o suficiente para afastar a lógica e a conclusão atingidas pela corte superior⁶³⁴.

Ou seja: para fins de *distinguishing*, averígua-se se as diferenças fáticas são juridicamente relevantes considerando os fundamentos centrais da corte autora; e, em caso positivo, reputa-se o precedente inaplicável, tomando-se a decisão com base em elementos normativos outros⁶³⁵.

Retomando-se o mesmo fadado exemplo hipotético do precedente que fixou a licitude de cobrança de taxa para circo municipal, à luz dos requisitos do art. 77 do CTN, suponha-se que, em um caso subsequente, o tributo também tenha sido cobrado dos munícipes para a própria construção da arena circense. Na espécie, poderia ser verificado que a cobrança, única e divisível, para a própria fruição *una* do serviço de lazer, foi fato material indissociável da fundamentação e da regra jurídica formulada, dando azo ao *distinguishing*.

Essa técnica é perfeitamente justificável e necessária à racionalização dos sistemas de precedentes. Como ocorre com qualquer norma jurídica, a incidência de regra jurisprudencial depende da efetivação do seu suporte fático⁶³⁶. Apenas se aplica a *ratio* às situações nela racionalmente enquadráveis, o que promove a previsibilidade e a isonomia no sentido de desigualdade entre desiguais. Ademais, o *distinguishing* proporciona grande refinamento do precedente, esclarecendo seu escopo e impulsionando a criação de regras paralelas para cenários fáticos diversos⁶³⁷. Aqui, na contramão do que muitas vezes ocorre no *overruling*, o direito evolui de maneira pontual e gradual, através de pequenos ajustes caso a caso.

Nota-se que, na concepção do instituto pela doutrina dos EUA, a tônica é sempre a comparação de fatos⁶³⁸, embora sejam estes indissociáveis de seus

⁶³⁴ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 390.

⁶³⁵ “The lower court distinguishing a precedent recognizes both the validity of the precedent and the lower court’s general obligation to follow it; it denies only an obligation to follow it in this particular case, which it claims to be insufficiently related.” (KLEIN, David; DEVINS, Neal. *Dicta, Schmicta: Theory Versus Practice in Lower Court Decision Making*. William & Mary Law Review, v. 54, Issue 6, p. 2021–2054, 2013, p. 2045).

⁶³⁶ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 279-280.

⁶³⁷ SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 355–406, 1997, p. 391.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 390; “One must be aware, however, if one knows how to define the precedent of a case and to properly limit the application of that precedent to the relevant facts upon which it is based, one

enquadramentos jurídicos. Na prática, verifica-se se as circunstâncias do caso concreto são diferentes ao ponto de reclamarem tratamento jurídico desigual⁶³⁹.

De modo geral, não há que se exigir absoluta igualdade para que a regra jurisprudencial seja aplicável, o que esvaziaria indevidamente seu escopo⁶⁴⁰. Exige-se, isso sim, a existência de relativa identidade quanto aos elementos substanciais, quanto aos pontos que conduzem e justificam a aplicação da norma do precedente, sendo indispensáveis à sua conclusão. Ressalta-se que a controvérsia em torno dos critérios para determinação da *materialidade* dos fatos já ocupou muito a doutrina norte-americana⁶⁴¹, embora não nos caiba, nesta senda, o aprofundamento da matéria, que culmina em complexos debates linguísticos.

Nos basta dizer que, apesar dessas dificuldades, na prática, a técnica é muito frequentemente aplicada nos tribunais estadunidenses, inclusive em face de precedentes superiores.

Cite-se, por exemplo, o recente caso *Greater Seattle Chamber of Commerce v. City of Seattle*, em que a *Court of Appeals of Washington, Division 1* (2ª instância estadual) distinguiu o precedente formado em *Cary v. Bellingham*. Neste último, a *Washington Supreme Court* (3ª instância estadual) invalidou tributo municipal cobrado sobre os proventos dos trabalhadores da cidade, sob o fundamento de que o direito de ganhar a vida através do labor não constitui privilégio concedido pelo governo, o que, sob a lei estadual, seria indispensável para a instituição da espécie tributária em questão (*excise tax*). Tempos depois, em *Greater Seattle Chamber of Commerce v. City of Seattle*, o tribunal intermediário afastou essa *ratio superior* via *distinguishing*, registrando que, no caso ali colocado, o tributo era cobrado das empresas, sobre o

can, in many cases, distinguish the precedent under consideration in such a manner that the formal holding of a precedential case is said not to be binding in a subsequent case before the court because it is distinguished on its facts.” (COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, p. 137–154, 2005, p. 139).

⁶³⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 286.

⁶⁴⁰ “Certo que, no mundo real, muito dificilmente dois casos ou fatos se apresentariam perfeitamente idênticos, e, por isso, a fixação clara da base fática do precedente é importante para permitir que a mesma *ratio decidendi* seja aplicada aos casos sucessivos, mesmo que se reconheça que não há necessidade de perfeita identidade entre o fato jurídico do precedente e aquele do caso sucessivo, bastando que sejam substancialmente análogos ou sem diferenças relevantes.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 105). No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 144.

⁶⁴¹ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 503–517, 1997, p. 505-506.

somatório das folhas de salário (e não sobre os ganhos unitários dos trabalhadores), afastando o raciocínio da corte superior. Concluiu-se então que o ato de fazer negócios dentro da jurisdição municipal constitui privilégio controlado pelo governo, que, portanto, teria a prerrogativa de instituir o tributo sobre a atividade⁶⁴².

Por sua vez, no Brasil, a técnica já vem sendo há algum tempo tratada pela doutrina⁶⁴³, em teorização a princípio semelhante à desenvolvida nos EUA (o que será revisto a seguir). Por isso, e por sua importância, o instituto acabou sendo expressamente incorporado no novo ordenamento processual. O já citado art. 489, §1º, V, do CPC, considera nula decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, no que se inclui a demonstração da similaridade fática. Ademais, o inciso VI reputa igualmente omissa a decisão que “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.”⁶⁴⁴

Há ainda regulamentação do *distinguishing* em situações processuais específicas. Destaca-se em especial, que a distinção equivocadamente ignorada ou

⁶⁴² “The City's payroll expense tax is readily distinguishable from the tax imposed in Cary. In Cary, the income based tax was levied on the employee, while the payroll tax here is levied on the business itself. The payroll expense tax applies to the privilege of engaging in business, not an employee's right to earn a living by working for wages. The taxation of a business's payroll expense and the taxation of an individual employee's earnings are not the same taxable incident. Again, there is a fundamental difference between one engaged in business and one who is simply employed by others. A prohibition against taxing one party in a relationship does not prohibit a tax on the other party. See *Klickitat County v. Jenner*, 15 Wn.2d 373, 382, 130 P.2d 880 (1942). In Cary, the tax was unconstitutional because the right to work for wages was not a “substantive privilege granted or permitted by the state.” Instead, the right to work for wages was an “inalienable right” that could not be taxed. Cary, 41 Wn.2d at 472 (quoting *State v. City of Sheridan*, 25 Wyo. 347, 357, 170 Pac. 1 (1918)). But engaging in business is a privilege granted or permitted by the City and therefore open to taxation. *Lakehaven Water & Sewer Dist. v. City of Fed. Way*, 195 Wn.2d 742, 753-54, 466 P.3d 213 (2020). Because the payroll tax is levied on the business, it is a valid exercise of the City's taxing authority. Cary does not support the Chamber's position.” (USA, Court of Appeals of Washington, Division 1, Opinion of the court by judge Mann, 21.06.2022. Disponível em: <<https://www.courts.wa.gov/opinions/pdf/828304.pdf>>. Acesso em 25.07.2022).

⁶⁴³ “É intuitivo que, para aplicar a ratio decidendi a um caso, é necessário comparar o caso de que esta provém com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. O distinguishing expressa a distinção entre os casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento ao precedente.¹³⁵ Assim, é necessário delimitar a ratio decidendi, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. O distinguishing revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a ratio do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 227-228).

⁶⁴⁴ Cite-se também o enunciado nº 174 do FPPC, segundo o qual “a realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.”

equivocadamente realizada foi expressamente erigida como fundamento para ação rescisória, conforme art. 966, §5º, do CPC. De toda forma, a técnica deva pautar o manejo de precedentes ao longo de todo o processo, considerando as possibilidades de aplicação de normas jurisprudenciais desde o começo (a exemplo da improcedência liminar)⁶⁴⁵.

Inclusive, há de se cogitar hipótese em que o fato material conciliador ou diferenciador do processo em julgamento depende de prova a ser produzida em juízo, o que motivou a edição do enunciado nº 364 do FPPC, segundo o qual, após proferimento de ordem de suspensão geral em recurso repetitivo (art. 1.036, §1º do CPC), “O sobrestamento da causa em primeira instância não ocorrerá caso se mostre necessária a produção de provas para efeito de distinção de precedentes.”

Foi essa a situação no julgamento do Agravo de Instrumento nº 5022367-46.2021.4.04.0000, em que o TRF-4 proveu o recurso para deferir o prosseguimento da instrução probatória, a fim de verificar se o ruído laboral a que submetido o trabalhador (parte) era em nível constante (sem oscilação) e acima do limite legal; o que diferenciaria o caso da temática a ser julgada pelo STJ no Tema Repetitivo nº 1.083 (“possibilidade de reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais pela exposição ao agente ruído, quando constatados diferentes níveis de efeitos sonoros, considerando-se apenas o nível máximo aferido, a média aritmética simples ou o Nível de Exposição Normalizado (NEN)”)⁶⁴⁶.

Outrossim, apesar de sua concepção nos EUA, focada nos precedentes “padrão”, nota-se que a distinção também pode e deve ser realizada frente aos

⁶⁴⁵ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 384.

⁶⁴⁶ “PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMA 1083. SOBRESTAMENTO DO FEITO PRINCIPAL. LABOR EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. ALEGAÇÃO DE DISTINGUISHING EM RELAÇÃO AO TEMA REPETITIVO. PROSSEGUIMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. 1. Aventando o agravante a tese de que o caso dos autos guarda peculiaridades que o distinguem da discussão travada no Tema STJ nº 1083, é mister a necessária instrução do feito, inclusive com a designação de perícia, caso considerada necessária sua realização na origem, pois, por ora, sequer resta definido se a prova dos autos já juntada e a que eventualmente será produzida, indicará diferentes níveis de efeitos sonoros. 2. Após o encerramento da instrução processual haverá elementos para deliberar se a discussão do processo principal envolve, de fato, matéria do Tema STJ nº 1083, oportunidade em que será possível decidir-se sobre a necessidade ou não de sobrestamento do feito. 3. Agravo de instrumento provido. (BRASIL, TRF-4, Agravo de Instrumento nº 5022367-46.2021.4.04.0000, Rel. Des. Sebastião Ogê Muniz, Turma Regional Suplementar de SC, DJe 22.07.2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002627495&versao_gproc=5&crc_gproc=b3bdd912>. Acesso em 24.07.2022).

acórdãos paradigmas geradores de teses e súmulas⁶⁴⁷. Tais enunciados-sínteses, na prática, podem ou não retratar com acurácia os fatos materiais do paradigma (a despeito da orientação do art. 926, §2º, do CPC) – o que sempre deve ser conferido pelas partes e julgadores, conforme já abordado⁶⁴⁸.

Aliás, nos termos do art. 1.037, §9º, do CPC⁶⁴⁹, a distinção pode ser realizada antes mesmo da formação da espécie vinculante, em face do próprio tema controvertido pré-fixado pela corte autora (ao afetar recurso repetitivo e ordenar suspensão geral). Tal hipótese envolve manobra analítica mais simples, dados os poucos elementos fáticos e jurídicos dispostos na definição do *thema decidendum*⁶⁵⁰. Trata-se de mais uma marca do afeiçoamento de nosso sistema ao raciocínio *subsuntivo* da premissa “menor” (caso em julgamento) à premissa maior (tema ou tese)⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ “Nessa perspectiva, atualmente positivada no §2º do art. 926 do CPC, para se saber se uma súmula é aplicável a outro caso, é necessário verificar os fundamentos determinantes das decisões que estão à sua base. Sem a busca da história das súmulas, jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que a súmula pode, justificadamente, ter o seu alcance estendido ou restrito mediante distinção para permitir a solução do caso sob julgamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação Rescisória: do juízo rescindendo ao juízo rescisório*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 217).

⁶⁴⁸ “É possível discutir ao infinito as técnicas de redação da súmula ou da tese jurídica, com maior ou menor referência aos elementos de fato, mas um ponto é certo: a interpretação da orientação jurisprudencial não deve restar só no texto da súmula ou da tese jurídica fixada, mas deve, necessariamente, retornar aos julgados que lhe deram origem, como sugeria a doutrina no passado e que pode ser atualmente renovada, para se obter todo o potencial orientativo do direito jurisprudencial, ligando a súmula ou a tese jurídica com o caso concreto, cenário que vai servir de base para decisões futuras no mesmo ambiente fático-jurídico.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 86).

⁶⁴⁹ Art. 1.037, § 9º. “Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.”

⁶⁵⁰ “Note-se que, em caso de recurso repetitivo – e também na hipótese de incidente de assunção de competência – importa saber se a questão de direito é a mesma. A questão de direito tem que ser igual, idêntica. Não se pensa, ao contrário do que ocorre em hipótese de *ratio decidendi*, em caso semelhante que deve ser resolvido pela mesma *ratio*.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação Rescisória: do juízo rescindendo ao juízo rescisório*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 319).

⁶⁵¹ “No *common law*, a argumentação é realizada de uma forma caso a caso, com um foco particularmente forte nos fatos e na construção de razões jurídicas de acordo com a ligação do direito aos fatos. O estilo das fundamentações dos julgamentos e das argumentações dos juristas em geral lida diretamente com a problemática fática das causas, isto é, com a aproximação e afastamento dos fatos analisados, com a demonstração de similitudes e de diferenças que podem ser importantes ou não para a solução da demanda. Diante disso, pode-se afirmar que que arrazoar por analogia é uma característica do *stare decisis* e da doutrina dos precedentes. Essa forma de argumentar diferencia-se da típica do *civil law*, mais preocupada em demonstrar que determinado fato encaixa-se no conceito legal.” (MACÉDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 285).

Embora nos EUA o raciocínio seja predominantemente analógico (caso concreto *versus* caso do precedente), também há cenários nos quais os julgadores vinculados analisam o amoldamento dos processos levados a seu conhecimento aos temas decisórios a serem futuramente enfrentados pela corte suprema, sem que haja ainda acórdão final com fatos e fundamentos determinantes consagrados: esse exame subsidia ordens de *hold in abeyance*, conforme visto no tópico 2.5. Aí, contudo, isso é feito a partir do exame das peças do caso paradigma a ser julgado, sem que haja pré-delimitação formal ou expressa do tema pela corte autora.

A essa altura, há de se reiterar que o ônus argumentativo das partes/advogados – os sujeitos mais conectados às especificidades de seus casos concretos – é tanto quanto ou mais importante que o dos julgadores para fins de operacionalização da técnica da distinção⁶⁵², seja em face de temas, seja em face de precedentes, súmulas ou teses.

Enfim, na jurisprudência brasileira também há muitos exemplos de emprego do *distinguishing*. Um precedente que tem sido objeto de várias distinções, pela própria corte autora e pelos órgãos vinculados, é o acórdão do REsp repetitivo nº 1.726.563, talvez pela sensibilidade do entendimento fixado, que ficou assim sintetizado: “As operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Anvisa” (tese nº 990 do STJ). Nesse julgado, o principal fundamento adotado pela corte superior foi que o processo de aprovação pela agência governamental importa garantias de qualidade, segurança, eficácia e saúde pública para os envolvidos; prevalecendo as normas de segurança sanitária sobre as disposições do CDC, que possuiriam aplicação apenas subsidiária. No caso paradigma, determinou-se o dever de fornecimento do medicamento requerido pela parte somente para o período posterior à sua aprovação pela Anvisa⁶⁵³.

Dentre as manobras que têm sido realizadas pelas instâncias inferiores, veja-se, por exemplo, trecho do acórdão do TJMG no AI nº 2162812-83.2021.8.13.0000. A corte mineira afastou aquele precedente do STJ com base na ausência de risco sanitário no caso concreto, em que o cancelamento do registro do medicamento

⁶⁵² NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 385.

⁶⁵³ BRASIL, STJ, REsp nº 1.726.563, Rel. Min. Moura Ribeiro, 2ª Seção, DJe 26.11.2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1712163. Acesso em 25.07.2022.

requerido pela parte, previamente aprovado pela agência, fundou-se em ausência de interesse comercial (e não em razões de salubridade):

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA - TUTELA PROVISÓRIA - NEGATIVA INDEVIDA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PRESCRITO POR PROFISSIONAL DE SAÚDE QUE ASSISTE A PACIENTE - MOLÉSTIA PREVISTA NA COBERTURA DO PLANO DE SAÚDE - REGISTRO CADUCO JUNTO À ANVISA - TEMA 990 DO STJ - DISTINGUISHING - PARTICULARIDADE DO CASO CONCRETO - RECURSO NÃO PROVIDO. (...).

3. A ratio decidendi adotada pelo C. STJ no REsp nº 1726563, submetido a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 990), é a de que os medicamentos não registrados pela ANVISA não foram submetidos - ou foram reprovados - , nos testes de segurança e eficácia desenvolvidos pela Agência Reguladora, de modo que, por essa razão, o seu fornecimento representaria notável risco sanitário.

4. Como, no caso concreto, o medicamento passou pelo crivo sanitário da ANVISA, tendo sofrido cancelamento de registro por motivo de desinteresse comercial, deve-se realizar a distinção com a tese firmada no referido Tema 990/STJ, para possibilitar o fornecimento do medicamento. Precedentes do STJ. (...).

Ocorre que, in casu, ao que tudo indica, o registro na ANVISA parece ter sido cancelado/não renovado por desinteresse comercial do laboratório fabricante, e não por razões de salubridade. Com efeito, tem-se que o fármaco possuía registro válido pela ANVISA, ou seja, já havia passado pelo crivo sanitário da Agência Reguladora e, salvo melhor juízo, não parece ter havido alteração fática em relação à recomendação/aprovação sanitária do medicamento. (...). Mediante o exposto, nego provimento ao recurso⁶⁵⁴.

Veja-se também um exemplo de *distinguishing* realizado pelo STJ relativamente ao seguinte entendimento firmado no RE nº 601.720: “Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo” (tese nº 437 de repercussão geral)⁶⁵⁵. No paradigma do Supremo, a empresa cessionária era exploradora de atividade econômica com fins lucrativos, o que foi determinante para a fundamentação ali adotada, no sentido de que em alguns casos a imunidade recíproca do art. 150, VI, a, da CRFB, não se aplica nem ao próprio ente público explorador de atividade econômica (§3º); e que a ausência de cobrança de tributo na espécie importaria vantagem econômica indevida e ofensa à livre concorrência (art. 170, IV, DA CRFB).

⁶⁵⁴ BRASIL, TJMG, AI nº 2162812-83.2021.8.13.0000, Rel. Des. Wagner Wilson, 19ª Câmara Cível, DJe 17.02.2022. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=ECDDFE9DC748A983020EA9D9D3550608.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2162812-83.2021.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 25.07.2022.

⁶⁵⁵ BRASIL, STF, RE nº 601.729, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 05.09.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13534812>. Acesso em 24.07.2022.

Ocorre que, no caso levado ao conhecimento da 2ª Turma do STJ, a cessionária era entidade sem fins lucrativos, o que deu azo à distinção:

TRIBUTÁRIO. IPTU. NÃO INCIDÊNCIA. BEM PÚBLICO. IMÓVEL. RUAS E ÁREAS VERDES. CONTRATO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO. CONDOMÍNIO FECHADO. AUSÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO DA SEGUNDA TURMA.

1. A Segunda Turma reconheceu a não incidência do IPTU sobre considerados bens públicos cuja administração foi concedida, com base em contrato de concessão de direito real de uso, a condomínio privado e fechado, entidade civil sem fins lucrativos. O decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 437 da repercussão geral (RE 601.720) não conflita com a conclusão alcançada no julgamento do recurso especial, porquanto ausente emprego de bem público para o desenvolvimento de atividades privadas lucrativas.

2. Juízo de retratação negativo, mantendo o aresto proferido, que deu provimento ao recurso especial.

NOTAS: Técnica de Distinção (distinguishing) aplicada em relação à Repercussão Geral.⁶⁵⁶

Noutro enfoque, tanto no Brasil quanto nos EUA os exercícios de *distinguishing* não são matemáticos e frequentemente envolvem zona cinzenta. A própria corte autora ou os órgãos aplicadores podem acabar aumentando ou reduzindo o espaço de distinção ao fixarem os fatos materiais da causa com determinado nível de abstração ou de detalhamento⁶⁵⁷. Retomando-se o exemplo do precedente da taxa circense, imagine-se que em casos concretos subsequentes a taxa municipal fosse cobrada para entrada em outro tipo de empreendimento, como um cinema ou um laboratório de informática. A depender do nível de abstração conferido aos “fatos materiais” do precedente (cobrança para circo, cobrança para empreendimentos de lazer, cobrança para qualquer empreendimento público), poder-se-ia arguir sua extensibilidade ou não.

A doutrina americana refere-se ao procedimento de limitar a aplicação do precedente apenas aos casos com os mesmíssimos fatos presentes no paradigma

⁶⁵⁶ BRASIL, STJ, REsp nº 1.091.198/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 12.08.2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802196925&dt_publicacao=12/08/2019. Acesso em 24.07.2022.

⁶⁵⁷ “Desse modo, é essencial a potencialidade prática das distinções (distinguishing), tanto como vetor para a ampliação da regra como para sua restrição, conforme as exigências dos casos futuros, como também das modificações sociais.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 292).

como “*confining*” (“confinar o precedente a seus fatos”)⁶⁵⁸. Trata-se de interpretar a fundamentação do acórdão gerador como limitada a situações bastante específicas, quase idênticas às do paradigma, tomadas em alto nível de concretude. Tal expediente reduz bastante o escopo da *ratio*, impedindo que a racionalidade a ela subjacente espraie efeitos para além do estritamente necessário.

A depender do contexto, a interpretação muito restritiva – que dá azo a reiteradas distinções – pode importar alerta (por parte da corte autora ou dos órgãos aplicadores) acerca de discordância com as razões-base adotadas no precedente, sinalizando possível *overruling* futuro⁶⁵⁹.

Subindo-se um nível de “subversão”, chega-se ao “*narrowing*” ou “*inconsistent distinguishing*”⁶⁶⁰, correspondentes à “distinção inconsistente” brasileira. Nesse expediente, o órgão vinculado desvia-se de precedente mediante interpretação racionalmente inapropriada quanto a (in)aplicabilidade da *ratio* ao processo em julgamento. Isto é: embora, pela melhor leitura do precedente e do caso concreto, pudesse (e devesse) concluir que há similitude suficiente entre os fatos materiais, o julgador afasta esse resultado, ao conceder relevância distintiva a elemento que na verdade é meramente acessório e que não interferiria na incidência da *ratio* superior⁶⁶¹.

Retomando-se o exemplo do tributo circense, imagine-se que o órgão vinculado discorde da *ratio* fixada pela corte superior, e então valha-se de qualquer “detalhe” diferente do caso concreto para justificar desvio, como, por exemplo, o fato

⁶⁵⁸ “As we use the phrase, confining a case to its facts entails treating the case as good law should its facts recur, but regarding it as having been overruled in all other contexts. A confined case almost certainly would have come out differently had it been decided today, yet it retains precedential force within a narrow band of future cases—those that share its facts.” (RICE, Daniel B.; BOEGLIN, John. *Confining Cases to Their Facts*. Virginia Law Review, v. 105, p. 865–929, 2018, p. 873).

⁶⁵⁹ O excesso de distinções pode indicar a fragilidade do precedente: DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, e-book, 2008, p. 115; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 228.

⁶⁶⁰ O termo *narrowing* é usado por Richard M. Re para a prática de afastar precedente que seria racionalmente melhor considerado como aplicável aos fatos do caso, a despeito de haver alguma ambiguidade na fundamentação da corte superior, a permitir espaço interpretativo (RE, Richard M. *Narrowing Supreme Court Precedent from Below*. The Georgetown Law Journal, v. 104, p. 921–971, 2016, p. 927-928). Eisenberg refere-se à distinção inconsistente como a prática de afastar a aplicação de precedente com base em diferenciação inconsistente com a racionalidade e os princípios subjacentes à *ratio*, sem focar a necessidade de que o acórdão gerador contenha alguma ambiguidade. (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, edição kindle, posição 2776). Na prática, consideramos que os dois conceitos se aproximam bastante, pois, em geral, existe algum espaço interpretativo no texto do acórdão gerador.

⁶⁶¹ RE, Richard M. *Narrowing Supreme Court Precedent from Below*. The Georgetown Law Journal, v. 104, p. 921–971, 2016, p. 927-928

de a taxa nele debatida ser cobrada na saída, ou de a apresentação custeada envolver outros números artísticos. Trata-se, obviamente, de exemplo hipotético exagerado: na prática, os limites entre a consistência e a inconsistência podem ser mais tormentosos.

A doutrina brasileira reconhece situações reais em que distinções inconsistentes funcionaram como catalizadoras de importantes mutações em precedentes supremos tidos por equivocados⁶⁶². Patrícia Perrone e Paula Baqueiro citam, dentro outros, o caso da ADC nº 4, que reconheceu a validade da vedação ao deferimento de tutela antecipada contra a Fazenda (art. 1º da Lei nº 9.494/1997), com fundamento na razoabilidade e no interesse público. As autoras referem que o entendimento foi mal-recebido pelas instâncias ordinárias, que passaram a fazer distinções inconsistentes para “excluir da vedação de antecipação de tutela todo e qualquer restabelecimento de verbas previdenciárias e, até mesmo, o deferimento de aposentadorias.”⁶⁶³ Esses decisórios produziram uma massa de reclamações ao STF, levado a revisar parcialmente o seu entendimento anterior, o que culminou na edição da Súmula nº 729: “A decisão na ADC nº 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.

A temática é controversa (inclusive nos EUA)⁶⁶⁴, mas consideramos que se trata de “prática” e não de “técnica”⁶⁶⁵. Isso porque, nesse expediente, a racionalidade do sistema de precedentes e os valores a ele inerentes são efetivamente desprestigiados em um procedimento furtivo. O julgador afirma realizar distinção, quando na realidade está subvertendo a lógica desse mecanismo para afirmar a tese

⁶⁶² “A resistência das cortes vinculadas em cumprir um precedente que repute errada e a sistemática produção de distinções inconsistentes geram uma pressão sobre os tribunais superiores. Leva a tais tribunais uma massa de recursos, levanta novos pontos de vista, reforça argumentos em prol de uma solução diversa e pode fazer com que as cortes vinculantes revejam seu entendimento e, por conseguinte, superem seu precedente. Há, de fato, uma íntima relação entre a resistência das cortes vinculadas a aderir a um precedente, a produção em massa de distinções inconsistentes e a superação parcial ou total do precedente. (PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; BAQUEIRO, Paula de Andrade. *Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal*. Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 8, n.1, p. 667–688, 2018, p. 676).

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 678.

⁶⁶⁴ Eisenberg pondera alguns benefícios da prática: “By using the technique of inconsistent distinguishing, a court may simultaneously move the law toward social congruence, protect past justified reliance on the core of a doctrine, diminish the likelihood of future justified reliance, and prepare the way for an overruling that might not have otherwise been proper.” (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, edição kindle, posição 2843).

⁶⁶⁵ Nesse sentido, compreendendo a distinção inconsistente como erro judiciário: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 276; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 297-298.

tida como mais correta. Trata-se, na maioria das vezes, de discordância meritória disfarçada.

A depender do conteúdo do precedente desviado, é possível que essa manobra tenha sua relevância social e jurídica (em termos de justiça e desenvolvimento do direito); mas não há de ser compreendida como “técnica”, e sim como seu desvirtuamento.

Há de se abordar, enfim, uma nova proposta surgida na doutrina brasileira em torno do *distinguishing*, que se afasta da concepção do instituto nos Estados Unidos – e em outros países de *common law*. Trata-se da chamada “distinção jurídica”, isto é, distinção por argumento novo não considerado no julgamento paradigma. Ravi Peixoto é um dos autores que capitaneia a tese, destacando que a introdução do inovador instituto no ordenamento brasileiro seria decorrente do art. 966, §5º e §6º, do CPC⁶⁶⁶:

Art. 966 § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Segundo o processualista pernambucano, tal modalidade de distinção permitiria desvio do precedente mesmo diante de cenários fáticos idênticos, quando presente argumento jurídico não analisado no acórdão paradigma⁶⁶⁷. Nisso se incluiriam, inclusive, os elementos que permitiriam a superação pela própria corte autora (desenvolvimentos sociais, inconsistências normativas etc.)⁶⁶⁸. A diferença entre o *overruling* e a “distinção jurídica” residiria apenas na capacidade do primeiro de revogar o precedente, mediante pronunciamento do tribunal que o fixou; enquanto

⁶⁶⁶ “No entanto, embora pareça simples, tal previsão normativa tem consequência bastante relevante para a utilização rescisória, ao admitir o seu cabimento quando a parte puder demonstrar que sua situação é particular porque é detentora de questão jurídica não examinada. Essa previsão vai muito além da tradicional distinção, que é tratada como particularidade fática. O que permite, em tal situação, é que a parte afirme o seguinte: minha situação fática é idêntica à do acórdão repetitivo utilizado como fundamento, no entanto, há um argumento novo, não utilizado naquele acórdão. E esse fundamento, por si só, tem condições de alterar a conclusão de decisão rescindenda.” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 262).

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 265.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 268.

a segunda, a ser realizada por qualquer julgador, apenas embasaria o desvio do padrão decisório no caso concreto⁶⁶⁹. Por raciocínio *a fortiori*, tal técnica seria cabível não só para fins de rescisória, mas em qualquer momento processual menos “radical”⁶⁷⁰.

A despeito dos relevantes apontamentos do autor, que inclusive destaca a exigência de fortíssimo ônus argumentativo para aplicação da nova manobra⁶⁷¹, considera-se que o tema há de ser analisado e delimitado com cautela. Do contrário, corre-se o risco de jogar por terra toda a lógica inerente ao sistema de precedentes obrigatórios, permitindo-se, em última análise, que os órgãos vinculados afastem precedente com base em quaisquer argumentos não exaustivamente abordados no acórdão gerador da espécie vinculante.

Basta imaginar o cenário se, no multicitado exemplo hipotético da taxa circense, fosse possível aos tribunais intermediários recusar aplicação ao precedente, logo após sua vigência, sob o argumento de que o conceito jurídico de “especificidade” do serviço público seria incompatível com apresentações coletivas – matéria que, a despeito de não ter sido abordada nesses termos pela corte autora, fez parte do seu escopo de análise, ao determinar-se que referido tributo preenche os requisitos do art. 77 do CTN.

Consideramos que esse tipo de manobra não é albergado pelo sistema. O que nos parece é que o art. 966, §6º, do CPC, cita “questão jurídica” no sentido de *thema decidedum*, de controvérsia jurídica enfrentada, e não de qualquer argumento. Assim, se no julgamento gerador do precedente o tema de direito apreciado foi “x”, e no caso concreto subsequente é “y”, inexistente aplicabilidade direta da espécie vinculante. Se, por equívoco, o julgador proceder à sua aplicação automática, há erro judiciário, corrigível inclusive via ação rescisória em face da coisa julgada formada⁶⁷².

Essa compreensão é corroborada pela terminologia utilizada no art. 1.037, §9º, do CPC, que trata da impugnação do sobrestamento de feito, quando ocasionado

⁶⁶⁹ Ibid., p. 271.

⁶⁷⁰ Ibid., p. 264.

⁶⁷¹ Ibid., p. 267.

⁶⁷² A mesma lógica se aplica aos processos resolvíveis por aplicação de lei positivas, e não de normas jurisprudenciais: é equivocado que o juiz invoque lei relativa à matéria jurídica diversa da pertinente ao caso, tanto quanto é equivocado que aplique lei cujo suporte fático não se faz presente. Um artigo dentro da lei que regula os critérios para concessão de um auxílio governamental para a população necessitada pode determinar que “considera-se de baixa renda a família que auferir menos de 500 reais per capita”, mas essa norma não poderá ser invocada de maneira totalmente direta para decidir a pobreza para fins de isenção de uma taxa em concurso público, por exemplo.

por ordem proferida pelo STF ou pelo STJ dentro do rito de repetitivos. De acordo com esse dispositivo, “Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.”

Aí referencia-se novamente a tal distinção por questão jurídica, o que, sistematicamente, auxilia a verificação dos contornos e limites legais dessa manobra. No momento em que o tribunal superior fixa seu *thema decidendum*, proferindo ordem de sobrestamento geral, ainda não existe acórdão meritório do qual se possa extrair com acurácia os fatos e fundamentos consagrados. Mas há delineamento de questão jurídica, no sentido acima referido, com inclusão de alguns condicionantes fáticos. Nessa situação, a divergência entre a controvérsia de direito dos autos e a controvérsia a ser enfrentada pela corte superior autoriza a parte a requerer o prosseguimento de seu processo (assim como a divergência fática, com que pode guardar relação inquebrantável). A mesma lógica deve guiar a “distinção jurídica” em todas as etapas processuais, inclusive quando o paradigma já tiver sido julgado.

Nesse viés, percebe-se que a distinção em torno do tema jurídico comumente guarda estreita conexão com a distinção fática. Muitas vezes, o fato peculiar do processo em julgamento impõe nova controvérsia de direito: no exemplo do precedente que estabelece a legalidade da exigência de taxa para entrada em circo municipal; o caso subsequente em que a cobrança é efetuada para a própria construção da arena circense envolve fato distintivo que implica nova questão jurídica. Outras vezes, essa relação é mais distante: as circunstâncias podem ser idênticas, mas colocadas sob prisma jurídico diverso, a impor nova controvérsia. Por exemplo, se existe precedente fixando o cabimento de danos morais presumidos contra pet shop que perde animal de cliente, a regulação dos danos materiais na espécie configura nova questão de direito.

Apenas nesses termos a “distinção jurídica” deve ser aceita no modelo de precedentes brasileiro; guardando pertinência com a racionalidade do sistema. Na doutrina norte-americana, esse tipo de análise – identidade de temas jurídicos enfrentados – não costuma ser tratado como ramificação do tradicional *distinguishing*, a menos que seja decorrência direta da distinção fática, como visto. Fora disso, tal

expediente se situa em etapa “preliminar” da seleção de precedentes relevantes ao caso em julgamento⁶⁷³.

Ressalte-se que os postulados do contraditório e fundamentação qualificados são importantíssimos no processo brasileiro, especialmente no contexto da formação de precedentes, conforme já abordado. Tem-se aí exigências de seleção estratégica de casos paradigmas e de abertura para ampla participação geral, a gerar o debate e a análise do maior número de argumentos relevantes pela corte autora. Não consideramos, contudo, que tais postulados autorizam o desvio do precedente, nos subsequentes casos concretos, diante de qualquer argumento novo (fora dos parâmetros citados): sempre haverá teses não diretamente abordadas pelo tribunal prolator. De modo geral, o que importa é verificar se na sua fundamentação houve tratamento consistente da questão jurídica relevante ao processo *sub judice*, considerados os pontos então selecionados como mais relevantes ao debate.

Portanto, a parte ou o julgador que discorda do conteúdo de espécie vinculante superior, que trata de questão jurídica (*thema decidendum*) idêntica, com fatos materiais idênticos, não pode invocar qualquer sorte de “argumento novo” para fins de desvio. Quando não for cabível outra técnica de manejo, o precedente deve ser aplicado com ressalva de entendimento⁶⁷⁴ (tratada no tópico seguinte), cabendo à parte buscar superação junto à corte autora, alegando esses novos elementos.

⁶⁷³ No Brasil, esse tema assume mesmo maior relevância, dado que alguns procedimentos objetivos de produção de espécies vinculantes envolvem a prefixação formal e expressa de enunciados que encapsulam o *thema decidendum* (desde logo aplicados para fins de sobrestamento geral), que posteriormente desbordam em teses ou súmulas. Nos EUA, como visto, as vezes ocorrem semelhantes suspensões através de ordens de “*hold in abeyance*” de processos relativos à mesma questão jurídica a ser enfrentada pela *Supreme Court*, mas não se trata de prática geral e institucionalizada.

⁶⁷⁴ Nesse sentido: “Ao ser o juiz um dos sujeitos do contraditório moderno e participativo, ele também deve poder auxiliar na formação dos precedentes, seja concordando com sua aplicação, seja distinguindo e superando (quando possível), seja apresentando contrapontos para que o tribunal leve em consideração novos argumentos, mesmo que seja instado a aplicar o padrão decisório das Cortes Superiores. Ao se partir deste pressuposto, por exemplo, caso o órgão jurisdicional constate a existência de fundamento novo, não levado em consideração na formação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, aplicará o atual entendimento e explicitará as razões que determinariam novo entendimento, a ressalva de entendimento. Nestes termos, seria possível, mediante esta modalidade de contraditório judicial, entre os órgãos do poder judiciário, viabilizar e fomentar a superação (*overruling*) e promover a manutenção do debate e da independência interna na magistratura. Os juízes, apesar de serem compelidos a seguir o entendimento dos tribunais, poderão continuar a exercer a reflexão sobre o acerto ou erro da jurisprudência, inclusive promovendo a provocação de um debate de aprimoramento (constante) do ordenamento jurídico.” (NUNES, Dierle. Afastamento de precedente não pode continuar sendo regra. *Conjur*, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamentoprecedente-nao-regra>. Acesso em 24.07.2022.)

Ao exposto, conclui-se que o *distinguishing* consubstancia expediente comparativo de enorme relevância nos sistemas de precedentes estadunidense e brasileiro. Boa parte da teorização e da prática da técnica no Brasil inspiraram-se nos *standards* norte-americanos, havendo hoje muitos conceitos e preocupações comuns aos dois modelos. Apesar disso, existem peculiaridades do ordenamento processual pátrio que impõem novas propostas e debates, a exemplo dos limites da citada distinção por argumento novo, que começa a ser debatida entre nós.

3.2.3 *Criticizing*/Ressalva de opinião

A técnica norte-americana do *criticizing*, geralmente utilizada quando incabível qualquer manobra de desvio, consiste em aplicar precedente controlador ao caso concreto, registrando discordância quanto a seu conteúdo meritório⁶⁷⁵. O órgão julgador declara que seguirá o entendimento superior porque é obrigado a fazê-lo, mas deixando claro que o desaprova.

Note-se que o *criticizing* é viável tanto na *opinion* majoritária/ no voto condutor; quanto em voto divergente, se a ressalva pertencer apenas a um dos julgadores, ou a um grupo minoritário⁶⁷⁶. O mais relevante, em todo caso, é que a crítica seja devidamente fundamentada, de forma a municiar a parte “prejudicada” e viabilizar verdadeiro diálogo com a corte autora, competente para a revisão do precedente. Deve-se justificar os motivos da discordância: erro crasso, obsolescência etc. Em especial, são muito valiosos os *insights* das instâncias inferiores quanto à impraticabilidade de determinadas regras jurisprudenciais nos casos concretos.

Assim, mesmo para os processos em que existe precedente *on point* impassível de afastamento, a parte pode trabalhar nas instâncias ordinárias visando à consignação da ressalva, a fortalecer sua futura argumentação recursal junto ao tribunal superior⁶⁷⁷. Uma crítica inferior bem fundamentada já é um importante primeiro passo. Significa dizer à corte autora que outros componentes do próprio

⁶⁷⁵ A respeito: CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Stanford Law Review*, v. 46, n. 4, p. 817–873, 1994, p. 863.

⁶⁷⁶ MCMILLION, Christopher P.; VANCE, Kevin. Criticism from Below: The Supreme Court’s Decision to Revisit Cases. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 81–103, 2017, p. 101. Reconhecendo os benefícios dos votos minoritários/divergentes para o desenvolvimento do direito: ZEKRI, Iman. Respectfully Dissenting: How dissenting opinions shape the law and impact collegiality among judges. v. 94, n. 5, p. 19, 2020.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 84.

judiciário têm encontrado problemas no precedente aplicado, o que constitui forte reforço argumentativo.

Na verdade, a efetivação desse diálogo depende da concorrência de vários fatores: para além da citada fundamentação, importa que ela seja conduzida e admitida na corte superior; e que o tribunal autor a leve em conta para reanalisar a matéria. Quanto a esse último ponto, interessante estudo estatístico conduzido na justiça federal norte-americana demonstrou que precedentes supremos objetos de *críticas* pelos tribunais intermediários são mais frequentemente revisitados pela *Supreme Court* – não necessariamente para *overruling* (que constitui exceção), mas na maioria das vezes para esclarecimento, ajuste ou reafirmação⁶⁷⁸. A probabilidade cresce se houver desaprovação em mais de um circuito federal⁶⁷⁹.

De fato, embora não funcionem como ferramentas de desvio nos casos concretos, tais apontamentos podem constituir importantes termômetros para a corte superior quanto à aceitabilidade e à eventual necessidade de revisão de seus pronunciamentos⁶⁸⁰ – desde que os citados fatores indispensáveis ao diálogo estejam bem ajustados. Ainda que uma única opinião contrária deixe de surtir qualquer resultado imediato no correspondente processo, várias objeções nas instâncias inferiores devem importar verdadeiro alerta para a comunidade jurídica, e principalmente para a corte autora – cenário a ser rastreado e arguido nos arrazoados subsequentes das partes e dos terceiros interessados⁶⁸¹.

Na jurisprudência norte-americana há vários exemplos de *criticizing*. Válido citar aqui um célebre exemplo: em *State Oil Co. v. Khan*, a *Court of Appeals of the Seventh Circuit* enfrentou caso em que o dono de um posto de gasolina (Sr. *Khan*) acusava seu fornecedor (*State Oil*) de ilegal fixação dos preços máximos de revenda

⁶⁷⁸ Veja-se a conclusão do estudo: “We find that the Court is more likely to revisit cases when multiple circuit courts of appeals have criticized those decisions. These findings provide evidence that the circuit courts have an influential role in prompting the Supreme Court to reconsider issues. This process provides another institutional check on the finality of Supreme Court decisions.” (MCMILLION, Christopher P.; VANCE, Kevin. Criticism from Below: The Supreme Court’s Decision to Revisit Cases. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 81–103, 2017, p. 81).

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 100.

⁶⁸⁰ Nesse sentido: MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 152-153.

⁶⁸¹ “This discussion of briefs gives rise to an understanding of how the Court likely learns about criticism from the circuit courts. Criticism and points of contention are most likely brought up in briefs. The lawyers’ briefs and amicus briefs both present arguments and bring up relevant information from the decisions of lower courts, and they have been shown to successfully convey information to the justices.” MCMILLION, Christopher P.; VANCE, Kevin. Criticism from Below: The Supreme Court’s Decision to Revisit Cases. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 81–103, 2017, p. 85.

ao consumidor: de acordo com o contrato assinado entre as partes, na hipótese de aumento do valor final sem aquiescência do fornecedor, a ele caberiam os lucros adicionais indevidamente obtidos. Na *opinion* unânime, o tribunal intermediário reconheceu a aplicabilidade à espécie do precedente *Albrecht v. Herald Co.*, no qual a *Supreme Court* firmara a ilegalidade absoluta da imposição vertical de preços máximos, em face do *Sherman Act* (lei antitruste). Inclusive, rejeitou uma distinção levantada pela *State Oil*, no sentido de que no paradigma supremo o tabelamento se aplicava a vários distribuidores, e não a apenas um, como no caso em julgamento. O tribunal entendeu que essa peculiaridade seria materialmente irrelevante, eis que a *ratio* teria sido ditada de maneira bastante ampla no precedente.

Não obstante, nessa oportunidade, a corte intermediária teceu severas críticas ao entendimento superior, pontuando a inconsistência de suas bases jurídicas e de sua lógica econômica, ao demonstrar que a prática repudiada, por si só, não geraria efeitos anticoncorrenciais. Ao final, contudo, aplicou a *holding* suprema, reconhecendo sua força obrigatória para decidir em favor do dono do posto⁶⁸². A *State Oil* então recorreu à *Supreme Court*, que concedeu *certiorari* e proferiu *opinion* superando *Albrecht v. Herald Co.*, mediante ampla citação e adesão às fundadas críticas do tribunal inferior⁶⁸³.

Aí, portanto, o *criticizing* foi catalizador de mutação jurisprudencial quase instantânea – talvez porque o relator do processo em 2ª instância foi o *Judge Posner*, jurista muito respeitado nos EUA. Por outro lado, há casos mais frequentes em que as críticas das cortes inferiores geram reafirmação ou ajuste do precedente, mas não a superação. Exemplo disso é a história do precedente formado em *Sullivan v. Hudson*, no qual a *Supreme Court* determinou o cabimento de honorários de advogado à parte vencedora, em ações que envolvem negativa de benefícios previdenciários para pessoas com deficiência, incluindo os custos com patrocínio no retorno do caso para a seara administrativa (em resultado de ordem judicial)⁶⁸⁴. Essa regra despertou críticas entre os tribunais federais, especialmente do 5º e 9º circuitos,

⁶⁸² USA, Court of Appeals of the 7th Circuit, *Khan v. State Oil Co.*, opinion of the court by Chief Judge Posner, 29.08.1996. Disponível em: <<https://casetext.com/case/khan-v-state-oil-co-2>>. Acesso em 28.07.2022.

⁶⁸³ USA, Supreme Court, *Khan v. State Oil Co.*, opinion of the court by Justice O'Connor, 04.11.1997. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/case.pdf>>. Acesso em 28.07.2022.

⁶⁸⁴ USA, Supreme Court, *Sullivan v. Hudson*, opinion of the court by Justice O'Connor, 12.06.1989. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/877/>. Acesso em 29.07.2022.

que apontaram sua vagueza frente aos diferentes casos concretos⁶⁸⁵. Reconhecendo tais questionamentos em *Shalala v. Schaefer*, a corte suprema então esclareceu sua *ratio*, delimitando seu alcance apenas sobre os casos reenviados à agência administrativa para maiores análises e conclusões, e não sobre os casos em que o julgamento judicial esgota o mérito da disputa, redirecionada ao órgão governamental apenas para cumprimento⁶⁸⁶.

Veja-se que, aí, a norma do precedente vinha sendo considerada obscura e impraticável e o *criticizing* impulsionou esclarecimento pela corte autora.

Por sua vez, no Brasil, a técnica já chegou há algum tempo, sendo geralmente tratada como ressalva de entendimento (pessoal/contrário/divergente)⁶⁸⁷. Importa diferenciar essa manobra do proferimento de opinião minoritária em sede de um julgamento (algo conhecido nos EUA como “*dissenting*”), que por vezes recebe a mesma nomenclatura. Como visto, trata-se aqui de crítica ao precedente vinculante aplicado ao caso em apreço, a qual pode vir no voto condutor ou em manifestação minoritária (hipótese na qual as duas fórmulas de ressalva se fundem).

Não há normação específica no CPC, mas seu emprego na prática forense é consabido⁶⁸⁸. Ademais, o emprego da ferramenta constitui um dos critérios de promoção dos magistrados, conforme art. 10, parágrafo único, da resolução CNJ nº 61/2010⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ Como relatado em: MCMILLION, Christopher P.; VANCE, Kevin. Criticism from Below: The Supreme Court’s Decision to Revisit Cases. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 81–103, 2017, p. 84.

⁶⁸⁶ USA, Supreme Court, *Shalala v. Schaefer*, opinion of the court by Justice Scalia, 24.06.1993. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/292/>. Acesso em 29.07.2022.

⁶⁸⁷ Na doutrina nacional: “Em caso de discordância do precedente, tanto em primeira instância quanto em segunda instância, de acordo com o disapprove precedent (ressalva de entendimento), poderá o julgador constar sua manifestação de não concordância com o precedente, mesmo seguindo a decisão vinculativa. Verificamos que aqui não é o overruling ou um voto vencido, mas sim seguir o “precedente” vinculante afirmando o motivo da desaprovação. É, assim, criar um forte diálogo argumentativo para fundamentar a necessidade de alteração ou superação do “precedente” da forma que vem sendo aplicado. (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via judicial e o uso da reclamação para interpretar e superar precedentes*. Londrina: Thoth, 2020, edição kindle, posições 8887-8895).

⁶⁸⁸ Tanto que o enunciado nº 172 do FPPC dita: “a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória.”

⁶⁸⁹ “Art. 10 Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões. Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006).”

Portanto, a técnica tem sido institucionalmente fomentada, além de reconhecida pela doutrina nacional⁶⁹⁰ - embora inexistam grandes estudos especializados a respeito, assim como nos EUA, o que provavelmente se deve à relativa simplicidade da manobra⁶⁹¹.

Nos acórdãos dos tribunais brasileiros, a ressalva de entendimento é utilizada com certa frequência, mas na maioria das vezes aparece na forma de frase curta, sem maiores explicações. Não obstante, existem alguns bons exemplos de fundamentação da discordância. Veja-se, nessa linha, o seguinte acórdão do TJMG, que aplicou o entendimento consagrado no REsp repetitivo nº 1.244.182/PB, mas fez constar tópico próprio para a crítica direta a seu conteúdo (note-se que, neste trabalho, não se faz juízo de valor quanto ao teor da crítica, mas apenas quanto à presença de justificativa):

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - DESCONTO EM CONTRACHEQUE DE VALOR INDEVIDAMENTE PAGO A MAIOR POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO - SERVIDOR DE BOA-FÉ - DEVER DO ENTE PÚBLICO DE RESTITUIR OS VALORES DESCONTADOS - PRECEDENTE DO STJ - TESE FIRMADA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO - VINCULAÇÃO.

1. O servidor que recebe de boa-fé quantia paga a maior por erro da administração não tem o dever de restituir o valor recebido. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

2. A tese firmada em julgamento de recurso repetitivo vincula juízes e tribunais (art. 927, III, CPC), mas não impede a ressalva de entendimento.

(....).

2. RESSALVA DE ENTENDIMENTO

Consoante já mencionado, aplica-se ao caso a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso repetitivo, em obediência ao disposto no art. 927, III, do CPC.

Todavia, a fim de viabilizar o debate e a alteração da tese jurídica firmada (overruling), é possível que o órgão judicial destaque sua diversa compreensão sobre a matéria, respeitando a segurança jurídica. Utiliza-se, então, a ressalva de entendimento.

Vale destacar, nesse sentido, o enunciado 172 do Fórum de Processualistas Civis: "172. (art. 927, § 1º) A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória. (Grupo: Precedentes)"

Registro que a solução em tela - determinar que a administração devolva os valores equivocadamente pagos a maior e que já foram descontados - não

⁶⁹⁰ “É interessante observar que os tribunais de segundo grau devem aplicar os precedentes, especialmente os precedentes vinculantes, mas, como aponta a doutrina, isso não significa que não possam apresentar razões de discordância, até para provocar, futuramente, a revisão do precedente. Todavia, não podem deixar de aplicar precedente vinculante no caso concreto, razão pela qual, como indica a doutrina, os tribunais de segundo grau poderiam adotar a prática de aplicar o precedente e manifestar uma espécie de “opinião divergente”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no Processo Brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 108).

⁶⁹¹ Inobstante, veja-se relevante artigo apoiando a utilização da técnica como “meio termo” entre o decisionismo arbitrário e a mecanização da operação com precedentes, importante principalmente na 1ª instância: CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. *Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro*. In: Didider Jr., Fredie et al (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 729–751.

coincide com os postulados da Justiça, especialmente à máxima de que ela, a Justiça, deve se prestar a dar a cada um o que efetivamente lhe toca.

Com efeito, embora a servidora tenha recebido a quantia de boa-fé - ela não controla o setor de pagamentos -, cientificou-se, posteriormente, sobre a impertinência da verba. Ou seja, ela estava ciente de que não fazia jus ao recebimento daquele valor.

Ora, reconhecendo a servidora que se trata de quantia indevida, surge o dever natural de restituir aos cofres públicos a importância. Isso se verifica nas relações privadas - art. 876 e 884 do Código Civil.

Negar-se a devolver o que não lhe pertence desconstrói a boa-fé, pois enseja manifesto enriquecimento sem causa - não há lei que referende o recebimento dessas verbas e, no direito público, somente se chancela uma conduta, inclusive o recebimento de parcela, quando autorizada por lei.

Mais, não é razoável que o ente público seja obrigado a lhe restituir os valores sabidamente devidos, se não foram identificados quaisquer prejuízos efetivamente comprovados à servidora. De fato, ocorreram os descontos e nada nos autos informa que esse pagamento tenha gerado um eventual descontrole financeiro que pudesse comprometer a sua existência.

Essa constatação, aliás, desfigura o caráter alimentar da verba.

Feita a ressalva do entendimento, em homenagem aos precedentes, há que se dar provimento ao recurso.⁶⁹²

Enfim, no Brasil, para além da densificação das fundamentações das ressalvas (inclusive mediante acolhimento de argumentos trazidos pelas partes), seria interessante a implementação de meios para viabilizar sua efetiva chegada aos tribunais superiores. É possível que justamente pela incredulidade dos magistrados quanto à utilidade dessas críticas elas deixem de ser bem fundamentadas, a despeito daquela previsão do CNJ. Essa questão é muito pertinente no país, pois, como visto no tópico 2.6.2.3, nosso ordenamento processual erige efetivas barreiras para a subida de recursos que contrariam espécies vinculantes (especialmente as formadas em repercussão geral e sob o rito de repetitivos, cf. art. 1.030, I e §1º, do CPC) – problema ausente na justiça federal dos EUA.

A matéria pode se desdobrar em grandes reflexões, mas, nesta oportunidade, cumpre lançar apenas duas possíveis propostas para aprimoramento desse cenário, buscando conferir maior efetividade às críticas feitas pelos julgadores vinculados.

Em primeiro lugar, pode-se estabelecer prática (normatizada ou não) nas presidências ou vice-presidências dos tribunais inferiores no sentido da maior deferência admissional a recursos excepcionais que requerem superação superior a partir de acórdão contendo fundamentada ressalva de entendimento, oriunda de órgão da própria corte. Os termos em que isso deve ser implementado são discutíveis, mas

⁶⁹² BRASIL, TJMG, Apelação Cível nº 6024945-15.2015.8.13.0024, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, 19ª Câmara Cível, DJe 31.10.2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.1067693%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 29.07.2022.

não parece adequado que qualquer registro de discordância genérico seja base para esse tipo de expediente. Quando o julgador apresenta específica razão pela qual o precedente merece ser revisto (pautando-se, inclusive, em algum dos elementos que geralmente motivam o *overruling*, tratados no tópico 2.6.2.1), é que a fundamentação toma maior força – o que pode ser alcançado, inclusive, em embargos de declaração.

Conforme exposto no tópico 2.6.2.3, consideramos que a trava do art. 1.030, I, do CPC, não deve ser compreendida de maneira absoluta. Parece-nos que o recurso com requerimento de superação consistentemente argumentado deve ser admitido na 2ª instância, gerando alguma chance de análise pela corte superior. Tal parâmetro de “consistência” envolve a apresentação de elementos ao menos em teoria capazes de provocar a revisão. Não basta repetir pontos já enfrentados na ocasião da formação do precedente. Nesse contexto, um fator a ser fortemente considerado nos juízos de admissibilidade recursais seria a presença de decisório recorrido que contém fundada crítica, corroborando a argumentação da parte recorrente no sentido da necessidade de revisitação (total ou parcial) da matéria pelo tribunal superior.

Aliás, tal deferência deve ser estendida à chegada do recurso ao tribunal superior. Caso contrário, mesmo que ultrapasse o primeiro juízo de admissibilidade, esse tipo de apelo acabará tendo seguimento negado de maneira monocrática no STJ ou no STF, com base na contrariedade à espécie vinculante. Em havendo acórdão recorrido com fundada crítica do tribunal originário, espera-se maior consideração por parte do relator na corte superior, que eventualmente poderá inclusive levar o debate ao órgão colegiado.

Como segunda proposta, agora saindo do ambiente processual, seria relevante a extração de dados acerca dos precedentes mais ressaltados, gerando estatísticas disponibilizadas ao público e aos tribunais autores. Aliás, tratar-se-ia de informações úteis relativamente ao emprego de todas as espécies de manejo de precedentes, esclarecendo e fomentando o efetivo diálogo entre instâncias. Nota-se que, nos EUA, esse tipo de levantamento já é uma realidade. As tradicionais *Shepard's citations*, já abordadas, cumprem exatamente esse papel: relacionar o precedente aos decisórios subsequentes que fizeram uso dele, a nível superior ou inferior⁶⁹³. Alguns prestigiados mecanismos de busca jurisprudencial (como o *Lexis*

⁶⁹³ Shepard's “indicates how a particular court opinion is legally interpreted by the subsequently decided cases that cite it.” (Spriggs, James F.; Hansford, Thomas G. *Measuring Legal Change: The Reliability*

Nexis) instrumentalizam tal ferramenta, dando ao usuário a opção de “shepardize” um precedente, isto é, de exibir os acórdãos que o aplicaram, distinguiram, criticaram *etc.* (havendo “bandeiras sinalizadoras” de cada tipo de manobra)⁶⁹⁴. Isso viabiliza ampla divulgação dessas estatísticas, bem como a cientificação das partes e julgadores a respeito.

No Brasil, a implementação de algo parecido poderia ser cogitada por entidades privadas, mediante emprego de inteligência artificial. Também seria factível a produção de relatórios acerca do tema pelos próprios órgãos judiciais (e especialmente pelo CNJ), contendo levantamentos acerca dos precedentes mais ressaltados, a serem encaminhados aos tribunais superiores responsáveis. Novamente, destaca-se que tais registros seriam relevantes quanto a todas as técnicas de manejo de jurisprudência. Contudo, para a ressalva de entendimento a importância é ainda maior, considerando que o sistema processual nacional gera maiores possibilidades de diálogo *in* processual via desvio do que via afirmação do precedente (contendo ou não crítica), conforme visto no tópico 2.7.

Deveras, em pesquisas preliminares conduzidas nos acervos jurisprudenciais dos tribunais pátrios foi possível verificar que certos entendimentos das cortes superiores têm sido frequentemente desaprovados. Esse é o caso, por exemplo, da tese fixada no REsp repetitivo nº 1.141.990/PR (Tema nº 290), segundo a qual se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, basta a prévia inscrição em dívida ativa para a configuração da fraude ao executivo fiscal, mesmo diante da boa-fé do terceiro adquirente e ainda que não haja registro de penhora do bem alienado⁶⁹⁵. Tal pronunciamento tem sido objeto de múltiplas ressalvas de entendimento por TJMG⁶⁹⁶,

and Validity of Shepard's Citations. *Political Research Quarterly*, v. 53, n. 2, p. 327–341, 2000, p. 329).

⁶⁹⁴ Algo relatado na coleta de dados em: DEVINS, Neal; KLEIN, David. The vanishing common law judge? *The University of Pennsylvania Law Review*, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017, p. 608-609.

⁶⁹⁵ BRASIL, STJ, REsp repetitivo nº 1.141.990/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, DJe 19.11.2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1141990. Acesso em 29.07.2022.

⁶⁹⁶ Por exemplo: “EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE À EXECUÇÃO - ENUNCIADO Nº 375 DA SÚMULA DO STJ - NÃO APLICAÇÃO À EXECUÇÃO FISCAL - PRECEDENTE DO STJ EM REPERCUSSÃO GERAL - ALIENAÇÃO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LC Nº 118/2005 - FRAUDE CONSTATADA - SENTENÇA REFORMADA. - O Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.141.990/PR, determinou que, aperfeiçoando-se o negócio jurídico em data posterior à entrada em vigor da LC nº 118/05, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a caracterização da fraude à execução. - ‘(...) aplicando a sistemática do recurso

TJRS⁶⁹⁷, TRF-1⁶⁹⁸ e TRF-4⁶⁹⁹, que o tem reputado desarrazoado em face dos casos concretos.

repetitivo, deve-se presumir que o terceiro/comprador sabia da execução, devendo ser afastada a boa-fé. Presume-se, pois, fraudulenta a referida alienação. 14. Ademais, observo que é indiferente o fato de as alienações serem sucessivas, isto é, de ser o embargante, ora recorrido, 3o. ou 4o. adquirente do bem-posto em questão.' RECURSO ESPECIAL Nº 1.777.481 - SP, rel. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. - Ressalva de entendimento pessoal. - Sentença reformada. (...) Registro entendimento pessoal de que, em havendo alienações sucessivas, há que se presumir a boa-fé do último adquirente, ausente anotação do impedimento no registro do imóvel. Contudo, não é este o pacífico entendimento jurisprudencial (...)" (BRASIL, TJMG, Apelação Cível nº 0016549-10.2015.8.13.0459 Rel. Des. Carlos Levenhagen, 5ª Câmara Cível, DJe 26.02.2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=3&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=1.141.990%20ressalva&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 26.07.2022).

⁶⁹⁷ Por exemplo: "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. Com ressalva de entendimento, face ao que diz o Resp. nº 1.141.990/PR, que dispõe sobre a inaplicabilidade da Súmula 375 do STJ às execuções fiscais e considerando que a alienação se deu em data posterior à inscrição do devedor em dívida ativa e inclusive após regular registro de penhora no imóvel, impõe-se que se reconheça a fraude à execução. Fraude à execução que se caracteriza de modo objetivo em existindo prévia inscrição em dívida ativa. Inteligência do art. 185 do CTN à luz do Tema Repetitivo n.º 290 do STJ. Prescindibilidade de prova da má-fé. Irrelevância da arguida incapacidade da autora por superveniente interdição judicial. Negócio jurídico praticado entre a terceira embargante e o executado que foi anterior à interdição judicial. Ainda que eventualmente comprovada a incapacidade para os atos da vida civil no momento do negócio jurídico, a consequência seria a nulidade do negócio jurídico, e não da arrematação havida no executivo fiscal, mormente porque o bem retornaria ao patrimônio do devedor/alienante. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL, TJRS, Apelação Cível nº 70085194215, Des Carlos Roberto Lofego Canibal, 1ª Câmara Cível, Rel. DJe 24.11.2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa=70085194215. Acesso em 27.07.2022).

⁶⁹⁸ Por exemplo: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO. BOA-FÉ. CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DAS CAUTELAS NECESSÁRIAS. 1. Nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1141990/PR (RT 907/583), presume-se fraudulenta a alienação de bens, se efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa, dispensada a demonstração de conluio entre as partes - ressalva do entendimento da relatora. 2. Ante a prevalência da lei especial sobre a lei geral, não se aplica às execuções fiscais o disposto no Enunciado 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente) - ressalva do entendimento da relatora. 3. A realização do negócio jurídico quando já se encontrava em tramitação, na mesma localidade em que situado o imóvel objeto de penhora, a execução fiscal promovida contra o alienante, demonstra que não foram tomadas pelo comprador as cautelas necessárias, não obstante esteja evidenciada sua boa-fé. 4. Acórdão retratado para dar provimento à apelação. (BRASIL, TRF-1, Apelação Cível nº 0004316-50.2008.4.01.3900, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma, DJe 16.06.2017. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00043165020084013900>. Acesso em 27.07.2022).

⁶⁹⁹ Por exemplo: "TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO E PRESUNÇÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1. Aplicam-se somente às execuções fiscais de crédito de natureza tributária a norma do art. 185 do CTN ("Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa"), e o Tema 290 do STJ ("Se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data

Certamente, seria interessante que esse dado fosse levado ao STJ, o que poderia ser feito via implementação das duas propostas ora trazidas, uma gerando encaminhamento processual e outra gerando ciência extraprocessual.

Enfim, vê-se que o *criticizing* constitui interessante técnica de desenvolvimento das normas jurisprudenciais estadunidenses e brasileiras, inexistindo grandes controvérsias em torno de sua pertinência. O artifício mantém a aplicação do precedente ao caso concreto (sem desvio), mas promove o enriquecimento do debate acerca da respectiva tese, impulsionando sua revisitação pela corte competente. No Brasil, os maiores desafios são os métodos para tornar a ferramenta mais eficaz em termos de geração de diálogo com a corte superior responsável. Isso envolve desde a densificação dos fundamentos da ressalva de entendimento, até a adoção de rotas e práticas para que as críticas cheguem e sejam consideradas pelos tribunais autores, dentro ou fora dos processos.

4. ANTICIPATORY OVERRULING

Passa-se, enfim, à abordagem do *anticipatory overruling*: a técnica de manejo dos precedentes superiores mais tardiamente surgida no sistema estadunidense e mais recentemente importada pelo brasileiro, levantando controvérsias em ambos.

A exposição partirá da abordagem do instituto nos EUA, incluindo sua concepção, seu desenvolvimento jurisprudencial e sua recepção doutrinária. Na sequência, mediante uso das premissas traçadas nos capítulos anteriores, passará à análise da recepção da técnica no sistema brasileiro. Tal exame começará por etapa diagnóstica, focada no seu mapeamento na doutrina e jurisprudência pátrias; seguida de etapa analítica, centrada na sua delimitação, na avaliação de sua compatibilidade e de seu balizamento no sistema de precedentes nacional, em referência a aspectos

de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude.”). 2. Sendo assim, passo a seguir o entendimento da Corte Superior, com ressalva de entendimento pessoal, no sentido de que, nas alienações posteriores à entrada em vigor da LC 118/05, em caso de débito tributário, é absoluta a fraude à execução se houver alienação posteriormente à inscrição em dívida ativa, se não forem reservados bens suficientes, mesmo em caso de alienações de veículos ou alienações sucessivas de imóveis. (...)”. (BRASIL, TRF-4, Apelação Cível nº 5002396-42.2017.4.04.7008, Rel. Des. Andréia Castro Dias Moreira, 1ª Turma, DJe 07.12.2020. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002066475&versao_gproc=3&crc_gproc=d3495005&termosPesquisados=ZnJhdWRIIGV4ZWN1Y2FviHN0aiB0ZXJjZWlybyAncmVzc2FsdmEgZGUgZW50ZW5kaW1lbnRvJyA=. Acesso em 27.07.2022).

fáticos/culturais, a princípios/objetivos fundamentais, e às características e regras processuais pertinentes.

Numa nota mais prática, também serão abordados acórdãos com efetiva aplicação da técnica, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, e expostos exemplos de situações já vivenciadas pelo Judiciário brasileiro que propiciam reflexões em torno do cabimento da manobra.

4.1 *Anticipatory overruling* nos Estados Unidos

4.1.1 Definição e distinções de outros institutos

O *anticipatory overruling* (“superação antecipada”) é técnica de tratamento de precedentes superiores surgida nos tribunais intermediários estadunidenses, de baixo para cima e da prática para a teoria.

Trata-se de afastar *ratio* superior válida, vigente e obrigatória, mediante fundada previsão de que ela brevemente será (ou deverá ser) objeto de *overruling*, diante de sua evidente erosão por parte do próprio tribunal autor⁷⁰⁰.

A partir da década de 40, sob influência da doutrina realista, que favorecia um *stare decisis* mais flexível⁷⁰¹, as cortes de apelação dos Estados Unidos desenvolveram esse expediente: negar aplicação a precedente supremo aplicável ao caso em julgamento, mas claramente desgastado face aos pronunciamentos subsequentes da própria *Supreme Court* ou de seus membros. Ao constatar-se que eles mesmos – se tivessem oportunidade – deixariam de seguir a *holding* em questão, valida-se o desvio no caso concreto⁷⁰².

⁷⁰⁰ Sem dúvidas, tanto nos EUA quanto no Brasil o trabalho de maior prestígio relativamente ao mecanismo é o da professora Margaret N. Kniffen: “Supreme Court precedents, it is usually assumed, should always be followed by lower federal courts. On occasion, however, a United States court of appeals predicts that the Supreme Court will no longer follow one of its own precedents and anticipates the action of the Supreme Court by overturning’ the precedent.” (KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 53).

⁷⁰¹ H., P. K. *Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent*. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 496-497. O autor nota ainda que a manobra surgiu nos tribunais intermediários em meio à mudança de composição da Corte Suprema, a partir das indicações do presidente Roosevelt (*Ibid.*, p. 516).

⁷⁰² BRATZ, David C. *Stare Decisis in Lower Courts Predicting the Demise of Supreme Court Precedent*. *Washington Law Review*, v. 60, n. 1, p. 87–100, 1984, p. 93.

Isso se tornou candente quando o Tribunal superior passou a proferir novos entendimentos com mais frequência e liberdade, embora se negasse a revisitar antigos precedentes que se tornavam decadentes⁷⁰³. “O ativismo da Suprema Corte resultou na delegação, aos julgadores inferiores, de substanciais poderes de delimitar as linhas”⁷⁰⁴, isto é, de impor limites à vitalidade e aplicabilidade de antigas *ratios* deterioradas.

Veja-se a seguinte anotação do *Judge Frank*, magistrado atuante na *Court of Appeals for the Second Circuit* na década de 40, ao desviar-se do obsoleto precedente supremo⁷⁰⁵ *Ellis v. ICC*, que se tornara questionável frente a orientações subsequentes da própria *Supreme Court*. Nota-se que o julgador entendia o *anticipatory overruling* como dever dos tribunais intermediários:

Nós nos faríamos de estúpidos, e desnecessariamente sobrecarregaríamos a *Supreme Court*, se – aderindo ao dogma ficcional de que as alterações nos seus standards decisórios nunca ocorrem a menos que haja declaração expressa de *overruling* - teimosa e literalmente seguissemos precedentes que têm sido, embora não muito abertamente, modificados. A vida do direito, como o Justice Holmes disse, tem sido a experiência (...). E quando um tribunal inferior percebe uma nova tendência muito pronunciada nas decisões da *Supreme Court*, é seu dever, cautelosamente, segui-la, não a resistir.⁷⁰⁶

Ressalta-se que o nome pelo qual ficou conhecida a manobra pode induzir compreensão equivocada. Não se trata de efetiva superação antecipada, com efeitos revocatórios – prerrogativa alheia aos julgadores subordinados; mas de desvio em um único caso concreto, mediante fundada previsão de que haverá superação superior⁷⁰⁷.

⁷⁰³ “However, the continued evolution of the Supreme Court as an activist institution – apparently both before and after the recent membership change – has facilitated increased discretion in the lower courts. New and important doctrines of uncertain ramifications have been announced with regularity, often casting doubt on the vitality of older precedents. These older precedents are frequently neither overruled nor expressly limited by the Supreme Court. In this situation, lower courts have greatly increased opportunities to explore the logical frontiers of current decisions and to judge the validity of past precedent”. (H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 499).

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 499.

⁷⁰⁵ Optamos aqui por usar tradução literal da expressão “*supreme precedent*”, em alusão à precedente da Suprema Corte.

⁷⁰⁶ Tradução nossa. (USA, Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Perkins v. Endicott*, opinion of the court by Judge Frank, 06.05.1942. Disponível em: <<https://casetext.com/case/perkins-v-endicott-johnson-corporation-2>>. Acesso em 01.08.2022). Reconhecendo o mesmo “dever” para juízes de 1ª instância: WYZANSKI, Charles E. A Trial Judge’s Freedom and Responsibility. *Harvard Law Review*, v. 65, n. 8, p. 1281–1304, 1952, p. 1294.

⁷⁰⁷ A doutrina canadense reconhece esse problema terminológico: “Strictly speaking, it is inaccurate to speak of this practice as anticipatory overruling, as it is simply impossible in our common law system for a lower court to “overrule” a higher court. It would be more accurate to describe the lower court’s

Para fins de *anticipatory overruling*, não interessa se o órgão inferior entende pela necessidade de revogação do precedente⁷⁰⁸, e sim se há claros sinais nesse sentido por parte da própria corte superior competente para superação. Por óbvio, nesse cenário provavelmente estarão presentes fatores que dão azo ao próprio *overruling*, como evoluções sociojurídicas ou erro crasso, tudo tornando sistematicamente incabível a norma jurisprudencial em questão. Porém, nada disso importa se o próprio tribunal autor não o estiver reconhecendo e sinalizando.

Na prática, uma pesquisa estatística que analisou decisões de tribunais estadunidenses em algumas matérias sugeriu a existência de relação direta entre o tratamento de um precedente supremo pela própria *Supreme Court* e o tratamento do mesmo precedente pelas cortes baixas. Isto é: quanto mais aquela criticava, evitava e restringia a aplicação de determinada *holding* (emitindo “sinais negativos” quanto à sua vitalidade), mais os julgadores subordinados se desviavam dela, inclusive em *anticipatory overruling*, especialmente se o entendimento duvidoso fosse antigo:

Os tribunais inferiores parecem prestar atenção às opiniões da Suprema Corte e à autoridade de seus pronunciamentos, baseando suas decisões tanto no precedente como precedente quanto no precedente como está na jurisprudência atual da Suprema Corte. A ideologia também pode ser uma força motivadora. (...). Este estudo oferece evidências iniciais de que os tribunais subordinados olham para o tribunal superior em suas decisões [relativas a precedentes antigos], seja ideológica ou jurisprudencialmente⁷⁰⁹.

Neste ponto, relevam as considerações realizadas no tópico 2.6.2, relativas às fórmulas de erosão do precedente pelo próprio tribunal autor, que constituem possíveis fundamentos para a realização do *anticipatory overruling* nos órgãos subordinados. Nesse meio se destaca o *signaling*, mas também outras práticas atreladas ao progressivo desgaste e desmonte do precedente (e da confiança nele depositada), tais como novos entendimentos e tendências decisórias conflitantes com o antigo racional, reiteradas distinções muito restritivas, múltiplas críticas/ressalvas de

act as refusing to follow a precedent.” (PARKES, Debra. Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada. *Manitoba Law Journal*, p. 135–162, 2007, p. 142).

⁷⁰⁸ Discordâncias meritórias e tentativas de fazer a corte superior revisar certa questão são alheias ao escopo da técnica: KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 71–72.

⁷⁰⁹ REDDICK, Malia; BENESH, Sara C. Norm Violation by the Lower Courts in the Treatment of Supreme Court Precedent: A Research Framework. *Justice System Journal*, v. 21, n.2, p. 117–142, 2000, p. 135-136.

entendimento, superações de *ratios* análogas, dentre outros, tudo no âmbito da própria corte autora (pelo colegiado ou por seus componentes)⁷¹⁰.

Também se cogita a pertinência de indícios menos diretos, como a mudança da ideologia majoritária na corte suprema, a partir de novas indicações presidenciais (“*head-counting*”), e declarações públicas (extrajurídicas) de alguns *Justices* no sentido do erro/obsolescência do precedente; embora seja inferior a aceitabilidade desses fatores como parâmetros autônomos para uso da técnica⁷¹¹.

A doutrina leciona que o artifício não se confunde com mero reconhecimento de superação implícita⁷¹² – que é prerrogativa mais incontroversa dos julgadores norte-americanos, como visto no tópico 2.6.2. Se a *ratio* já foi material e inequivocamente derrubada (em caso idêntico, com conclusão contrária), apesar de a corte superior responsável não o ter registrado com todas as letras, a comunidade jurídica pode - e deve - reconhecer a revogação⁷¹³. Para o *anticipatory overruling*, que é técnica mais polêmica, a diferença é de grau: há pertinência quando a *ratio* ainda está “viva”, mas vem sofrendo desgaste indicativo de sua iminente revogação. Aqui, a corte autora pode ainda não ter revisitado a exata matéria objeto do precedente em questão, em *opinion* majoritária com força vinculante, o que torna a superação implícita impossível; existindo, contudo, fortes indícios superiores da perda de consistência e necessidade de reversão do antigo pronunciamento.⁷¹⁴

Como visto, tais indícios podem ser extraídos de decisões fracionárias ou monocráticas, ou de acórdãos contendo críticas, distinções muito restritivas, reversões de entendimentos análogos; ou até, a depender da extensão conferida pelo

⁷¹⁰ H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 516.

⁷¹¹ Listando alguns fatores “fortes” e “acessórios” (que variam de acordo com a compreensão do autor): KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 53-54.

⁷¹² Diferenciando os dois institutos: “Departure by a court of appeals from a precedent impliedly overruled by the Supreme Court should not be confused with anticipatory overruling. Implied overruling occurs when the Supreme Court, without mentioning that it is overturning its previous decision, ‘determines that the rule of law that the precedent enunciated is no longer correct. The precedent therefore no longer exists as such, and a lower court should not follow it. (...) Anticipatory overruling, by contrast, occurs when a lower court departs from a higher court’s decision embodying a rule of law that the higher court has not repudiated either explicitly or by implication. (Ibid., p. 57),

⁷¹³ KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 53-54.

⁷¹⁴ BRATZ, David C. Stare Decisis in Lower Courts Predicting the Demise of Supreme Court Precedent. *Washington Law Review*, v. 60, n. 1, p. 87–100, 1984, p. 93-94.

intérprete, de veículos “não jurisdicionais” (como pronunciamentos dos julgadores na imprensa) – embora a aceitabilidade desses últimos seja muito controversa⁷¹⁵.

Em simples palavras, no reconhecimento da superação implícita afasta-se precedente “morto” sem anúncio, enquanto no *anticipatory overruling* afasta-se precedente “moribundo”. O campo de aplicabilidade da primeira manobra seria bem menor que o da segunda⁷¹⁶, eis que esta última alberga “alertas” um pouco menos diretos. Deveras, de acordo com a doutrina estadunidense, quando deixa de optar pela superação explícita, na maioria das vezes a *Supreme Court* não implode o precedente em uma única, incontestada, e silenciosa “tacada” (*opinion* majoritária), preferindo esvaziá-lo mais furtivamente⁷¹⁷. De toda forma, parece-nos que em algumas situações práticas pode haver zona cinzenta entre os dois artifícios.

Enfim, registra-se que o *anticipatory overruling* ganha relevância pragmática quando a aplicação da regra decadente ao caso concreto produziria resultados claramente injustos ou muito gravosos⁷¹⁸ - embora, como visto, a constatação dessas circunstâncias não justifique o emprego da técnica⁷¹⁹.

Deveras, a análise da aplicabilidade do artifício não é tarefa simples. Uma das grandes dificuldades está justamente na avaliação de quais “sinais” constituem fundamentos suficientes para o seu emprego. Tanto os tribunais quanto a Academia norte-americana se dividiram quanto ao ponto, havendo um grupo majoritário que exigia alertas bastante claros, gerando uma “quase-certeza”, e um grupo minoritário com *standards* menos rigorosos, que trabalhava apenas com a “melhor evidência” (da

⁷¹⁵ H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 536.

⁷¹⁶ BRATZ, David C. Stare Decisis in Lower Courts Predicting the Demise of Supreme Court Precedent. *Washington Law Review*, v. 60, n. 1, p. 87–100, p. 93.

⁷¹⁷ H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 511.

⁷¹⁸ “Anticipatory overruling should occur only when a court of appeals is sure that greater justice to both parties will be accomplished thereby. The circumstances of the case should be scrutinized to ascertain whether the party seeking the overturning of the Supreme Court precedent will be treated more fairly if overruling occurs. The court must satisfy itself that the other party would not suffer any unfairness in that event. The possibility of irremediable harm to either party if anticipation does or does not occur, such as, for example, the chance that imprisonment will result, must be assessed.” (KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 88).

⁷¹⁹ H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 533.

vitalidade ou decadência do precedente)⁷²⁰ – fora aqueles que rejeitaram o *anticipatory overruling* em qualquer circunstância⁷²¹.

4.1.2 Construção jurisprudencial

Como visto, o *anticipatory overruling* nasceu na prática das cortes de apelação estadunidenses, apenas posteriormente sendo rastreado e avaliado pela *Supreme Court* e pela doutrina do país. Pertinente, portanto, seguir por esse mesmo roteiro, começando pela exposição de alguns casos nos quais a manobra foi aplicada e desenvolvida pelos órgãos subordinados, passando pelo pronunciamento da própria Corte Suprema a respeito, e chegando à subsequente conduta dos tribunais inferiores.

Um dos primeiros casos “famosos” de *anticipatory overruling* ocorreu em *Barnette v. West Virginia Board of Education*⁷²². Aí, a questão enfrentada pelos julgadores⁷²³ era a validade de lei estadual que tornava compulsória a reverência à bandeira do país em escolas públicas. Havia precedente superior diretamente aplicável à espécie: *Minersville School v. Gobitis*, em que a *Supreme Court* firmara a constitucionalidade de tal compulsoriedade em outro estado, inclusive para alunos testemunhas de Jeová, entendendo pela mitigação do direito à liberdade religiosa frente ao interesse público na afirmação da identidade nacional.

Entretanto, em *Barnette v. West Virginia Board of Education*, o tribunal intermediário afastou tal *ratio*, ao constatar que (i) boa parte dos *Justices* componentes da atual Corte Suprema já haviam expressamente a criticado, e que (ii) a maioria do plenário superior deixara de invocá-la como autoridade em um caso recente relativamente similar (*Jones v. City of Opelika* - atinente à validade de lei que proibia a venda de livros de testemunhas de Jeová sem licença governamental, frente ao direito de liberdade religiosa)⁷²⁴.

⁷²⁰ BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 45-46.

⁷²¹ Por exemplo: KOZEL, Randy J. The Scope of Precedent. *Michigan Law Review*, v. 113, Issue 2, p. 179–230, 2014, p. 203.

⁷²² Como notam: *Ibid.*, p. 49; GRUHL, John. Anticipatory Compliance with Supreme Court Rulings. *Polity*, v. 14, n. 2, p. 294–313, 1981, p. 295.

⁷²³ Por disposição especial existente à época, a demanda foi diretamente analisada por painel contendo um julgador de 2º grau e dois julgadores de 1º grau, tudo na *District Court for The Southern District of West Virginia*, sendo apelada diretamente à *Supreme Court*.

⁷²⁴ USA, *District Court for The Southern District of West Virginia*, *Barnette v. West Virginia Board of Education*, opinion of the court by Judge Parker, 06.10.1942. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/47/251/1799514/>. Acesso em 20.08.2022.

Veja-se trecho da *opinion* desviante:

Normalmente, nos sentiríamos constrangidos a seguir uma decisão irreversível da Suprema Corte dos Estados Unidos, concordando ou não com ela. É verdade que as decisões são apenas evidências do direito e não o direito em si; mas as decisões da Suprema Corte devem ser aceitas pelos tribunais inferiores como obrigatórias para eles, sem o que nenhuma administração ordenada da justiça poderá ser alcançada. Os desenvolvimentos relativos ao precedente *Gobitis*, no entanto, são tais que não sentimos que seja nossa incumbência aceitá-lo como autoridade vinculante. Dos sete ministros agora membros da Suprema Corte que participaram dessa decisão, quatro manifestaram publicamente a opinião de que ela é infundada, o atual presidente em opinião própria proferida, e três outros em uma opinião dissidente especial em *Jones v. City of Opelika*. A maioria do tribunal em *Jones v. City of Opelika*, além disso, achou que valia a pena desviar-se de *Gobitis*, em vez de confiar nele como autoridade de apoio. Sob tais circunstâncias e acreditando, como nós acreditamos, que a saudação à bandeira aqui exigida é uma violação da liberdade religiosa quando exigida de pessoas que sustentam as crenças dos autores, sentimos que estaríamos desrespeitando nosso dever como juízes se, por meio de observância cega a uma decisão que o próprio Supremo Tribunal aleijou como autoridade, negássemos proteção a direitos que consideramos entre os mais sagrados dentre aqueles protegidos por garantias constitucionais.⁷²⁵

Posteriormente, a *Supreme Court* conheceu o recurso interposto no caso e de fato efetuou o *overruling* de *Gobitis*, afirmando o resultado pronunciado na instância inferior⁷²⁶.

A análise jurisprudencial demonstra que a erosão catalizadora do *anticipatory overruling* nos tribunais intermediários estadunidenses algumas vezes centrou-se em um único paradigmático julgamento supremo de matéria muito correlata, que imediatamente tornou a *ratio* do precedente controlador bastante duvidosa. Contudo, em muitas outras vezes essa decadência foi construída em sucessivas decisões superiores que gradualmente corroeram antigas bases, sinalizando nova tendência jurídica/ideológica.

Como exemplo do primeiro grupo, cite-se o julgamento de *Roper v. Simmons*, que, a despeito de tratar de direito material criminal, serve bem ao ponto que interessa a este trabalho⁷²⁷. Na espécie, o autor requeria *relief* da pena de morte a que tinha sido condenado por homicídio cometido quando era menor de idade. Ao julgar o caso,

⁷²⁵ Tradução nossa. Ibid.

⁷²⁶ USA, Supreme Court, *Barnette v. West Virginia Board of Education*, opinion of the court by Justice Jackson, 14.06.1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/>. Acesso em 20.08.2022.

⁷²⁷ USA, Missouri Supreme Court, *Roper v. Simmons*, opinion of the court by Judge Stith, 26.08.2003. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/2003/sc-84454-1.html>. Acesso em 20.08.2022.

a *Missouri Supreme Court* (3ª instância estadual) reconheceu que seria aplicável o precedente *Stanford v. Kentucky*, em que a Corte Suprema Nacional firmara a constitucionalidade de lei estadual que permitia a imposição da sanção capital a menores, sob o fundamento de que não se trataria de punição cruel/inusual - proibida pela *8th Amendment* -, inexistindo consenso social em sentido contrário.

Contudo, o tribunal estadual notou que essa *holding* se tornara altamente deteriorada a partir do superveniente julgamento de *Atkins v. Virginia*, no qual a *Supreme Court* firmou que a *8th Amendment* veda pena de morte a pessoas portadoras de alguma deficiência intelectual, apontando o desenvolvimento de consenso social oposto a essa prática.

Nesse contexto, o tribunal do *Missouri* acolheu a argumentação do requerente no sentido da forte erosão da lógica inerente a *Stanford v. Kentucky*, prevendo seu provável *overruling*, motivo pelo qual deixou de aplicar o precedente no caso concreto, afastando a pena capital:

(...) em *Stanford v. Kentucky*, a Suprema Corte considerou que não havia um consenso nacional contra a execução daqueles que tinham 16 ou 17 anos na época de seus crimes e se recusou a barrar tais execuções. (...). No ano passado, em *Atkins v. Virginia*, a Suprema Corte considerou que um consenso nacional havia surgido contra a execução de réus portadores de alguma deficiência intelectual (...). O Sr. Simmons agora nos pede para sustentar que um consenso semelhante contra a execução de menores se desenvolveu desde *Stanford*, que o racional para a determinação da Suprema Corte de que a execução de menores não era uma punição cruel e incomum desapareceu, e que a *Eighth Amendment* proíbe sua execução. Este Tribunal concorda. Aplicando a abordagem adotada em *Atkins*, este Tribunal considera que, nos quatorze anos desde a decisão de *Stanford*, desenvolveu-se um consenso nacional contra a execução de réus juvenis, como demonstrado pelo fato de que dezoito estados agora proíbem tais execuções (...). Dessa forma, esta Corte considera que a Suprema Corte hoje concluiria que tais execuções são proibidas pelas *Eighth* e *Fourteenth Amendments*. Portanto, afasta-se a pena de morte do Sr. Simmons (...).⁷²⁸

Note-se que, nesse caso, o *anticipatory overruling* foi ferramenta oportuna no contexto da importância do direito material em jogo – o que, em algum grau, também pode ocorrer em demandas cíveis. Embora o interessado ainda pudesse buscar provimento junto à própria *Supreme Court*, não havia garantia de concessão de *certiorari*.

Lado outro, válido mencionar também um exemplo em que a degradação do precedente superior ocorreu mais gradualmente. Retoma-se, então, o já mencionado

⁷²⁸ Tradução nossa. Ibid.

caso *Perkins v. Endicott*. Na espécie, discutia-se a possibilidade de o judiciário executar ordens de comparecimento (diligências investigativas) impostas por agência administrativa, sem adentrar o mérito da controvérsia⁷²⁹. Havia precedente diretamente aplicável à espécie: em *Ellis v. ICC*, trinta anos antes, a *Supreme Court* estabelecera a necessidade da prévia revisão meritória judiciária, com base na impropriedade de agências estatais investigarem diretamente negócios privados. O mesmo racional guiara o pronunciamento em *Harriman v. I.C.C*, ainda mais antigo.

Contudo, a *Court of Appeals for the Second Circuit* notou que ao longo dos anos a Corte Suprema progressivamente afastara-se dessa “base” ao analisar outras questões, desenvolvendo postura mais permissiva da intervenção governamental sobre empresas, em vários âmbitos. Ademais, o Tribunal Superior vinha adotando as doutrinas estadunidenses da “*primary jurisdiction*” – reputando necessária a resolução primária de determinadas controvérsias no âmbito administrativo – e da “*administrative finality*” – vedando a revisão de procedimento administrativo previsto em lei, até sua total compleição⁷³⁰.

Todo esse contexto levou o tribunal intermediário a vislumbrar deterioração das bases de *Ellis v. ICC*, precedente que se tornara sistematicamente isolado, e a aplicar o *anticipatory overruling* para permitir a execução direta das diligências administrativas. Veja-se apenas alguns trechos da *opinion*, que discorreu longamente sobre a progressiva decadência da antiga regra:

Quase três décadas se passaram desde o caso *Ellis*, e mais de três desde *Harriman*. Não podemos nos cegar para o fato óbvio de que, nesse intervalo, a ampliação das atividades administrativas trouxe cada vez mais à atenção do Supremo Tribunal a questão do papel dos órgãos administrativos em nossa configuração governamental, com a conseqüente evolução de uma nova atitude quanto à sua relação com os tribunais: (1) No caso *Ellis*, foi dada ênfase à impropriedade da investigação administrativa em “empresas privadas”. Uma recessão desse posicionamento, manifestada [pela *Supreme Court*] em *Smith v. I.C.C.*, tornou-se recentemente pronunciada. *Electric Bond Share Co. v. S.E.C.*; cf. *Nebbia v. People of New York*; *Olsen v. Estado de Nebraska*. (2) Hoje (diferentemente de 1908 e 1915) os processos administrativos e judiciais são especificamente ditos “colaborativos”. *United States v. Morgan* (...). (3) A importância da celeridade e da adequação nas investigações administrativas (necessariamente envolvendo o uso rápido e eficaz do poder de intimação), tanto de infrações legais específicas quanto da administração geral da legislação, é mais amplamente reconhecida pelos tribunais hoje como indispensável condição da eficácia das leis sócio

⁷²⁹ USA, Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Perkins v. Endicott*, opinion of the court by Judge Frank, 06.05.1942. Disponível em: <https://casetext.com/case/perkins-v-endicott-johnson-corporation-2>. Acesso em 20.08.2022.

⁷³⁰ *Ibid.*

corretivas – como aparece de uma comparação, por exemplo, do caso *Harriman com Electric Bond Share Co. v. S.E.C.*, supra. (...). Hoje a ênfase é colocada nas doutrinas de "jurisdição primária" e "finalidade administrativa", discutidas no caso *Rochester Telephone Corp.*, supra, 307 U.S. nas páginas 139, 140, 59 S.Ct. 754, 83 L.Ed. 1147; ver, também, *Gray v. Powell* (...). Tais mudanças no "clima de opinião" (para usar uma metáfora meteorológica revivida) devem nos fazer desconfiar de agora utilizar a premissa maior latente e inarticulada, que pode ser considerada subjacente a casos mais antigos como *Ellis e Harriman*, como base para decisões atuais relativas à revisão judicial, ou prévia, das determinações administrativas. (...). Assim, no que diz respeito à questão do presente caso, trataremos os casos *Ellis e Harriman* como não autoritários. (...). A decisão da *District Court* é revertida e o caso é devolvido, com instruções para fazer cumprir as ordens administrativas⁷³¹.

Há diversos outros exemplos jurisprudenciais de *anticipatory overruling*. Alguns deles tornaram-se especialmente controversos, por terem se valido de "sinais" menos diretos e evidentes. Por exemplo, em *Roofing Whosale Co. v. Palmer*, a *Arizona Supreme Court* (3ª instância estadual) aplicou a manobra relativamente ao precedente *Fuentes v. Shevin*, no qual, poucos meses antes, a Suprema Corte Federal firmara que a reintegração possessória efetuada sem prévia audiência da outra parte viola a garantia do devido processo legal. O tribunal do Arizona, contudo, verificou que desde então dois *Justices* componentes da estreita maioria de *Fuentes v. Shevin* haviam deixado a Corte, sendo substituídos por julgadores com inclinações ideológicas diversas. Com base nisso, a *opinion* majoritária indicou "sérias dúvidas" de que aquela *holding* seria mantida, afastando sua aplicação no caso concreto⁷³².

Entretanto, desde logo o voto divergente ali proferido pelo *Justice Lockwood* destacou a impropriedade da manobra na espécie, apontando: "não posso concordar que esta Corte tem o direito de 'estar convencida' ou 'supor' o que esses dois julgadores que não participaram de *Fuentes v. Shevin* fariam se tivessem participado [do julgamento paradigma] ou o que farão se forem apresentados à semelhante questão no futuro"⁷³³.

Enfim, por muitos anos, a técnica antecipatória foi utilizada pelos tribunais intermediários, federais e estaduais, sem que houvesse manifestação direta da *Supreme Court* a respeito. A doutrina relata que por vezes a corte superior confirmou o resultado atingido na instância inferior (validando sua previsão do *overruling*); outras

⁷³¹ Tradução nossa. Ibid.

⁷³² USA, Arizona Supreme Court, *Roofing Whosale Co. v. Palmer*, opinion of the court by Justice Cameron, 15.11.1972. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/1972/10937-0.html>. Acesso em 20.08.2022.

⁷³³ Tradução nossa. Ibid.

vezes o reverteu (contrariando a previsão do *overruling*); e muitas outras simplesmente deixou de conceder *certiorari* ao recurso que levantava o tema⁷³⁴. Em todo caso, vinha comportando-se numa espécie de tolerância tácita, deixando de aprovar ou rejeitar (ao menos diretamente) a utilização do *anticipatory overruling*: ao confrontar-se com acórdão recorrido que se valera dele, a Corte geralmente restringia-se a analisar o mérito da controvérsia, sem dizer palavra sobre a pertinência da manobra inferior de desvio⁷³⁵.

Esse cenário só se modificou em 1989, com o famoso julgamento de *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc*⁷³⁶. Na espécie, a *Court of Appeals for the Fifth Circuit* proferiu decisão afastando a *holding* suprema construída em *Wilko v. Swan*, atinente à *invalidade* de cláusula arbitral relativa a disputas entre investidores e corretores de ações, reguladas pelo *Securities Act of 1933*⁷³⁷. Isso porque o tribunal inferior notou que referida regra tornara-se altamente decadente em vista da jurisprudência recente da *Supreme Court*, considerando, dentre outros, um pronunciamento superveniente em *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, no qual a Corte validara cláusula arbitral atrelada ao *Securities Act of 1934* (diploma complementar ao de 1933, bastante semelhante a ele).

Diante disso, o órgão intermediário afastou a aplicação da antiga *ratio* ao caso concreto, legitimando a cláusula arbitral ali discutida, vinculada ao *Securities Act of 1933* - conduta que já vinha sendo adotada em casos análogos por vários tribunais⁷³⁸. A *Supreme Court* então concedeu *certiorari* ao recurso interposto pela parte e afirmou o resultado atingido na instância inferior, efetuando o *overruling* de *Wilko v. Swan*, conforme previsto. Registrou-se: “*Wilko* é superado. Ele foi decidido incorretamente e

⁷³⁴ Notando tal postura, perseverante até os anos 80: KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 59-60.

⁷³⁵ Como descreve: BRADFORD, Steven C. *Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling*. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 52.

⁷³⁶ Referenciando esse julgamento como sede da primeira manifestação suprema expressa quanto ao *anticipatory overruling*, e descrevendo todo o histórico do caso: *Ibid.*, p. 52-68.

⁷³⁷ “We thus follow the reasoning of the Supreme Court in *McMahon* and our own decision in *Noble* which lead directly to the obsolescence of *Wilko* and the arbitrability of *Securities Act § 12(2)* claims.” (USA, Court of Appeals for the 5th Circuit, *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc*, opinion of the court by Judge Williams, 22.06.1988. Disponível em: <https://casetext.com/case/rodriguez-de-quijas-v-shearsonlehman-bros>,. Acesso em 20.08.2022.

⁷³⁸ Notando que vários tribunais vinham praticando *anticipatory overruling* com o precedente de *Wilko v. Swan*, enquanto outros ainda aplicavam a *holding* obsoleta: BRADFORD, Steven C. *Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling*. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 60-61.

é inconsistente com a construção uniforme prevalecente [na jurisprudência] de outras leis federais que regem cláusulas arbitrais no contexto de transações comerciais”.⁷³⁹

Apesar disso, a *opinion* majoritária expressamente repreendeu a prática do *anticipatory overruling*, sem, contudo, adentrar nas razões para tanto:

Nós não estamos sugerindo que a *Court of Appeals*, por sua própria autoridade, deveria ter dado o passo de renunciar a *Wilko*. Se um precedente deste Tribunal tem aplicação direta em um caso, mas parece basear-se em razões rejeitadas em alguma outra linha de decisões, o tribunal inferior deve seguir o precedente que o controla diretamente, deixando a este Tribunal a prerrogativa de superar suas próprias decisões.⁷⁴⁰

Essa mesma orientação foi reiterada pela *Supreme Court* em 1997, no julgamento de *Agostini v. Felton*: aí, a Corte efetuou o *overruling* de precedente bastante deteriorado (*Aguilar v. Felton* – relativo à inviabilidade de professores de escolas públicas ensinarem em escolas religiosas) -, mas reputou correta a atitude do tribunal intermediário de aplicar a *holding* decadente no decisório recorrido⁷⁴¹.

Enfim, desde 1989, algumas *opinions* de tribunais intermediários passaram a invocar tais pronunciamentos da *Supreme Court* para afirmar a inviabilidade do *anticipatory overruling*, mesmo quando as circunstâncias o recomendariam⁷⁴². Em especial, nota-se que esse tem sido o posicionamento da *Court of Appeals for the Ninth Circuit*, desde *Hoffman v. Arave*, no qual firmou que “não cabe a nós realizar o *anticipatory overruling*. A Suprema Corte orientou especificamente os tribunais inferiores a ‘deixar a este Tribunal a prerrogativa de rever suas próprias decisões.’”⁷⁴³

⁷³⁹ USA, Supreme Court, *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc*, opinion of the court by Justice Kennedy, 15.05.1989. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/477/>. Acesso em 20.08.2022.

⁷⁴⁰ Tradução nossa. *Ibid*.

⁷⁴¹ USA, Supreme Court, *Agostini v. Felton*, opinion of the court by Justice O’Connor, 23.06.1997. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/203/>>. Acesso em 20.08.2022.

⁷⁴² Por exemplo, no já citado caso *State Oil. Co. v. Khan*, trazido como exemplo de criticizing. Ali, o tribunal destacou que, a despeito da erosão do precedente aplicável, deixaria de realizar a superação antecipada em razão da orientação suprema em *Rodriguez*, mas anotou sua ressalva de entendimento contrário: “despite all its infirmities, its increasingly wobbly, moth-eaten foundations. Albrecht has not been expressly overruled And the Supreme Court has told the lower federal courts, in increasingly emphatic, even strident, terms, not to anticipate an overruling of a decision by the Court; we are to leave the overruling to the Court itself.” (USA, Court of Appeals of the 7th Circuit, *Khan v. State Oil Co.*, opinion of the court by Chief Judge Posner, 29.08.1996. Disponível em: <<https://casetext.com/case/khan-v-state-oil-co-2>>. Acesso em 28.07.2022).

⁷⁴³ USA, Court of Appeals for the 9th Circuit, *Hoffman v. Arave*, opinion of the court by Judge Pregerson. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/236/523/511054/>. Acesso em 20.08.2022.

Lado outro, alguns órgãos inferiores continuaram e (até hoje continuam) a proferir acórdãos “resistentes”, com aplicação da técnica antecipatória⁷⁴⁴, contrariando aquele pronunciamento repreensivo da *Supreme Court*,⁷⁴⁵ que não voltou a se manifestar a respeito em composições mais recentes.

Por exemplo, em *PNC Bank Corporation v. Workers’ Compensation Appeal Board*, já nos anos 2000, a *Commonwealth Court of Pennsylvania* (tribunal intermediário estadual) aplicou o *anticipatory overruling* para afastar a aplicabilidade da doutrina do “*common law marriage*” (relativamente semelhante ao reconhecimento da união estável). A *opinion* majoritária apontou que, inobstante a ausência de *overruling* direto dos precedentes supremos que predicavam a validade de tal instituição consuetudinária, a *Supreme Court* já abertamente apontara sua decadência em acórdãos de matérias correlatas, colocando sua continuidade em cheque. A partir disso, o tribunal de 2º grau entendeu pela pertinência do *anticipatory overruling*, inclusive invocando entendimento doutrinário favorável à manobra:

Isso não finaliza o assunto, no entanto, pois restam duas perguntas. A primeira é se nós, como corte de apelação intermediária, temos autoridade para nos recusarmos a seguir uma regra de direito consuetudinário que a Suprema Corte até agora não descartou. Normalmente, tal passo seria considerado impróprio. Ver, por exemplo, [Rodríguez de] Quijas v. Shearson/American Express, Inc., 490 U.S. 477, 484 (1989). No entanto, muitas autoridades sugerem que, em um caso apropriado, o *anticipatory overruling* pode ser não apenas admissível, mas uma obrigação. Ver Margaret N. Kniffen, *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Action by United States Courts of Appeals*, 51 *Fordham L. Rev.* 53, 74-75 (1982). Acreditamos que a melhor visão é que tal ação deve ser tomada apenas em circunstâncias extraordinárias em que não pode haver dúvida séria quanto à intenção da Suprema Corte. Acreditamos que este é justamente o caso. In Staudenmayer, nossa Suprema Corte, embora se recusando a abordar a questão, ‘levantou o machado tão alto que sua queda é quase tão certa quanto a mudança das estações’. *Republic Steel v. Maddox*, 379 U.S. 650, 667 (1965). Assim, doravante, este tribunal

⁷⁴⁴ Por exemplo, em *Hopwood v. Texas*, a Corte de Apelação do 5º Circuito afastou a degradada *holding* suprema firmada em *Bakke v. California*, para afirmar a invalidade da utilização da raça como critério de admissão em universidade estadual (para fins de ampliação da diversidade no *campus*): USA, Court of Appeals for the 5th Circuit, *Hopwood v. Texas*, opinion of the court by Judge Smith, 18.03.1996. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/78/932/504514/>>. Acesso em 20.08.2022.

⁷⁴⁵ Ademais, parcela da doutrina norte-americana entende que a vedação manifesta em *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc* só se estenderia a tribunais federais, já que os tribunais estaduais seriam naturalmente tidos por “laboratórios” para experimentação de novas teses; e que o controle da Corte Suprema sobre eles seria menos ostensivo. A respeito: BLOOM, Frederic M. *State Courts Unbound*. *Cornell Law Review*, v. 93:501, p. 501–554, 2008.

reconhecerá como válidos apenas aqueles casamentos celebrados de acordo com os procedimentos da Lei do Casamento⁷⁴⁶.

Igualmente, o artifício continua a ser usado por alguns juízes e cortes federais. Por exemplo, em 2014, em *Wolf v. Walker*, a magistrada de 1ª instância realizou interessante explanação para demonstrar a deterioração do antigo precedente supremo formado em *Baker v. Nelson* – segundo o qual lei estadual proibitiva de casamento entre pessoas do mesmo gênero não importaria ofensa relevante à garantia constitucional da igualdade. A julgadora citou diversas manifestações supervenientes da *Supreme Court* que se afastaram dessa linha, incluindo declarações de inconstitucionalidade de regras de diferenciação de pessoas com base no sexo ou na orientação sexual, em contextos similares⁷⁴⁷. Ademais, anotou situações em que os próprios componentes da Corte Suprema consideraram aquele antigo precedente irrelevante; bem como negativas de *certiorari* a recursos que visavam fazer valer as proibições estatais.

Enfim, a juíza classificou a velha *holding* como “letra morta” e desviou-se dela para decidir favoravelmente ao pleito matrimonial dos casais autores:

Seria pouco dizer que a jurisprudência da Suprema Corte sobre questões semelhantes às levantadas em *Baker* se desenvolveu substancialmente desde 1972. Na época, poucos tribunais haviam abordado questões relacionadas aos direitos constitucionais dos gays; as decisões favoráveis eram ainda menos frequentes. (...). Nos anos mais recentes, a Suprema Corte decidiu uma série de casos nos quais rejeitou a visão implícita em casos como *Baker*, de que gays são “estranhos à lei”. *Romer v. Evans*, 517 US 620, 635–36, 116 S.Ct. 1620, 134 L.Ed.2d 855 (1996). Em *Romer*, a Corte invalidou, à luz da cláusula constitucional de proteção igualitária, uma emenda constitucional estadual que discriminava com base na orientação sexual. Em *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 123 S.Ct. 2472, 156 L.Ed.2d 508 (2003), a Corte concluiu que uma lei do Texas que criminalizava relações sexuais homossexuais violava a cláusula do devido processo legal, superando *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 92 L.Ed.2d 140 (1986) (...). Apesar do debate entre os tribunais inferiores e as partes sobre *Baker*, a Suprema Corte ignorou o precedente tanto na decisão quanto na argumentação oral do [caso] *Windsor*. (Em um caso similar relacionado ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, que acabou inadmitido por razões processuais, o advogado dos peticionários começou a discutir *Baker* durante a argumentação oral, mas o Justice Ginsburg o interrompeu, afirmando: ‘Sr.

⁷⁴⁶ Tradução nossa. (USA, Commonwealth Court of Pennsylvania, *PNC Bank Corporation v. Workers’ Compensation Appeal Board*, opinion of the court by Judge Leadbetter, 17.09.2003. Disponível em: <https://cases.justia.com/pennsylvania/commonwealth-court/860cd02_9-17-03.pdf?ts=1370460545>. Acesso em 20.08.2022).

⁷⁴⁷ USA, United States District Court W.D. Wisconsin., *Wolf v. Walker*, 06.06.2014. Disponível em: <https://casetext.com/case/wolf-v-walker> [5?q=%22anticipatory%20overruling%22%20kniffen&sort=relevance&p=3&type=case](https://casetext.com/case/wolf-v-walker). Acesso em 20.08.2022.

Cooper, Baker v. Nelson foi decidido em 1971. O Supremo Tribunal nem sequer tinha decidido que as classificações baseadas em gênero devem receber qualquer tipo de escrutínio maior.’ Argumento oral em Hollingsworth v. Perry, No. 12–144, 2013 WL 1212745.) O silêncio da Corte é revelador. Embora a Corte não tenha superado Baker, o fato de não o ter reconhecido como relevante em um caso envolvendo uma restrição ao casamento entre pessoas do mesmo sexo corrobora a visão de que tal precedente é visto como letra morta. (...). Eu concluo que as leis do Wisconsin que proíbem o casamento entre pessoas do mesmo sexo são inconstitucionais.⁷⁴⁸

Em apelação, a *Court of Appeals for the Seventh Circuit* ratificou o *anticipatory overruling* e o resultado atingido na 1ª instância, registrando que “Baker foi decidido em 1972 - 42 anos atrás, a idade das trevas no que concerne a litígios sobre discriminação contra homossexuais. Decisões subsequentes [da Supreme Court], como Romer v. Evans, 517 US 620, 634-36 (1996); Lawrence v. Texas, 539 EUA 558, 577– 79 (2003), e Estados Unidos v. Windsor tratam de casos diferentes, mas deixam claro que Baker não é mais autoridade”⁷⁴⁹. A Corte Suprema deixou de conceder *certiorari* ao recurso interposto no caso, mas, menos de um ano depois, em *Obergefell v. Hodges*, veio a efetuar o *overruling* de *Baker v. Nelson*, declarando a inconstitucionalidade de leis estaduais proibitivas do casamento homoafetivo⁷⁵⁰.

Ao exposto, conclui-se que, após seu surgimento na década de 40, o *anticipatory overruling* passou por momento de desenvolvimento e profusão nos tribunais intermediários, tendo sido adotado em variados contextos e sob diferentes parâmetros, mas com algo em comum: a fundamentação no sentido da deterioração do precedente superior desviado. Após logo período de tolerância tácita por parte da Supreme Court, a manobra foi expressamente repreendida em *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc (1989)*. Posteriormente, contudo, alguns julgadores e tribunais inferiores continuaram a aplicar a técnica, que não voltou a ser diretamente avaliada pela Corte Suprema nos últimos anos.

4.1.3 Recepção doutrinária

⁷⁴⁸ Tradução nossa. Ibid.

⁷⁴⁹ USA, Court of Appeals for the 7th Circuit, Wolf v. Walker, opinion of the court by Judge Posner, 04.09.2014. Disponível em: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca7/14-2526/14-2526-2014-09-04.pdf?ts=1411046813>. Acesso em 20.08.2022.

⁷⁵⁰ “Same-sex couples may exercise the fundamental right to marry. Baker v. Nelson is overruled.” (USA, Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, opinion of the court by Justice Kennedy, 26.06.2015. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdfm. Acesso em 20.08.2022).

Conforme pronunciado, após rastrear o fenômeno jurisprudencial, a doutrina norte-americana dividiu-se quanto à pertinência e ao balizamento da técnica do *anticipatory overruling*,

Uma primeira corrente, minoritária, posiciona-se favoravelmente ao artifício de maneira mais ampla ou até radical. O pano de fundo mais usual é o entendimento ultrarrealista⁷⁵¹ de que, em quaisquer contextos, os julgadores subordinados devem decidir mediante predição do que a atual corte superior fará em eventual recurso, visando evitar a necessidade de reforma, em busca da maximização da eficiência judiciária⁷⁵². Alguns autores contemporâneos aludem à aplicação ao judiciário do modelo econômico de principal-agente, pelo qual os “agentes” (cortes baixas) são atores estratégicos que devem moldar suas ações em acordo com as preferências ideológicas do “principal” (corte alta, em sua atual composição), captando toda sorte de “sinais” por ela expedidos para evitar a ameaça da reversão⁷⁵³.

Assim, no que tange à análise da vitalidade de precedentes, trabalha-se com o parâmetro da “evidência preponderante” da atual orientação do “principal”⁷⁵⁴: se houver precedente superior controlador, mas o melhor indício disponível apontar para o seu provável *overruling*, deve-se afastar a respectiva *holding*, sem atribuição de deferência especial a seu status hierárquico-jurisprudencial⁷⁵⁵. Em última análise, o precedente não passaria de mais um possível “sinal” da orientação superior⁷⁵⁶, e o

⁷⁵¹ “In characterizing his job as entailing a “duty to prophesy,” Judge Woodbury invokes the radical realist notion that (at least for a lower court judge) law is prediction. Yet he also relies on a more practical ground: He says that nothing will be gained, and much effort will be wasted, if litigants and lower court judges are required to act as though law is not about prediction. This is the efficiency-based argument for prediction.” (DORF, Michael C. Prediction and the Rule of Law. Cornell Law Faculty Publications. Paper 108., p. 651–715, 1995, p. 676).

⁷⁵² Na defesa do chamado “proxy model”, pelo qual os julgadores subordinados devem agir como verdadeiros representantes dos julgadores superiores, encarados como “oráculos” que adivinham o significado do direito: CAMINKER, Evan H. Precedent and Prediction The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking. Texas Law Review, v. 73, n.1, 1994.

⁷⁵³ Bem descrevendo a defesa da aplicação da teoria do principal-agente ao judiciário: KIM, Pauline T. Lower Court Discretion. New York University Law Review, v. 82, p. 383–442, 2007, p. 392-441. Aplicando a teoria, empiricamente, ao sistema judiciária estadunidense, e constatando que a diferença ideológica entre a corte suprema autora do precedente e a corte suprema atual é fator preponderante no desvio do precedente pelos julgadores subordinados, muito mais que a diferença ideológica entre a corte suprema atual e a corte baixa atual: WESTERLAND, Chad et al. Strategic Defiance and Compliance in the U.S. Courts of Appeals. American Journal of Political Science, v. 54, n. 4, p. 891–905, 2010.

⁷⁵⁴ BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. Fordham Law Review, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 46.

⁷⁵⁵ Ibid., p. 46.

⁷⁵⁶ Descrevendo essa crença no modelo preditivo: RE, Richard M. Narrowing Supreme Court Precedent from Below. The Georgetown Law Journal, v. 104, p. 921–971, 2016, p. 940.

jugador subordinado não deveria conferir-lhe mais peso do que a atual corte autora provavelmente conferirá em eventual recurso.⁷⁵⁷

Aceita-se então uma variada gama de “sinais” da vitalidade ou decadência do precedente, incluindo manifestações, judiciais ou extrajudiciais, diretas ou indiretas, dos atuais membros da Corte Suprema⁷⁵⁸. Prega-se que todos os dados devem ser considerados, independentemente de sua procedência. Mudanças na composição colegiada, com provável alteração da ideologia majoritária em determinada matéria, incluindo influências políticas, são aceitas como indícios válidos. Até mesmo os fatores relevados para o próprio *overruling* – erro crasso, evolução normativa, obsolescência social – são tidos por consideráveis. Tudo visando ao *compliance* antecipado⁷⁵⁹. Em última análise, a prática decisória da corte superior é que empiricamente revelaria quais os melhores métodos preditivos quanto à manutenção ou revogação de um precedente, sem exclusões apriorísticas de quaisquer indícios:

Se um tribunal inferior naturalmente tenta antecipar as visões políticas individuais de juízes de tribunais superiores ao (...) resolver novos casos, não há razão para não fazer o mesmo com relação ao *overruling*. O método de prever como o tribunal superior irá votar, em outras palavras, não tem relação com o terreno jurídico para o qual as previsões são feitas. Uma estrutura judicial hierárquica exige que a previsão seja feita para todo o direito aplicado pela mais alta corte, independentemente de qual teoria preditiva é considerada correta. Isso não quer dizer que um indício preditivo seja tão bom quanto outro. No final das contas, a prática do tribunal superior é que determinará qual método de previsão funciona melhor. Quanto mais os julgadores de tribunais superiores derrubarem precedentes para votar em acordo com suas predileções pessoais, mais a atenção a essas predileções pessoais, por parte dos tribunais inferiores, evitará a reversão [em eventual recurso]. Quanto mais os julgadores do tribunal superior (...) articularem razões generalizáveis para derrubarem precedentes, mais a atenção, por parte do tribunal inferior, aos acórdãos da corte superior [indícios judiciais] é que evitará a reversão.⁷⁶⁰

Favoravelmente à disseminação da técnica, argui-se que ela importa uma forma de “assistência” à corte superior, diminuindo a necessidade de recursos e reformas; que contribui para a justiça nos casos concretos, além de auxiliar o desenvolvimento do direito em um ritmo mais rápido⁷⁶¹. Aponta-se, ademais, que na

⁷⁵⁷ ROGERS, John M. Lower Court Application of the “Overruling Law” of Higher Courts. *Legal Theory*, v. 1, n.2, p. 179–204, 1995, p. 181.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 188; p. 202.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 188-189.

⁷⁶⁰ Tradução nossa. *Ibid.*, p. 202-203.

⁷⁶¹ Sintetizando os argumentos “pró”: KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 74-87.

grande maioria dos casos os apelos à Corte Suprema acabam inadmitidos, de modo que a ausência do *anticipatory overruling* na instância inferior acaba ceifando o acesso da parte ao entendimento mais atualizado e justo⁷⁶².

Enfim, os aderentes à essa linha criticam fortemente a proibição manifesta pela *Supreme Court* em *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc* e em *Agostini v. Felton*, tida por contraproducente e por *dicta* não vinculante⁷⁶³.

Por outro lado, uma segunda corrente, também minoritária, apresenta-se totalmente avessa ao *anticipatory overruling*. Aí encontram-se, geralmente, autores que compreendem o sistema de precedentes estadunidense como bastante rígido e inflexível, em uma perspectiva formalista ou “neoformalista”⁷⁶⁴. Argumenta-se que, dentro da estrutura judiciária e do sistema de *binding precedents*, não seria papel das cortes baixas prever se um precedente superior controlador da lide será ou não derrubado, mas apenas segui-lo, sem apego a sinais especulativos:

Quando um precedente da Suprema Corte é aplicável à lide em julgamento, o tribunal inferior tem apenas um curso de ação disponível. Deve emitir a decisão que a *holding* indicar, qualquer que seja. Não há espaço para agir com dúvidas acerca da solidez do precedente ou fazer previsões sobre a eventual mudança de opinião da Suprema Corte. Um tribunal inferior não pode nem mesmo afastar-se de precedentes que a Suprema Corte já questionou. Na ausência de um efetivo *overruling* as decisões da Suprema Corte permanecem irrevogavelmente vinculantes para todos os tribunais inferiores; encontrar um precedente controlador encerra a investigação. Como a fatídica brigada imortalizada por Tennyson, tribunais inferiores confrontados com precedentes superiores controladores não têm permissão para “raciocinar por quê”.⁷⁶⁵

Ademais, o sucesso preditivo dos julgadores – e de quaisquer membros da comunidade jurídica – não seria alto⁷⁶⁶, dados os diversos fatores, jurídicos e extrajurídicos, que interferem em uma decisão de *overruling*.

⁷⁶² EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991, edição kindle, posição 4005.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 191-192. Também: BRADFORD, Steven C. *Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling*. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990.

⁷⁶⁴ SOLUM, Lawrence. *The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights*. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 9:1, p. 155–206, 2006, p. 186.

⁷⁶⁵ Tradução nossa. KOZEL, Randy J. *The Scope of Precedent*. *Michigan Law Review*, v. 113, Issue 2, p. 179–230, 2014, p. 203.

⁷⁶⁶ Corroborando essa afirmação: RUGER, Theodore W. et al. *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*, *Columbia Law Review*, v. 104, p. 1150-1210, 2004, p. 1171.

Favoravelmente à vedação à técnica, argumenta-se que ela importaria jogo especulativo, envolvendo perigoso ativismo judicial que não importaria assistência, e sim apropriação do papel da corte superior⁷⁶⁷, a única portadora de visão panorâmica acerca das razões e do *timing* para efetuar ou rejeitar cada superação. O *anticipatory overruling* seria desnecessário, causando insegurança jurídica e quebra de confiança; desigualdade e desuniformidade; ineficiência judiciária – com estímulo à litigância mesmo em matéria já pacificadas por precedente supremo –; piora na visão pública acerca da Corte Suprem; além de confusão nas cortes baixas e nos jurisdicionados⁷⁶⁸.

Por tudo isso, os aderentes à essa corrente reverenciam a proibição manifesta pela *Supreme Court* em *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc* e em *Agostini v. Felton*⁷⁶⁹.

Por fim, uma terceira corrente, majoritária na doutrina estadunidense, posiciona-se favoravelmente ao *anticipatory overruling* de maneira moderada ou restrita⁷⁷⁰. Combate-se aí a validade do modelo realista-preditivo da atuação das cortes baixas, dentre outros, por depender de inviável consideração personalista e extrajurídica dos julgadores superiores, distante da necessária deferência à corte suprema como instituição jurídica imparcial, autora de precedentes vinculantes, no contexto do devido processo legal⁷⁷¹. Assim, fatores ideológicos poderiam ser levados

⁷⁶⁷ KOZEL, Randy J. The Scope of Precedent. *Michigan Law Review*, v. 113, Issue 2, p. 179–230, 2014, p. 1171, p. 203.

⁷⁶⁸ Sintetizando os argumentos contra a técnica: KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 74-87.

⁷⁶⁹ KOZEL, Randy J. The Scope of Precedent. *Michigan Law Review*, v. 113, Issue 2, p. 179–230, 2014., p. 1171, p. 203.

⁷⁷⁰ Nessa linha, dentre outros: H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 538-539; KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 88-89; BRATZ, David C. Stare Decisis in Lower Courts Predicting the Demise of Supreme Court Precedent. *Washington Law Review*, v. 60, n. 1, p. 87–100, 1984, p. 100; DORF, Michael C. Prediction and the Rule of Law. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 108., p. 651–715, 1995, p. 676-677; WILSON, Brian P. How Should States Treat Cruikshank following Heller-An Analysis of a State Court's Ability to Hold That Supreme Court Precedent Is Dead. *Seton Hall Law Rev*, v. 40, p. 371–405, 2010, p. 393-396.

⁷⁷¹ Michael Dorf tece interessante crítica ao modelo preditivo. Ver, por exemplo: “The prediction model requires lower court judges, as well as the lawyers and clients who appear before them, to conceive of law as a prediction of how the particular individuals sitting on the high court would resolve the issue presented. This conception is inconsistent with central specific practices of American law—including the norm of the impartial adjudicator, the doctrine of stare decisis, and the institutional integrity of courts. More broadly, the prediction model is inconsistent with the overarching theme of the rule of law, of which these specific practices are manifestations. It is difficult to imagine that the marginal and partial benefits that might accrue from adopting a predictive view of law” could outweigh the costs that result from undermining the rule of law.” (DORF, Michael C. Prediction and the Rule of Law. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 108., p. 651–715, 1995, p. 685).

em conta apenas quando indissociavelmente incrustados em fontes normativas (como as decisões)⁷⁷². Ademais, evitar a reversão superior a todo custo – conforme predicado pelas teorias de principal-agente – não seria o verdadeiro objetivo dos órgãos julgadores inferiores, nem na teoria, nem na prática⁷⁷³.

Contudo, de acordo com a corrente moderada, o modelo hiper formalista acolhido pela *Supreme Court* em *Rodriguez de Quijas* também seria equivocados, por implicar uma visão quase absolutista, impondo às partes e aos julgadores vinculados atuação mecanizada e alienada relativamente aos posicionamentos do tribunal superior⁷⁷⁴. O acolhimento dessa visão importaria conceder preponderância a qualquer ordem oriunda do precedente, e não aos fundamentos a ele subjacentes, em sua inserção no panorama jurisprudencial⁷⁷⁵, o que conduziria a resultados absurdos.

Na verdade, o papel dos magistrados das instâncias ordinárias não seria de estritos previsores e nem de cegos executores; mas sim de decisores racionais que devem julgar fundamentadamente, em acordo com o direito, considerando o corpo normativo em sua inteireza, compreendendo, inclusive, os precedentes das cortes superiores e a linha jurisprudencial que os envolve⁷⁷⁶.

Entende-se então que o *anticipatory overruling* tem lugar quando presentes evidências fortes da erosão do precedente superior controlador⁷⁷⁷. Embora exista alguma variação entre os “tipos” de degradação considerados aptos por cada um dos autores, a tônica é a defesa da aplicabilidade do instituto apenas em casos nos quais constatada decadência bastante evidente da *holding* superior⁷⁷⁸. Ou seja: exige-se que o precedente tenha se tornado isolado em meio à linhagem decisória subsequente⁷⁷⁹, o que retira a técnica do terreno de simples “adivinhação”. Ademais, tais autores advertem que as circunstâncias do caso concreto devem ser ponderadas:

⁷⁷² *Ibid.*, p. 686.

⁷⁷³ A respeito: KIM, Pauline T. Lower Court Discretion. *New York University Law Review*, v. 82, p. 383–442, 2007, p. 402-404.

⁷⁷⁴ BHAGWAT, Ashutosh. Separate but Equal?: The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of the “Judicial Power”. *Boston University Law Review*, v. 80, p. 967–1016, 2000, p. 972-973; p. 1014.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 973.

⁷⁷⁶ DORF, Michael C. Prediction and the Rule of Law. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 108., p. 651–715, 1995, p. 664.

⁷⁷⁷ WILSON, Brian P. How Should States Treat Cruikshank following Heller-An Analysis of a State Court’s Ability to Hold That Supreme Court Precedent Is Dead. *Seton Hall Law Rev*, v. 40, p. 371–405, 2010, p. 396.

⁷⁷⁸ KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 88.

⁷⁷⁹ H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 539.

O tribunal de apelações deve, para antecipar, certificar-se de que a Suprema Corte tem grande probabilidade de afastar-se do precedente e de chegar a um determinado resultado. Como foi apontado anteriormente, a certeza absoluta nunca pode ser alcançada. O tribunal deve, no entanto, perceber que há quase certeza sobre qual seria a ação da Suprema Corte. Se essa quase certeza não existir, o tribunal deve abandonar qualquer iniciativa de antecipação no caso, pois antecipar seria entregar-se à mera adivinhação, e não à previsão (...). Deve ser avaliada a possibilidade de dano irremediável a qualquer das partes caso ocorra ou não a antecipação. (...). Como um tribunal de apelação pode equilibrar adequadamente todos esses elementos para chegar a uma decisão em um assunto tão sério quanto o possível afastamento de um precedente da Suprema Corte? Deve-se perceber que não há solução fácil, nem mesmo uma solução "correta" para o problema. (...). Um tribunal que percorre essa tarefa busca, como o juiz Frankfurter disse, um 'equilíbrio de imponderáveis'. No entanto, a falta de um caminho claro não deve impedir o tribunal de lidar com o problema e de chegar a uma decisão que, se não uma solução, é pelo menos um meio de alcançar o máximo possível de seus objetivos sem violar suas obrigações. Quando uma corte de apelação, após ter ponderado todos os fatores relevantes, conclui que a derrubada do precedente parece ser inevitável, ele deve, desde que seu intelecto, seu arbítrio e seu bom senso o permitam, agir como acredita que o Supremo Tribunal agiria e antecipar.⁷⁸⁰

Os autores aderentes a essa linha costumam aludir ao entendimento do *Judge Lernead Hand*, no sentido de que se deve distinguir a utilização da técnica para decidir em acordo com "mudanças claramente prenunciadas", de seu emprego como bilhete de embarque na "oportunidade empolgante de antecipar um posicionamento que está no útero do tempo, mas cujo nascimento ainda é distante"⁷⁸¹. Somente a primeira manobra seria aceitável.

Nesse contexto, acatam-se como "indícios" aptos a balizar o *anticipatory overruling* apenas pronunciamentos judiciais da corte superior ou da maioria de seus membros⁷⁸², incluindo decisões que deterioram a *holding* ou evidentemente afastam-se de suas bases, bem como sinalizações ("*signaling*") de que a superação só depende da subida de caso apropriado⁷⁸³. Em todo caso, os elementos preditivos

⁷⁸⁰ Tradução nossa. KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 87-89.

⁷⁸¹ USA, Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Spector Motor Service v. Walsh*, divergent opinion by judge Hand, 18.03.1944. Disponível em: <https://casetext.com/case/spector-motor-service-v-walsh>. Acesso em 22.08.2022.

⁷⁸² BRATZ, David C. Stare Decisis in Lower Courts Predicting the Demise of Supreme Court Precedent. *Washington Law Review*, v. 60, n. 1, p. 87–100, 1984, p. 95-97; WILSON, Brian P. How Should States Treat Cruikshank following Heller-An Analysis of a State Court's Ability to Hold That Supreme Court Precedent Is Dead. *Seton Hall Law Rev*, v. 40, p. 371–405, 2010, p. 396.

⁷⁸³ H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974, p. 525; 538-539.5 Posicionando esses como os fatores principais, embora aceite outros acessórios: KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 61-66.

“consideráveis” seriam apenas aqueles advindos de fontes decisórias impessoais, as mesmas que poderiam ser levadas em conta pelo próprio tribunal supremo⁷⁸⁴. Fatores como mudanças na composição da corte superior ou declarações extrajudiciais de seus componentes seriam aceitos no máximo como indícios acessórios, incapazes de lastrear a aplicação da técnica. Na prática, eles poderiam até se mostrar confiáveis e empregáveis por advogados, no terreno da avaliação de riscos dos seus clientes, mas seriam impassíveis de incorporação em uma fundamentação decisória para legitimamente justificar determinado resultado⁷⁸⁵.

Defende-se que, sob essas balizas, e com atenção às necessidades e expectativas das partes nos casos concretos, o *anticipatory overruling* poderia ser aceito como ferramenta excepcional das cortes inferiores, sem ferir a impessoalidade e integridade judiciárias; e sem afrontar os valores inerentes ao *stare decisis*⁷⁸⁶. Mais que isso: de acordo com alguns autores, é possível que aí sejam cumpridos os princípios cultivados pelo sistema de precedentes, conciliados com a justiça e o desenvolvimento do direito⁷⁸⁷.

Conclui-se, enfim, que a doutrina norte-americana ainda se divide quanto à pertinência e ao balizamento do *anticipatory overruling*. Na prática, a adesão a cada uma das correntes acerca do tema pode ter consequências importantes sobre a forma de argumentar e decidir com precedentes.

4.2 Breve nota quanto ao *anticipatory overruling* em outros países

Embora o aprofundamento da temática não constitua objeto deste trabalho, válido fazer breve nota relativa à recepção do *anticipatory overruling* em alguns outros sistemas jurídicos.

⁷⁸⁴ DORF, Michael C. Prediction and the Rule of Law. Cornell Law Faculty Publications. Paper 108., p. 651–715, 1995, p. 654.

⁷⁸⁵ BRATZ, David C. Stare Decisis in Lower Courts Predicting the Demise of Supreme Court Precedent. Washington Law Review, v. 60, n. 1, p. 87–100, 1984, p. 96-97.

⁷⁸⁶ Ibid., p. 99-100. KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. Fordham Law Review, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 87-89.

⁷⁸⁷ Nesse sentido: BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. Fordham Law Review, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 74-88.

Aliás, conforme pronunciado, o emprego da técnica foi um dos objetos da célebre pesquisa comparativa conduzida em 1997 por Neil McCormick e Robert Summers, relativa ao manejo de precedentes em diversos países⁷⁸⁸.

De saída, ressalta-se que houve rejeição do instituto pela doutrina e pelos tribunais ingleses, sem maiores objeções ou debates⁷⁸⁹. Como visto, o sistema de precedentes britânico se destaca por ser relativamente rígido: a prerrogativa de autossuperação pela própria *House of Lords* só foi reconhecida em 1966⁷⁹⁰. Natural, portanto, que haja resistência à aplicação da técnica antecipatória – fundada em juízo de probabilidade, por parte dos órgãos vinculados, de futura revogação superior, cuja efetiva ocorrência é bastante restrita. Na verdade, a doutrina descreve que toda manobra de desvio de precedentes por cortes inferiores é muito mais limitada no sistema inglês que no norte-americano.⁷⁹¹ O objetivo do magistrado britânico é manter a estabilidade e a segurança jurídica, não havendo tanta demanda do *approach* crítico que se se espera do juiz estadunidense.

Nada obstante, em outros países tradicionalmente vinculados ao *common law* há doutrina contemporânea que reconhece a possibilidade de aplicação moderada do *anticipatory overruling*, ao menos em teoria. É o caso do Canadá⁷⁹² e da Austrália⁷⁹³.

Outrossim, naquela pesquisa de McCormick e Summers (1997), a questão também foi investigada em referência aos países de *civil law*. Na ocasião, os representantes da França⁷⁹⁴ anuíram com a aceitabilidade e com a frequente prática da manobra antecipatória no país. Apontou-se que, ante a inexistência de precedentes formalmente vinculantes, quaisquer técnicas de desvio por órgãos vinculados não atrairiam maiores preocupações.

⁷⁸⁸ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

⁷⁸⁹ A respeito: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 315–354, 1997, p. 344.

⁷⁹⁰ A respeito: ATIYAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert S. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 123.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 120-122.

⁷⁹² PARKES, Debra. *Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada*. *Manitoba Law Journal*, p. 135–162, 2007, p. 142-143. Também há autores canadenses totalmente contrários à técnica: ROWE, Malcolm; KATZ, Leanna. *A Practical Guide to Stare Decisis*. *Windsor Review of Legal and Social Issues*, v. 41, p. 1–27, 2020, p. 13.

⁷⁹³ HEYDON, J D. *How far can Trial Courts and Intermediate Appellate Courts Develop the Law?* *Oxford University Commonwealth Law Journal*, v. 9:1, p. 1-46, 2009, p. 41-43.

⁷⁹⁴ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 103–140, 1997, p. 134.

Similarmente, os representantes da Alemanha (que indicaram apenas os precedentes da Corte Constitucional como obrigatórios), informaram que o *anticipatory overruling* vinha sendo utilizado no sistema alemão, cuja flexibilidade permitiria que as cortes baixas avaliassem criticamente os precedentes superiores, quando presentes razões de desconfiança⁷⁹⁵.

Por sua vez, os autores italianos apontaram que a técnica não vinha sendo conceituada e nem problematizada no país⁷⁹⁶. Isso porque, podendo os tribunais inferiores locais desviarem-se de precedentes superiores por simples discordância meritória, independentemente de quaisquer previsões de *overruling*, a discussão da manobra antecipatória seria desnecessária⁷⁹⁷.

Mais recentemente, em que os sistemas de *civil law* têm se aproximado dos conceitos de direito jurisprudencial obrigatório, a pesquisa de Maccormick e Summers mereceria ser retomada e expandida.

Já no âmbito da América do Sul, a doutrina relata a aparente rejeição do *anticipatory overruling* pela Corte Suprema do México; contrastando com a aceitação da técnica na Colômbia⁷⁹⁸. Trata-se de dois sistemas filiados ao *civil law* (herança da colonização espanhola) que têm progressivamente implementado fórmulas jurisprudenciais vinculantes⁷⁹⁹, mas não no mesmo nível do Brasil (por exemplo, em ambos os países o pronunciamento reiterado pela corte superior um determinado número de vezes torna-se autoridade a ser seguida pelos órgãos inferiores⁸⁰⁰).

Enfim, nota-se que o tratamento do *anticipatory overruling* não é unânime, nem entre os países de *common law*, nem entre os de *civil law*. É chegado o momento de explorar o tema em referência ao sistema brasileiro.

4.3. *Anticipatory overruling* no Brasil

⁷⁹⁵ ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 17–64, 1997, p. 58.

⁷⁹⁶ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, p. 141–188, 1997, p. 180.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 180.

⁷⁹⁸ GONZÁLEZ, Rodrigo Camarena. From jurisprudence constante to stare decisis: the migration of the doctrine of precedent to civil law constitutionalism. *Transnational Legal Theory*, v. 7, n. 2, p. 257–286, 2016, p. 278.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 259–262.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 263.

4.3.1 Diagnóstico

4.3.1.1 Panorama jurisprudencial

Há poucos anos, com provável marco em 2016, o *anticipatory overruling* começou a ser expressamente referenciado e empregado em alguns acórdãos de tribunais brasileiros.

O levantamento estatístico preciso a respeito da magnitude desse fenômeno seria tarefa relevante e árdua, que escapa ao escopo do presente trabalho. De fato, há verdadeira dificuldade quanto ao completo rastreamento da manobra nos acervos jurisprudenciais: basta refletir que ela pode ser praticada sob outra nomenclatura, sem que os termos “*anticipatory overruling*” ou mesmo “superação antecipada” sejam mencionados. Muitas terminologias são passíveis de utilização nos julgados para referência a um mesmo mecanismo: o afastamento do precedente justificado pela sua degradação frente aos pronunciamentos supervenientes da corte superior responsável⁸⁰¹.

De toda forma, sem que haja intenção de precisão estatística, apresentam-se números que podem fornecer alguma ideia acerca do nível de referência à manobra nos tribunais brasileiros. Em resumo, levantou-se a quantidade de acórdãos contendo os indexadores “*anticipatory overruling*” ou “*antecipatory overruling*” nos acervos jurisprudenciais de STF, STJ, TRFs e TJs. Para fins comparativos, levantou-se nesses mesmos acervos a quantidade de arestos contendo os indexadores “*distinguishing*” ou “*distinguish*” - técnica em língua inglesa muito comumente empregada no Brasil⁸⁰²-⁸⁰³. Os resultados são sintetizados na seguinte tabela:

	<i>Anticipatory overruling / Antecipatory overruling</i>	<i>Distinguishing / Distinguish</i>
STF	0	499
STJ	0	1.839

⁸⁰¹ Ademais, pode haver alusão à técnica no texto do decisório por vários motivos (inclusive por referência à argumentação da parte), sem que ela esteja sendo efetivamente abordada pelo tribunal.

⁸⁰² Optou-se por não se utilizar as traduções em português desses indexadores (“superação antecipada” / “distinção”) a partir da percepção de que muitos dos correspondentes resultados não se referiam às técnicas aqui visadas.

⁸⁰³ Foram utilizadas as ferramentas de busca disponibilizadas nos próprios sites dos tribunais e do CNJ, bem como a ferramenta de busca “filtrada” da plataforma Jusbrasil.

TRFs	14	10.289
TJs	876	124.069
Total: STF, STJ, TRFs, TJs	890	136.696
Total: Todos os tribunais brasileiros (justiça comum e especializada)	1.202	161.989

Figura 3 Uso do indexador “anticipatory overruling” nos acórdãos de tribunais brasileiros. Fonte: autoria própria.

Confirma-se, assim, que na jurisprudência brasileira ainda é relativamente baixa a alusão expressa à técnica norte-americana do *anticipatory overruling* (ao menos em sua nomenclatura original), que foi recém introduzida no vocabulário forense nacional. Ademais, nota-se que seu uso tem sido superior nos Tribunais de Justiça estaduais, relativamente às Cortes federais, mesmo em números relativos. Por fim, verifica-se que ainda não houve manifestação a respeito por parte do STF e do STJ. Nesse ponto, rememore-se que, nos EUA, a manobra só foi abordada pela *Supreme Court* mais de 40 anos após seu surgimento.

Dado esse panorama geral, cumpre expor alguns acórdãos brasileiros nos quais o *anticipatory overruling* foi abordado.

Pertinente começar pelo acórdão da ADI nº 1386653-6, prolatado em 10.06.2016 pelo Órgão Especial do TJPR. No caso, o Tribunal analisou ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Sindicato das indústrias de produtos e artefatos de cimento, fibrocimento e ladrilhos hidráulicos do Estado do Paraná (SINDICAF/PR), em face da Lei Municipal nº 14.172/2012, que "dispõe sobre a proibição do uso, no Município de Curitiba, de materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto, ou mesmo outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição".

Ocorre que, anos antes, na ADI nº 2396/MS e na ADI nº 2656/SP, ao analisar leis estaduais que traziam as exatas mesmas proibições que a norma curitibana, o STF julgou-as inconstitucionais, com fundamento na extrapolação da competência legislativa prevista no inciso art. 24, V, da CR/88 – norma de repetição obrigatória nas

constituições estaduais⁸⁰⁴. O TJPR reconheceu que a princípio tais precedentes seriam aplicáveis ao caso em análise, mas invocou o *anticipatory overruling* para deixar de aplicá-los. É ver a ementa do decisório:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - APLICAÇÃO DO RITO DO ART. 12 DA LEI Nº 9.868/99 - LEI Nº 14.172/2012 DO MUNICÍPIO DE CURITIBA - LEI QUE DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO, NO MUNICÍPIO DE CURITIBA, DE MATERIAIS OU ARTEFATOS QUE CONTENHAM QUAISQUER TIPOS DE AMIANTO OU ASBESTO, OU MESMO OUTROS MINERAIS QUE, ACIDENTALMENTE, TENHAM FIBRAS DE AMIANTO NA SUA COMPOSIÇÃO (...). - VÍCIO INEXISTENTE, JÁ QUE A NORMA TRATA DE MATÉRIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM DIREITO AMBIENTAL. NÃO HÁ QUE SE FALAR, PORTANTO, EM COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS VALORES DA PROTEÇÃO DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA - ARQUIVAMENTO DO PROJETO DE LEI Nº 76/11 PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA ESTADUAL ACERCA DO TEMA NÃO IMPEDE QUE OS MUNICÍPIOS LEGISLEM SUPLETIVAMENTE - EM QUE PESE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JÁ TER SE MANIFESTADO ACERCA DO TEMA TRATADO NA LEI, HÁ ELEMENTOS QUE INDICAM UMA POSSÍVEL REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA - HIPÓTESE DE "ANTICIPATORY OVERRULING" - LEI FEDERAL Nº 9.055/95 DEVE SER LIDA EM CONSONÂNCIA COM A CONVENÇÃO Nº 162 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - LEI MUNICIPAL QUE POSSUI RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, EM ESPECIAL NOS ARTS. 17, I E II, ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 207 "CAPUT" E §1º, INCISO X - PRECEDENTE DESTES ÓRGÃO ESPECIAL - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (destacamos)⁸⁰⁵.

Em suma, apontou-se o desgaste daqueles precedentes e sua provável revogação próxima. A principal evidência levantada nesse sentido foi a superveniência do indeferimento, pelo plenário do STF, da liminar requerida na ADI nº 3937/SP – que visava cessar os efeitos de semelhante lei paulista proibitiva do comércio do amianto. Destacaram-se, então, as manifestações dos Ministros que saíram vencedores nessa oportunidade, sugerindo a necessidade de revisão do antigo entendimento. De fato, o voto condutor do Min. Joaquim Barbosa, tratando longamente da matéria, sinalizou: “Estudei o tema com profundidade e não estou convencido de que essas conclusões [dos antigos precedentes] continuam corretas.” Pontuou-se, ademais, que nas ADIs nº 3357 e nº 3937, que discutiam semelhantes normas vedadoras do

⁸⁰⁴ BRASIL, STF, ADI nº 2656/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 01.08.2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>. Acesso em 24.08.2022.

⁸⁰⁵ BRASIL, TJPR, ADI nº 1386653-6, Rel. Des. Antonio Loyola Vieira, Órgão Especial, DJe 15.07.2016. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12189022/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1386653-6#integra_12189022. Acesso em 26.08.2022.

amianto, já havia um primeiro voto, do Min. Relator Ayres Britto, pela superação dos antigos precedentes⁸⁰⁶.

Com base nisso, o tribunal paranaense declarou: “Não obstante o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado recentemente o tema, os debates retro consignados indicam uma possível mudança de compreensão, caracterizando hipótese de ‘*anticipatory overruling*’⁸⁰⁷. Assim, a corte intermediária afastou a aplicabilidade dos antigos precedentes supremos e julgou com base em outros elementos normativos, concluindo pela constitucionalidade da norma impugnada.

Cumprе ressaltar que, posteriormente, de fato sobreveio o *overruling* pelo STF, no julgamento da ADPF nº 109/SP, com declaração incidental de inconstitucionalidade da norma geral do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995. A partir de então, o Supremo passou a entender que na espécie há legítimo exercício de competência legislativa concorrente pelos Estados e Municípios, relevante do ponto de vista da saúde pública.

Outrossim, a análise dos acervos jurisprudenciais sugere que a Súmula nº 421 do STJ (“Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”) ⁸⁰⁸ tem sido alvo de grande controvérsia quanto à possibilidade de *anticipatory overruling*. Em alguns tribunais de justiça há acórdãos afastando a aplicabilidade do enunciado com fundamento na sua decadência na jurisprudência superior, especialmente após a edição das ECs nºs 74/2013 e 80/2014, que concederam autonomia financeira à Defensoria. Apontam-se, nesse contexto, julgados supervenientes do STF condenando a União ao pagamento de honorários à sua própria Defensoria, em lógica análoga à que deverá ser aplicada nos âmbitos estatal e municipal, embora a efetiva superação esteja pendente de julgamento pelo STF, no RE nº 1.140.005, já com repercussão geral reconhecida.

Note-se que, aí, a erosão foi proveniente do STF, relativamente à súmula do STJ – o que configura estrutura diferente da tipicamente concebida no *anticipatory overruling* estadunidense.

É ver, por exemplo, trecho do seguinte acórdão do TJRJ:

⁸⁰⁶ Ibid.

⁸⁰⁷ Ibid.

⁸⁰⁸ BRASIL, STJ, Súmula nº 421, Corte Especial, DJe 03.03.2010. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_40_capSumula421.pdf. Acesso em 24.08.2022.

(...). O Supremo Tribunal Federal já possui entendimento consolidado no sentido de ser possível a condenação da União Federal ao pagamento dos honorários advocatícios devidos a Defensoria Pública da União, não ocorrendo, neste caso confusão entre credor e devedor. Tal posicionamento decorre da autonomia conferida às Defensorias Públicas pelas Emendas Constitucionais nº 45/2004, nº 74/2013 e nº 80/2014. Corroborando com este entendimento, foi reconhecida a repercussão geral pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE 1140005 RG, cuja ementa está transcrita abaixo: (...). O tema está pendente de julgamento definitivo. Contudo, existem outros julgados em que o STF reconhece a possibilidade de condenação ao Estado ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria do mesmo ente público. Confira-se: '(...). 6. Honorários em favor da Defensoria Pública da União. Mesmo ente público. Condenação. Possibilidade após EC 80/2014. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. 8. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC). 9. Agravo interno manifestamente improcedente em votação unânime. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 5% do valor atualizado da causa. Nas ações que versem sobre a prestação unificada de saúde, a verba honorária arbitrada em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública não deve exceder ao valor correspondente a meio salário-mínimo nacional. (AR 1937 AgR, Tribunal Pleno, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe 09/08/2017).' Neste caso, ocorreu o que a doutrina comumente chama de *anticipatory overruling*, sendo, assim, devidos os honorários ao CEJUR/DPGE (...).⁸⁰⁹

Interessante aludir também a acórdão do TJMG em que o Relator votou pelo *anticipatory overruling* da Súmula nº 421, aludindo à sua degradação.⁸¹⁰ Contudo, saiu

⁸⁰⁹ BRASIL, TJRJ, AC nº 04589813220128190001, Rel. Des. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO, 6ª Câmara Cível, DJe 05.05.2022. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004ACA3C1D5D3AB93BC0B20DCF6161428C9C5113F0C3A08>. Acesso em 24.08.2022.

⁸¹⁰ "Cinge-se à controvérsia recursal à possibilidade de o Estado de Minas Gerais ser condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais à Defensoria Pública Estadual. Registro que esta 5ª Câmara Cível vêm se posicionando pela sua impossibilidade, com fulcro na Súmula 421 do STJ, a qual dispõe que "os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença". (...). Todavia, no julgamento do AR 1.937, concluído em 30.06.2017, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível à condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública da União, tendo em vista a autonomia funcional, administrativa e orçamentária conferida ao órgão, após as Emendas Constitucionais 45/2004, 74/2013 e 80/2014. (...). Nesse sentido, a despeito da decisão do STF envolver a DPU e a União, é evidente que o mesmo raciocínio pode ser aplicado em ações patrocinadas pela Defensoria Pública Estadual contra o Estado Membro - exatamente o caso dos autos. Além do mais, em 20.08.2018, o Plenário Virtual da Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, discutida no RE 1140005. O relator do recurso, Ministro Luís Roberto Barroso, ressaltou que as Emendas Constitucionais (ECs) 74/2013 e 80/2014, que asseguraram autonomia administrativa às Defensorias Públicas, representaram alteração relevante do quadro normativo, o que justifica nova análise da matéria, de forma que "deve se viabilizar a rediscussão dessa questão, de modo a não engessar a jurisprudência à vista de novas necessidades ou de uma mudança de perspectiva com o passar do tempo". Por todo o exposto, considerando que a Súmula 421 do STJ se tornou obsoleta após a aprovação das ECs 74/13 e 80/14, verifica-se à necessidade de utilização de uma das técnicas para a aplicação de precedentes, qual seja, a denominada superação antecipada (*anticipatory overruling*). (BRASIL, TJMG, AC nº 1320890-96.2016.8.13.0024, Rel. Des. José Eustáquio Lucas Pereira, 5ª Câmara Cível, DJe 10.09.2019. Disponível em:

vencedora a divergência, segundo a qual seria necessário aguardar a efetiva superação superior para fins de afastamento do enunciado sumular⁸¹¹

Lado outro, o TJSP tem feito alusão ao *anticipatory overruling* para negar a possibilidade de desvio de precedentes que se mantêm estáveis na linha jurisprudencial subsequente. Por exemplo, no acórdão da Apelação nº 1002896-47.2020.8.26.0309, negou-se o requerimento da parte de afastamento da tese fixada no REsp repetitivo nº 1.439.163/SP (“As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram.”)⁸¹², após a vigência da Lei nº 13.465/17. No voto condutor foram colacionados acórdãos recentes do STJ aplicando tal precedente, mesmo após a superveniência daquela nova norma, confirmando a vitalidade do entendimento em questão. É ver trecho do aresto paulista:

LOTEAMENTO. TAXA DE CONSERVAÇÃO. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. COBRANÇA. INADMISSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO QUE NÃO OBRIGA OS PROPRIETÁRIOS NÃO ASSOCIADOS. ENTENDIMENTO FIXADO PELO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (REsp Nº 1.439.163/SP), (...). APLICAÇÃO ESTÁVEL DO ENTENDIMENTO CONTIDO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO PERMITE AOS DEMAIS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO PROCEDER À APLICAÇÃO DA SUPERAÇÃO ANTECIPADA DO PRECEDENTE ('ANTICIPATORY OVERRULING'), CONSIDERANDO NÃO HÁ INDICAÇÃO PELA CORTE SUPERIOR DE MODIFICAÇÃO DE SEU POSICIONAMENTO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA NESSE SENTIDO. AÇÃO IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (...). Após a vigência da Lei nº 13.465/17, aquela Corte Superior permanece aplicando o referido precedente vinculante. Confira-se: [ementas] (...). De conseguinte,

[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalLinhas=8&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=%2522anticipatory%20overruling%2522&pesquisarPor=acordao&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&Acesso em 24.08.2022\).](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalLinhas=8&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=%2522anticipatory%20overruling%2522&pesquisarPor=acordao&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&Acesso em 24.08.2022).)

⁸¹¹ “No caso dos autos, com a devida vênia, ousou divergir do e. Relator, tão somente quanto à condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública Estadual. Isso porque, a despeito de ter conhecimento de julgados em sentido contrário, possui o entendimento de que os honorários advocatícios não são devidos se a parte é patrocinada pela Defensoria Pública e for vencida a pessoa jurídica da qual ela pertence, conforme enunciado da Súmula nº 421 do STJ (...). A propósito, sobre o tema, a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça: (...). Vale ressaltar que, mesmo tendo sido a matéria aqui discutida submetida à análise do Supremo Tribunal Federal, por meio do RE nº 1.140.005, que reconheceu a repercussão geral do tema, não houve a determinação do sobrestamento dos processos que discutam sobre a questão. Destarte, a meu ver, até que o STF se manifeste, provocando eventual mudança no entendimento jurisprudencial, entendo que a Súmula nº 421 do STJ deve ser seguida” (Ibid. Voto do Des. Moacyr Lobato).

⁸¹² BRASIL, STJ, REsp repetitivo nº 1.439.163/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, 2ª Seção, DJe 22.05.2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=882&cod_tema_final=882>. Acesso em 24.08.2022.

permanecendo estável a aplicação da tese jurídica fixada em recurso especial repetitivo, este Tribunal e os demais órgãos inferiores do Poder Judiciário não se encontram autorizados a aplicar a superação antecipada do precedente ("anticipatory overruling"), porquanto não há indicação pela Corte Superior de modificação de seu posicionamento.⁸¹³

A justiça especializada, e especialmente a justiça do trabalho, também tem sido palco de utilização da técnica, em 1º e 2º graus. Em algumas varas trabalhistas, o *anticipatory overruling* tem sido aplicado para afastar a OJ nº 385 do TST ("É devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que desenvolve suas atividades em edifício (construção vertical), seja em pavimento igual ou distinto daquele onde estão instalados tanques para armazenamento de líquido inflamável, em quantidade acima do limite legal, considerando-se como área de risco toda a área interna vertical")⁸¹⁴. Veja-se, exemplificativamente, trecho da seguinte sentença da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo, em que o magistrado afastou aquela OJ com fundamento na superveniência da Súmula nº 447 do TST, que negou o adicional de periculosidade em situação análoga. O julgador entendeu pela aplicabilidade da *ratio* superveniente, por raciocínio *a fortiori*:

É o teor da OJ 385, da SDI-I do C. TST, in verbis: 'ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DEVIDO. ARMAZENAMENTO DE LÍQUIDO INFLAMÁVEL NO PRÉDIO. CONSTRUÇÃO VERTICAL.' (...). Note que o respeitável entendimento jurisprudencial é de 2010. Entretanto, em clara manifestação de sinalização de mudança de entendimento jurisprudencial, o que na doutrina estrangeira, no sistema de precedentes, costuma se denominar de anticipatory overruling, o C. TST, em 2013, editou a Súmula 447: 'SÚMULA Nº 447 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PERMANÊNCIA A BORDO DURANTE O ABASTECIMENTO DA AERONAVE. INDEVIDO.' (...). Ora, se assim o é, a mesma conclusão deve se chegar àqueles trabalhadores que não laboram na localidade do tanque de combustível até a delimitação da bacia de segurança nos edifícios verticais. Veja que não estão

⁸¹³ BRASIL, TJSP, AC nº 1002896-47.2020.8.26.0309, Rel. Des. Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado, DJe 18.02.2022. Disponível em: <[⁸¹⁴ BRASIL, TST, OJ nº 385, DJ 09.06.2010. Disponível em: <\[https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html\]\(https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html\)>. Acesso em 24.08.2022.](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=15413890&cdForo=0&uuiDCaptcha=sajcaptcha_357d4a05312945e89ac6ef537e347076&g-recaptcha-response=03ANYolquqeY-qHN3_G9oBVDqzsXMqllXpSsNSfNeOCUsX1H2ghmnR7t4dF18gpqgxge8Pky0YflqoE422Zx9e_kYLIYWaPgnGLM5p8A0xhOlhXoLDHTK7bHRmxRNvax02NertcWs9YY4CZify9Ork8aSV62IWx2-ER8bWFiTrGqmRMBYD1tQN3byzdMQb_W_sw7VF01IFzR0K1iEekUzMSxJTYISNsE-Cvexld4JfCz2Q9NLuZ4sTY_zS_aLwFwnlkGRBnlmGEWqPV00yZ6xN2q4AO03VMv4rCVnlqDEuWcBqNxxqifiOfRWHRQp2_a9ApQNJJGvGMNboh1f00-8NpehBi9-duVnXyJbexatn712B1hx3_x9DHHTGyqwvhQUwGIWdYasWMyiLAMR5cwzwbhDFohfWde2Q-QDILy3JUQRyDi47LS30_yNmDi2md3cHJEE9Nkr3AyrlQMxkblsaBj9uH0vi7YbXejqppPMouZrFLZcnHWeCwE3Zn6-D7P_NPm6HC7KPV8HVt8XFQkQLx7FQrrrs6VbEWFMD0zMV5g_4uLZFYptRQWvJYEo40HATW_OoW79cIqAF1r8GCDgz3gj6qOCCablWArrA>. Acesso em 24.08.2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

em contato direto com o líquido. Como exemplo, veja a ratio decidendi de um dos precedentes que deram origem à Sumula 447: (...). Aliás, entende este Juízo que permanecer dentro de uma aeronave durante o seu abastecimento oferece maior risco do que laborar no interior de um edifício onde se localizam tanques de combustível para alimentar geradores elétricos. Em uma ocasião infeliz em que ocorra algum incêndio ou explosão, muito menos chances terão aqueles que estão dentro da aeronave do que aqueles que estão dentro de um edifício (...). Assim, se não é devido o adicional de periculosidade àqueles que permanecem a bordo durante o abastecimento, muito menos seria devido àqueles que laboram fora da área da bacia de segurança dos tanques de combustível utilizados para abastecimento de geradores nos edifícios. Diante de todo o exposto, julgo improcedente o pedido.⁸¹⁵

Enfim, como visto, STF e STJ ainda não se manifestaram acerca do *anticipatory overruling*. Contudo, já há acórdãos do TSE com comentários a respeito. Por exemplo, no Recurso Especial Eleitoral nº 23.184, a Corte reconheceu a admissibilidade da manobra antecipatória, ressaltando, contudo, que não estariam satisfeitos os requisitos para sua aplicação relativamente aos precedentes oriundos da ADCs nºs 29⁸¹⁶ e 30, em que o Supremo firmou a constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade da LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), consagrando sua aplicação retroativa:

ADCs N° 29 E N° 30 E ADI N° 4.578/STF. EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE. MANUTENÇÃO DO SUBSTRATO JURÍDICO QUE LASTREOU O PRONUNCIAMENTO DA SUPREMA CORTE EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA E CONCENTRADA. VEDAÇÃO AO REJULGAMENTO DA MATÉRIA PELOS DEMAIS ÓRGÃOS JUDICIAIS QUANDO NÃO SE VERIFICAR A MODIFICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E JURÍDICAS QUE AUTORIZAM A ANTICIPATORY OVERRULING. (...). Justamente porque ostenta tais apanágios, a decisão proferida na Lei da Ficha Limpa condiciona a atuação das demais instâncias judiciais. A estes é defeso, regra geral, afastar a constitucionalidade da norma, agora dotada de presunção iuris et de jure, cabendo, precipuamente, àquela Corte Constitucional realizar o rejuízo da matéria (...). Em outras palavras, não desconheço que, em jurisdição constitucional, revela-se plenamente possível que, em bases excepcionais, as instâncias inferiores revisitem as conclusões a que chegou a Suprema Corte, sempre que verificar, à luz das singularidades do caso concreto, a perda do substrato fático-jurídico que lastreou o pronunciamento revestido de eficácia erga-omnes e efeito vinculante, circunstância que autorizaria a cognominada *anticipatory overruling* (SUMMERS, Robert. *Precedent in the United States (New York State)*. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 394 e ss). In casu, todavia, não se constata a superveniência dessas circunstâncias que tenham aptidão para propiciar essa mudança no

⁸¹⁵ BRASIL, 88ª Vara do Trabalho de São Paulo, Processo nº 1001865-96.2017.5.02.0088, Juiz Gustavo Campos Padovese, DJe 06.02.2019. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001865-96.2017.5.02.0088/1#d850c9a>>. Acesso em 24.08.2022.

⁸¹⁶ BRASIL, STF, ADC nº 29, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 29.06.2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em 24.08.2022.

entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADC5 nº 29 e 30, razão pela qual a sua aplicação é medida que se impõe, sob pena de (i) amesquinhar-se a segurança jurídica e a isonomia, bens jurídicos legitimadores da necessidade de estabilização das decisões proferidas em fiscalização abstrata, e, no limite, (i) comprometer-se a própria supremacia e efetividade constitucional.⁸¹⁷

Ao exposto, conclui-se que o fenômeno do *anticipatory overruling* ainda é incipiente no Brasil, embora a manobra já tenha sido aplicada e afastada por alguns tribunais nacionais, geralmente mediante considerações acerca da obsolescência ou não do precedente superior, relativamente a desenvolvimentos jurisprudenciais subsequentes. Contudo, ainda não houve grandes debates acerca da pertinência da técnica, em geral ou em casos específicos, o que pode vir a ocorrer nos próximos anos, eventualmente provocando manifestação das cortes superiores autoras a respeito.

4.3.1.2 Recepção doutrinária

Parte da doutrina processual brasileira já tomou nota do *anticipatory overruling*, quase sempre em referência à obra da professora norte-americana Margaret Kniffen⁸¹⁸. Marinoni bem conceitua a técnica como “não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte”⁸¹⁹. Por sua vez, Jaldemiro Rodrigues e Ravi Peixoto a definem como “uma espécie de exercício de previsibilidade pelos tribunais inferiores, que se antecipam à manifestação do tribunal competente para a revogação, tendo o objetivo de contribuir com a evolução do direito e aumento da flexibilidade do *stare decisis*.”⁸²⁰

Em suma no Brasil, é possível apontar basicamente duas correntes doutrinárias, que se dividem quanto à pertinência do instituto no sistema nacional.

⁸¹⁷ BRASIL, TST, Recurso Especial Eleitoral nº 0000231-84.2016.6.09.0041, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 12.03.2018. Disponível em: <https://sjurpesquisa.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT-2131087317§ionServer=TSE&docIndexString=0>. Acesso em 24.08.2022.

⁸¹⁸ KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. Fordham Law Review, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982.

⁸¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 257.

⁸²⁰ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. *Revista de Processo*, ano 39, v. 236, p. 279–301, 2014, p. 293.

No primeiro grupo, favorável à admissão moderada do *anticipatory overruling*, encontram-se autores como José Rogério Cruz e Tucci⁸²¹ e Guilherme Marinoni. De acordo com este último, “por paradoxal que possa parecer, a legitimidade do *anticipatory overruling* advém do dever de a Corte de Apelação se comportar de acordo com a Suprema Corte.”⁸²² O professor paranaense defende a aplicabilidade da técnica quando TJs e TRFs detectarem desgaste e perda de autoridade de certo precedente superior, desde que se desincumbam de forte ônus argumentativo, demonstrando a deterioração através de “posicionamentos concretos” de STF ou STJ⁸²³. O mecanismo seria extensível, inclusive, às súmulas decadentes, cuja aplicação seria “muito mais nociva do que a sua negação”⁸²⁴.

Em sentido similar se posiciona Lucas Buril de Macêdo, que destaca a incompatibilidade da rejeição inglesa da técnica com o processo brasileiro, fundado em bases colaborativas e democráticas, afeitas à participação dos juízes e tribunais ordinários na construção dos precedentes, garantindo que não se tornem institutos socialmente incongruentes e autoritários⁸²⁵. O autor então anui com o uso excepcional do *anticipatory overruling*, quando o entendimento superior se encontrar “objetivamente desgastado”⁸²⁶, mas ressalta a necessidade de ponderação da confiança nele depositada pela parte contrária⁸²⁷. Contudo, nega-se a possibilidade de utilização da manobra para afastamento das súmulas vinculantes, cujo cancelamento exige procedimento e requisitos próprios, estabelecidos por lei⁸²⁸.

Nesse mesmo grupo inserem-se Jaldemiro Rodrigues e Ravi Peixoto, defensores do uso cuidadoso da técnica, que funcionaria como catalizadora do acesso da parte ao direito cuja prevalência é anunciada, e da revisitação do precedente duvidoso pela corte superior responsável:

A ausência de previsão expressa no texto normativo do NCPC não pode ser entendida como uma vedação à utilização da referida técnica, que é essencial

⁸²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 97–131, 2019, p. 108-109.

⁸²² MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 259.

⁸²³ Ibid., p. 265.

⁸²⁴ Ibid., p. 266.

⁸²⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 330.

⁸²⁶ Ibid., p. 330.

⁸²⁷ Ibid., p. 329.

⁸²⁸ Ibid., p. 330.

para a flexibilização da sistemática de precedentes. Nos casos em que o tribunal superior, através de seus precedentes anteriores, fornecer sinais de que deve revogar o precedente, é possível que os tribunais inferiores se antecipem e pratiquem o *anticipatory overruling*, permitindo maior flexibilização e também aumentando o diálogo institucional e eventualmente forçando o tribunal superior a fornecer uma resposta definitiva. (...). Por que submeter a parte vencida à interposição de inúmeros e sucessivos recursos, para, enfim, ver seu direito reconhecido perante o STJ ou STF, quando estes já haviam demonstrado cabalmente o desgaste de seu precedente?⁸²⁹

Por outro lado, uma segunda corrente doutrinária posiciona-se contrariamente à recepção do *anticipatory overruling* no Brasil. É o caso de Olavo Ferreira, que classifica a técnica como um “exercício de futurologia”, destituído de previsão legal:

Esta superação antecipada rompe com a segurança jurídica, afigurando-se como um exercício de futurologia da corte inferior, enfraquecendo a teoria dos precedentes, sem amparo em previsão expressa do novo Código de Processo Civil (tal como ocorre com a distinção) e em manifesta inobservância do procedimento da técnica de superação⁸³⁰.

Em sentido similar vai o entendimento de Augusto Jorge Cury, para quem a finalidade do CPC/2015 seria “justamente reverter o quadro de absoluto desrespeito aos precedentes, objetivo esse que poderia ser frustrado pelo *anticipatory overruling*, enquanto possibilidade de negativa de aplicação de um precedente que, de um modo ou de outro, ainda se adéqua ao caso concreto”⁸³¹. Assim, no panorama brasileiro, a disponibilidade do *anticipatory overruling* seria prejudicial à segurança jurídica.

Bruno Fuga também se filia a essa corrente: segundo ele, de modo geral, a técnica traria mais malefícios do que benefícios, eis que, além de gerar instabilidade no sistema, no seu âmbito seria inviável a realização de audiências públicas e de análise acerca da modulação de efeitos.⁸³²

Conclui-se, enfim, que inexistente consenso na doutrina brasileira acerca da pertinência da técnica no contexto nacional: alguns autores defendem a recepção

⁸²⁹ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. Revista de Processo, ano 39, v. 236, p. 279–301, 2014, p. 297-298.

⁸³⁰ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus efeitos. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 278-279.

⁸³¹ CURY, Augusto Jorge. Recurso extraordinário, recurso especial e o caráter vinculante dos precedentes oriundos de seu julgamento. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019, p. 51.

⁸³² FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Superação de precedentes: da necessária via judicial e o uso da reclamação para interpretar e superar precedentes. Londrina: Thoth, 2020, edição kindle, posição 8703.

moderada do instituto, enquanto outros militam sua impertinência no sistema de precedentes nacional. Cumpre enfim, realizar nosso exame a respeito.

4.3.2 Análise acerca da admissibilidade e balizamento da técnica

Enfim, passa-se à análise da pertinência e do balizamento do *anticipatory overruling* em face das molduras próprias do sistema de precedentes brasileiro – “conectando-se as pontas” das premissas lançadas ao longo do trabalho.

4.3.2.1 Delimitação

De saída, cumpre delimitar o *mecanismo* que será “testado” em face das características do sistema de precedentes brasileiro. Exatamente qual técnica, em qual extensão, pretende-se conferir ou retirar das partes e julgadores atuantes nas instâncias ordinárias? Embora a temática já tenha sido abordada, cumpre sistematizá-la para os fins da análise realizada nos tópicos subsequentes.

Como primeiro ponto, ressalta-se que a manobra não se confunde com o mero reconhecimento da revogação de precedente pela via legislativa (*legislative overriding*)⁸³³, ou por provimento judicial de tribunal superior ao órgão autor (STF, relativamente ao STJ). Conforme anteriormente exposto, quando lei nova ou decisão superior contrariam francamente a regra do antigo precedente, sem deixar qualquer dúvida acerca da sua revogação, os órgãos vinculados desde logo podem afastá-lo, independentemente de manifestação expressa por parte da corte autora. Isso ocorreu com algumas antigas súmulas de jurisprudência defensiva, diretamente contrariadas por disposições do CPC/2015. O simples reconhecimento dessa circunstância pelos julgadores das instâncias ordinárias não configura *anticipatory overruling*.

Similarmente, essencial reiterar que a técnica antecipatória ora tratada não se confunde com mero reconhecimento de que a corte autora efetuou superação implícita (*implied overruling*). Conforme anteriormente abordado, consideramos que a superação implícita existe no modelo brasileiro, caracterizando-se quando o órgão

⁸³³ Sendo o precedente fonte secundária do direito, que espelha a normatividade da norma positiva que lhe dá fundamento, inviável conceber que permaneça vigente e aplicável quando a lei subjacente é revogada. A respeito: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 39-54.

superior não registra formalmente que está efetuando o *overruling* de certo precedente, deixando de efetuar o procedimento objetivo para tanto, embora não restem dúvidas acerca da derrubada material do antigo entendimento (conclusão diversa em face da mesma exata controvérsia). Por exemplo, no interregno entre a desconstituição material e o cancelamento formal de uma súmula ou tese, inviável exigir que os órgãos julgadores vinculados continuem seguindo o enunciado claramente derrubado.

Na verdade, o *anticipatory overruling* ora “testado” diz respeito, isso sim, à técnica de afastar a aplicação de precedente ainda vigente (sem revogação direta, legislativa ou judicial, explícita ou implícita), mas com claros sinais de desgaste por parte da corte superior responsável, caracterizando alta probabilidade – e até necessidade – de superação. Nesse contexto, a alteração legislativa incitadora de mudanças de entendimentos correlatos por parte do tribunal superior, ou a superveniência de superação judicial em matérias conexas, tudo sem que haja oposição direta à regra trazida pelo precedente controlador, podem contribuir para sua erosão sistêmica, embora não sejam capazes de derrubá-lo diretamente. Nesses casos, tais elementos adentram no escopo de “sinais” cogitáveis para fins de *anticipatory overruling*.

Noutro giro, conforme visto, a corrente doutrinária majoritária nos Estados Unidos posiciona-se no sentido da admissão restrita desse instituto, limitada às hipóteses de erosão clara, atestável via pronunciamentos judiciais impessoais (atos decisórios da própria corte superior). Os autores brasileiros que militam pela admissão do mecanismo também parecem se alinhar a esse posicionamento moderado, por afirmarem a necessidade de sinais erosivos fortes ou evidentes⁸³⁴.

Realmente, a admissão “radical” da técnica, defendida por corrente minoritária nos EUA, já foi objeto de severas críticas na doutrina norte-americana, e não parece ter angariado adeptos no Brasil. Com efeito, nos parece claro que a aceitação muito permissiva da manobra antecipatória, avalizando-se seu uso com base em quaisquer indícios erosivos, judiciais ou pessoais, fortes ou fracos, de fato seria capaz de induzir perigosos exercícios de futurologia, afrontosos à impessoalidade judiciária e aos valores inerentes ao *stare decisis*.

⁸³⁴ Vide tópico nº 4.3.1.2 Recepção doutrinária, supra.

Nesse contexto, apenas a versão moderada do *anticipatory overruling* – calcado em sinais judiciais de forte deterioração da *holding* desviada – será objeto das análises a seguir realizadas, relativas à pertinência do instituto no contexto brasileiro. De fato, sempre haverá espaço interpretativo em torno do que configura ou não um “sinal aceitável”, mas sua limitação a fortes indícios decisórios já fornece um relevante ponto de partida e de contenção.

Nesse âmbito, seriam cogitáveis como “sinais fortes”, por exemplo, a superveniência de *ratios* avessas às do antigo precedente, em matérias muito correlatas; ou de uma linhagem decisória contrária às suas bases; ou mesmo de clara sinalização (“*signaling*”) de que a superação só depende da subida de caso apropriado.

Para fins exemplificativos, retome-se uma última vez o exemplo do velho precedente que estatuiu a legalidade da cobrança de taxa para entrada em circo municipal. Suponha-se que, passados vários anos, a jurisprudência da corte autora – o STJ – tenha gradualmente se desenvolvido no claro sentido de que empreendimentos de lazer não configuram serviços públicos para fins do art. 77 do CTN, havendo inclusive diversos pronunciamentos afirmando a ilegalidade de tributos cobrados para a entrada em parques de diversão estaduais (note-se que aí a questão jurídica é bastante correlata, mas não idêntica).

Contudo, aquele antigo precedente do circo continuou “intocado” (ao menos diretamente), não tendo sido revisitado nos tempos recentes.

Diante desse contexto, o órgão julgador inferior que fosse confrontado com a controvérsia da taxa circense poderia cogitar a pertinência do *anticipatory overruling*, diante dos fortes sinais erosivos emitidos pelo tribunal superior.

4.3.2.2 Pertinência e praticabilidade em face do cenário institucional/cultural

Antes de quaisquer considerações jurídicas mais aprofundadas, uma primeira questão a ser superada é se, diante do panorama institucional brasileiro, existe factual necessidade do *anticipatory overruling*. Deveras, tal mecanismo só se mostra aproveitável em contextos nos quais a corte superior altera suas linhas de entendimento, mas muitas vezes deixa de visitar precedentes obrigatórios que se tornaram inconsistentes e duvidosos frente à sua própria jurisprudência

contemporânea⁸³⁵. A pertinência aumenta se houver efetivas barreiras a essas revisitações, dificultando o acesso direto das partes à atualização do entendimento obsoleto.

Parece ser esse o caso do Brasil. Conforme exposto, não há dúvidas de que o instituto do *overruling* é acolhido pelo ordenamento nacional e praticado pelos tribunais superiores, o que inclusive gera críticas em torno da instabilidade jurisprudencial.

No entanto, a multicitada pesquisa conduzida pela UFMG junto ao CNJ revelou que “são raras as ocasiões”⁸³⁶ em que nossas cortes máximas revisitam antigos pronunciamentos, ao menos diretamente. No que se refere às súmulas de STF/STJ, tal constatação é corroborada por estudo especializado conduzido em 2009, que revelou que mais de um terço dos enunciados até então “vigentes” mereceria revisão, considerando sua obsolescência diante de desenvolvimentos legislativos ou jurisprudenciais⁸³⁷.

Muitos fatores podem contribuir para esse cenário, dentre os quais é plausível cogitar: (i) o afogamento da pauta dos tribunais superiores; (ii) a escassez de contato meritório dessas cortes com questões pacificadas há muito tempo, tendo em vista que os correspondentes recursos muitas vezes acabam inadmitidos (seja no tribunal de origem, seja no STJ/STF); (iii) preocupações em torno da opinião geral quanto a alterações jurisprudenciais ainda mais frequentes, somadas a opções em torno do

⁸³⁵ A pertinência seria reduzida em sistemas jurídicos nos quais praticamente não há mutação jurisprudencial, ou em que os entendimentos obsoletos são revisitados com clareza e frequência.

⁸³⁶ Confira-se: A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Coord. Thomas da Rosa de Bustamante et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 96, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>, acesso em 10.07.022.

⁸³⁷ FLORES NETO, Thomaz Thompson. Súmulas do STF e STJ anotadas: quais perderam a aplicabilidade? Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 13-14. Interessantes também as anotações de Morgana Henicka Galio: “Apesar de sua simplicidade, o procedimento de cancelamento de súmula do Superior Tribunal de Justiça não é muito utilizado. A primeira súmula deste tribunal foi aprovada em 25.04.1990 e ao longo destes 25 anos foram publicados 561 enunciados e somente 15 foram cancelados, demonstrando que o procedimento de cancelamento não é historicamente utilizado com frequência pelo STJ. No Supremo Tribunal Federal o procedimento está previsto nos artigos 102 e 103 do seu regimento interno. A revisão da súmula pode ser proposta por qualquer ministro e a deliberação deverá ocorrer em Plenário, por maioria absoluta. Entretanto, dos 736 enunciados aprovados desde 1964 somente oito foram cancelados, revogados ou superados expressamente pela Corte Suprema. É evidente que muitas das súmulas em vigor já caíram em desuso, mas mesmo sem utilização, permanecem vigentes e representando a jurisprudência supostamente dominante do STF.” (GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina - Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016, p. 321).

timing da superação (mas note-se que, quando a degradação de um precedente obsoleto atinge altos patamares, o *timing* de alguma maneira já foi perdido)⁸³⁸.

Relativamente ao segundo fator citado, essencial reiterar que, no Brasil, o filtro de admissibilidade recursal plasmado no art. 1030, I, do CPC, configura um dificultador da revisitação de velhos precedentes por parte de STF/STJ, especialmente se oriundos da sistemática de repetitivos ou de repercussão geral. Quando o tribunal inferior simplesmente aplica o precedente duvidoso, a parte prejudicada dificilmente conseguirá acesso à corte superior responsável para fins de *overruling*. O acesso é ainda mais dificultado por outros requisitos de admissibilidade recursal, a exemplo do recém introduzido “filtro da relevância” (EC nº 125/2022) e de altíssimas barreiras atreladas à jurisprudência defensiva.

O mesmo não ocorre quando o tribunal ordinário promove afastamento do precedente duvidoso via *anticipatory overruling*. Isso porque, conforme anteriormente exposto, no Brasil há vários mecanismos de controle em face do desvio de fórmulas vinculantes superiores. Nisso se incluem os recursos excepcionais – com caminho de admissibilidade mais facilitado que o dos apelos desafiantes de decisões que simplesmente aplicam o precedente – a reclamação (em certos casos) e até a ação rescisória.

Portanto, quando bem fundamentado, o decisório inferior que realiza o *anticipatory overruling* é capaz de propiciar dois efeitos positivos.

A um, ele pode viabilizar o acesso da parte a um provimento que claramente coaduna com o posicionamento mais atualizado da corte superior, embora a atualização direta por parte desta seja institucional e normativamente obstruída. Isso assume especial relevância em casos emergenciais (por exemplo, em análises de tutelas de urgência), nos quais o direito material em jogo (a ser tutelado via afastamento do precedente duvidoso) corre risco de dano grave ou de difícil

⁸³⁸ Apontando a perda do *timing*: “In any event, the timing argument misses the point. The Supreme Court made its timing decision when it rejected the old doctrine. When the Court cast doubt on its earlier precedent, it gave up whatever interest it may have had in delaying doctrinal change. Finally, the legitimacy of the timing argument is questionable. If the Supreme Court has announced in later cases that an earlier approach was wrong, what interest does it have in forcing courts to continue to reach the wrong result? And, if it has some interest in doing so, does that interest outweigh the interest in a correct, just result in the individual case?” (BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 85).

reparação⁸³⁹. A dois, o *anticipatory overruling* pode funcionar como catalizador da efetiva revisitação do entendimento por parte do tribunal autor, através da apreciação de recurso/reclamação aviado(a) em face do decisório que afirmou a clara decadência do precedente em jogo. Com isso, a corte superior terá a oportunidade de afirmar ou negar tal conclusão, aclarando a controvérsia para toda a comunidade jurídica⁸⁴⁰.

Sob tais aspectos, considerando o cenário institucional relativo à atuação – e possibilidade de atuação – das cortes superiores brasileiras diante de antigos precedentes, o *anticipatory overruling* parece ferramenta pertinente a nosso sistema.

Dito isso, cumpre voltar o foco às instâncias ordinárias, a fim de abordar provável objeção à prática do *anticipatory overruling*. Como visto, alguns críticos norte-americanos cogitaram que o acolhimento do instituto traria consequências gravosas ao cenário institucional, atreladas à má aplicação e banalização da técnica pelas partes e julgadores atuantes nos tribunais inferiores. Alguns poderiam projetar, inclusive, o agravamento desse panorama no Brasil, em vista da alegada “falta de cultura de precedentes”, por parte de nossos operadores do direito, conforme críticas abordadas no tópico 2.8.

Quanto ao ponto, essencial ter em vista que as ferramentas de manejo de precedentes já aceitas em nosso sistema, a exemplo do *distinguishing*, também conferem relevante espaço de discricionariedade aos operadores das instâncias inferiores – e isso não detém seu uso⁸⁴¹. É possível, por exemplo, que um julgador afaste entendimento vinculante do STF via distinção, a qual pode se revelar inconsistente, mas nem por isso se sugere o completo banimento do mecanismo da instrumentária jurisprudencial brasileira. Ao contrário: a técnica merece ser cada vez

⁸³⁹ Valiosas as considerações de Marinoni: “Ponto muito interessante é o da consideração da gravidade com que a adoção do precedente incide sobre a esfera jurídica da parte. Nessa linha, alude-se à hipótese em que a aplicação de precedente – desacreditado na Suprema Corte – implicaria a prisão de uma pessoa. Em *Rowe v. Peyton* – caso há pouco referido, em que a Corte de Apelação deixou de aplicar precedente da Suprema Corte a respeito de habeas corpus –, a falta do *anticipatory overruling* teria feito com que alguém fosse mantido preso. Em outros termos, ressalta-se que o uso da antecipação deve ser estimulado para evitar prejuízo grave, mas que, quando a não aplicação do precedente puder ocasionar a mesma situação, a sua utilização deve ser evitada.²¹⁷ Deixe-se claro, porém, que, embora a possibilidade de dano grave deva ser considerada, as circunstâncias do caso sempre devem ser examinadas para se verificar se a não aplicação do precedente não gerará privilégio à parte em detrimento da outra. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 263).

⁸⁴⁰ Em sentido semelhante: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 287.

⁸⁴¹ Notando tal circunstância, relativamente aos EUA: BRADFORD, Steven C. *Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling*. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 84.

mais difundida e bem parametrizada, para que sua aplicação seja aprimorada. Em outras palavras, o temor em torno do mau uso de uma ferramenta pertinente não deve induzir sua vedação, e sim sua otimização.

Similar raciocínio merece ser estendido ao *anticipatory overruling*, cuja disponibilidade não deve anular sua intrínseca excepcionalidade (muito superior à da distinção). De fato, a demonstração da clara decadência de um precedente superior não é tarefa fácil.

Em suma, as partes e julgadores atuantes nas instâncias ordinárias já lidam com espaço de discricionariedade na avaliação da aplicabilidade de precedentes aos casos concretos (incluindo as avaliações subjacentes às técnicas expostas no tópico 3.2)⁸⁴². O *anticipatory overruling* apenas adiciona um elemento a essa instrumentária – a ser responsável e fundamentadamente utilizada.

Além disso, conforme exposto no tópico 2.8, principalmente a partir das diretrizes do CPC/2015 a “cultura de precedentes” brasileira encontra-se em desenvolvimento, no que se inclui a gradual aclimatação dos operadores às técnicas de manejo ora abordadas. A despeito de quaisquer dificuldades, já se verificam alguns bons exemplos de aplicação desses mecanismos. Aliás, conforme panorama traçado no tópico 4.3.1.1, os tribunais brasileiros já começaram a tomar nota do *anticipatory overruling*, mas até então não houve banalização do seu uso: pelo contrário, o respectivo conceito já tem sido utilizado para afastar requerimentos de desvio de precedentes que se mantêm “vívidos” na jurisprudência superior.

De mais a mais, como visto no tópico 2.7, entre nós se fazem presentes diversos mecanismos de controle em face dos desvios de precedentes, em variedade superior à que se verifica nos EUA. Isso permite maior fiscalização em torno do eventual uso inadequado da técnica antecipatória pelos julgadores e/ou pelas

⁸⁴² “The argument that courts are unqualified to engage in the prediction required for anticipatory overruling fails, however, because the decisions involved in anticipatory overruling are not qualitatively different from many other types of decisions lower courts must make. Courts regularly analyze holdings and make predictions. The idea that a lower court exercises no judgment in following precedent is simply wrong. Determining whether the Supreme Court will overrule an existing precedent involves the same type of prediction as determining whether to apply an existing precedent to a new set of facts, or deciding how to rule when no precedent provides guidance. ‘In this sense any decision.[by a court] involves a ‘venture in speculation.’ Interpretation is the business of courts. (Ibid., p. 86).

partes⁸⁴³ – cuja atuação desleal inclusive é passível de eventuais sanções processuais.

Ao exposto, conclui-se que a admissão moderada do *anticipatory overruling* se mostra pertinente em vista do panorama institucional brasileiro; e que considerações em torno de eventuais dificuldades técnicas e culturais são incapazes de justificar o banimento da ferramenta.

4.3.2.3 Admissibilidade em face dos princípios/objetivos fundamentais

De acordo com Lucas Buri de Macêdo, os princípios servidos pelo sistema de precedentes brasileiro são os mais importantes “filtros” para avaliação da recepção de quaisquer tecnologias jurisprudenciais estrangeiras:

Como foi dito, o sistema de precedentes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 está longe de ser completo, necessitando de trabalho integrativo da doutrina e jurisprudência. E é neste ponto que se coloca: como devem ser feitas as adaptações? O que efetivamente deve ser transplantado para o sistema processual brasileiro? (...). O *stare decisis* vem para agregar segurança, igualdade e eficiência à distribuição de justiça no Brasil. Tais princípios devem servir de filtro específico para a adaptação de técnicas aplicativas dos precedentes obrigatórios. (...).⁸⁴⁴

Assim, essencial avaliar os possíveis efeitos da recepção moderada do *anticipatory overruling* sobre a consecução da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência judiciária – que configuram objetivos centrais do sistema de precedentes brasileiro, conforme visto no tópico 2.8. Poderia o acolhimento da técnica antecipatória causar séria agressão a tais valores, atuando contrariamente aos objetivos de nosso sistema de precedentes?

Quanto à segurança jurídica, parece-nos que as circunstâncias que dão azo ao *anticipatory overruling* – alto desgaste do precedente por parte da corte superior responsável – é que são capazes de induzir cenário de insegurança quanto à perpetuação da correspondente *ratio*. Portanto, a “culpa” não deve ser imputada à disponibilização da técnica, que apenas se baseia na percepção racional desse

⁸⁴³ Ibid., p. 84. “No Brasil, pelo cabimento da reclamação em algumas hipóteses (art. 988 do CPC/2015), a superação antecipada poderá sofrer um controle para além das complexas hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais.” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 287).

⁸⁴⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. *Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro*. *Revista de Processo Comparado*, v. 3, p. 89–120, 2016, p. 97–100.

contexto. Na verdade, tal panorama de insegurança é atribuível às atitudes erosivas do próprio tribunal superior, e às circunstâncias que o levam a tomá-las (evoluções sociojurídicas, erro originário *etc.*), ao mesmo tempo que deixa de promover a necessária revisitação direta do antigo entendimento degradado⁸⁴⁵.

É dizer: tendo-se chegado ao ponto de degradação do precedente em que o *anticipatory overruling* pode ser fundamentadamente realizado, provavelmente já estará instaurado cenário de forte insegurança quanto à continuidade da velha *ratio*. Portanto, a essa altura, seu eventual afastamento no julgamento de caso concreto já seria razoavelmente previsível, ante a alta probabilidade – e até necessidade – de revogação por parte da própria corte superior. A manobra antecipatória apenas acelera o correspondente provimento.⁸⁴⁶

Nesse ponto, essencial retomar as considerações realizadas no tópico 2.6.2.2, no sentido de que a comunidade jurídica não se mantém – e não pode se manter – cega ao contexto jurisprudencial e à deterioração sistêmica de certos entendimentos.

Reitera-se, portanto, que não é a disponibilidade do *anticipatory overruling* que gera insegurança jurídica, e sim as circunstâncias que lhe antecedem, totalmente alheias aos órgãos julgadores que aplicam a manobra nas instâncias ordinárias. Em última análise, a efetivação de um fundado desvio via *anticipatory* seria capaz até de viabilizar eventual reestabelecimento futuro da segurança jurídica, na hipótese de o tribunal superior conhecer recurso ou reclamação aviado(a) contra o decisório desviante, e pronunciar-se a respeito da perpetuação ou não do precedente duvidoso. Pode ser que um único desvio não logre tal efeito, mas talvez uma percepção geral da degradação, gerando várias decisões desviantes, seja capaz de alcançá-lo.

De toda forma, essencial que os órgãos julgadores sempre ponderem as circunstâncias dos casos concretos para fins de aplicação ou não da técnica antecipatória: por exemplo, se, apesar de todo contexto de degradação, excepcionalmente houver evidências de que uma das partes depositou confiança

⁸⁴⁵ Em sentido similar: BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 76-77.

⁸⁴⁶ “The Supreme Court's own willingness to depart from precedent lessens predictability; anticipatory overruling by the lower courts, if done correctly, merely accelerates the inevitable change.” (Ibid., p. 77).

racional no antigo precedente⁸⁴⁷, inclusive atraindo a proteção do direito adquirido e/ou do ato jurídico perfeito, isso deve ser levado em conta pelo julgador, em observância ao art. 24 da LINDB (cf. tópico 2.6.2.2).

Para todos os fins, ressalta-se a pertinência da crescente cientificação da comunidade jurídica acerca da existência e já corrente prática do *anticipatory overruling* pelos tribunais brasileiros (ainda que em patamar relativamente baixo). Com isso, calibram-se ainda mais as expectativas gerais em face de precedentes degradados.

Por sua vez, a isonomia poderia apontar em sentido contrário ao *anticipatory overruling*: se um tribunal entender pela sua pertinência em vista de certo precedente superior, e outro entender que não, resultados diferentes serão atingidos em casos iguais, ao menos temporariamente⁸⁴⁸.

Contudo, deve-se observar que quaisquer técnicas de manejo de precedentes pressupõem espaços interpretativos capazes de gerar conclusões diversas por parte de diferentes intérpretes⁸⁴⁹. Aliás, algum grau de indeterminação e de variabilidade é natural diante de quase tudo no direito, que conglera fatores humanos e linguísticos⁸⁵⁰.

Portanto, no manejo de precedentes superiores (com ou sem o *anticipatory overruling*), alguma disparidade decisória entre os órgãos aplicadores já é natural, especialmente no cenário de incerteza induzido pela progressiva degradação da *ratio* superior, sem que haja pronunciamento conclusivo por parte da corte autora – circunstâncias que, reitere-se, precedem a manobra antecipatória.

Quanto maior for a ciência da comunidade jurídica acerca dos contornos da técnica antecipatória, maior discussão e consenso poderão surgir em torno da sua

⁸⁴⁷ “The question of whether the litigant is indeed surprised can be partially answered by inquiring how reasonable it was for him to foresee the approaching change.” (KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. Fordham Law Review, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 76-77).

⁸⁴⁸ Notando o fenômeno: BRADFORD, Steven C. *Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling*. Fordham Law Review, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 79.

⁸⁴⁹ “This problem, however, is not unique to doubtful precedent. Geographical inconsistencies arise when lower courts interpret the scope of authoritative precedent or make decisions in cases where there is no authoritative precedent. Geographical inconsistencies also arise when lower courts must determine whether a later Supreme Court decision has directly overruled a prior precedent. These examples do not excuse the addition of another possible geographical disparity, but they do make it less troubling. Compared to these other instances of geographical inconsistency, the inconsistency resulting from anticipatory overruling may be insignificant.” (Ibid., p. 79).

⁸⁵⁰ KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. Fordham Law Review, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 78.

pertinência ou não relativamente a específicos contextos de precedentes degradados. Apesar disso, deve-se reiterar que alguma disparidade é aceitável, inclusive para que as peculiaridades dos diferentes casos concretos sejam levadas em consideração (algo que adentra no terreno da “desigualdade entre desiguais”). Por exemplo, pode ser que em um caso invoque a proteção do direito adquirido, e outro não.

De toda forma, o acolhimento moderado do *anticipatory overruling*, com alta exigência em termos de evidências da deterioração do precedente desviado, funciona como um entrave ao surgimento de entendimentos muito díspares nas instâncias ordinárias.

De mais a mais, à semelhança do que ocorre com a segurança jurídica, o *anticipatory overruling* pode funcionar como catalizador do reestabelecimento de cenário isonômico, a partir de pronunciamento da corte superior acerca da persistência ou não do antigo precedente.

Por fim, quanto à eficiência judiciária, nota-se que de fato a disponibilidade do *anticipatory overruling* é capaz de induzir litigância acerca de questão jurídica que um dia já foi pacificada pela corte superior, contribuindo para o afluxo de recursos acerca de tema “ultrapassado”. Contudo, no cenário que justifica a técnica antecipatória, aquela antiga pacificação muito provavelmente já desapareceu, dando lugar a séria dubiedade quanto à vitalidade e viabilidade do velho entendimento. Nesse específico contexto, não é mais cabível cogitar que o judiciário seja “poupado” da litigância: pelo contrário, os apelos das partes que argumentam contrariamente ao antigo precedente (e das partes contrárias) têm razão de ser, justificando o dispêndio de recursos judiciários para resolução da “nova” controvérsia⁸⁵¹.

Nesse cenário faz-se pertinente que as cortes inferiores analisem essas demandas e que a corte superior reviste a temática (diretamente), reestabelecendo o contexto de segurança que garante a diminuição do afluxo de recursos e a correspondente eficiência judiciária.

Por outro lado, o sistema alberga mecanismos para gerenciamento de sujeitos que tentem valer-se de *anticipatory overruling* infundado para justificar litigância

⁸⁵¹ “If the Supreme Court is likely to change the applicable law, it is more just to grant such relief than to apply what the present Supreme Court sees as an incorrect rule solely to reduce the judicial workload.” (BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 80). Em sentido similar: KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 84.

incabível e protelatória; no que se incluem eventuais ferramentas sancionatórias, cf. abordado no tópico 2.7.

Sob outro prisma, pode-se ponderar que a boa aplicação do *anticipatory overruling* é capaz de garantir provimento meritório mais justo e rápido à parte que provavelmente tem razão, em acordo com as claras sinalizações jurisprudenciais contemporâneas da corte superior. Por um ou outro motivo, o específico recurso excepcional daquela parte pode acabar nunca conhecido por STF/STJ, inviabilizando seu acesso a tal provimento, ou postergando-o para eventual ação rescisória – que envolve estritas condições de admissibilidade, incluindo depósito monetário.

Portanto, aí, o *anticipatory overruling* pode atuar na concretização da eficiência judiciária numa perspectiva mais “micro”, atrelada à dimensão contemporânea do princípio da duração razoável do processo, a ser cooperativamente alcançada por todos os sujeitos processuais, cf. art. 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Deveras, há certa ineficiência e injustiça em submeter a parte à “loteria” da admissibilidade recursal para ter acesso a direito cujo reconhecimento é fortemente prenunciado na jurisprudência superior⁸⁵².

Conforme visto, isso é especialmente relevante em demandas emergenciais ou que envolvem direitos materiais sensíveis. Basta remorar o caso norte-americano em que a técnica antecipatória foi utilizada em 1º e 2º graus para garantir o direito ao casamento civil aos requerentes, casais homoafetivos, a despeito da existência de precedente supremo ultra desgastado que vedava tal provimento. Naquele específico processo, o *certiorari* nunca foi concedido pela *Supreme Court* – a qual, posteriormente, em outro caso, veio a efetuar o efetivo *overruling* de seu entendimento ultrapassado.

Por todo o exposto, aqui considera-se que os princípios que militam pela total observância de precedentes no contexto “normal” não justificam cega observância a *ratios* seriamente degradadas, nos excepcionais cenários de *anticipatory overruling*.⁸⁵³

⁸⁵² Reconhecendo a restrição da admissibilidade recursal a STF/STJ como um ponto que favorece a necessidade do *anticipatory overruling*: ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. Revista de Processo, ano 39, v. 236, p. 279–301, 2014, p. 295.

⁸⁵³ “When the Supreme Court casts doubt on its own precedent, it is better for the lower court to reject the doubtful precedent and follow the doctrinal developments in more recent decisions. The same

A despeito disso, alguns ainda poderiam razoavelmente entender que a técnica causa sim algumas perturbações à segurança jurídica, à isonomia e/ou à eficiência. Nesse viés, essencial ressaltar que o sistema de precedentes brasileiro, assim como o norte-americano, não é dotado da mesma rigidez que caracteriza o modelo inglês, por exemplo⁸⁵⁴. Aqui, aqueles valores eventualmente podem ceder algum espaço a considerações de justiça⁸⁵⁵ e desenvolvimento do direito⁸⁵⁶. Aliás, o cenário do *overruling*, e de certa forma do *anticipatory*, acolhe um dos pontos fundamentais do direito jurisprudencial: a flexibilidade e o não engessamento, que inclusive o diferenciam do direito legislado, dotado de maior rigidez⁸⁵⁷.

De sua parte, a técnica antecipatória é capaz de propiciar provimentos mais consentâneos com o cenário jurisprudencial contemporâneo, viabilizando que as claras sinalizações jurisprudenciais das cortes superiores “surtam efeitos” para além dos estritos decisórios em que foram gerados. Com isso, conservam-se as partes da aplicação de entendimento ultrapassado a quem nem a corte autora tem devotado respeito, propiciando-se provimento atualizado que poderia nunca ser atingido a depender de eventual admissibilidade de recurso excepcional⁸⁵⁸.

policies that usually favor stare decisis favor anticipatory overruling in these situations.” (BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 75).

⁸⁵⁴ Nesse sentido: MACÉDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 330.

⁸⁵⁵ “It may be unjust for a court of appeals to apply a rule of law which it believes the Supreme Court would not now approve and which it believes will not be allowed to stand when and if the Supreme Court considers the case. If no further appeal is taken, for the possible reason, among others, that a party cannot afford this further step, or if the appeal is not entertained or certiorari not granted, whatever decision the court of appeals reaches will endure for an indefinitely long time” (KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 75).

⁸⁵⁶ “Anota-se, ainda, que a estabilidade do direito pode sucumbir diante do anticipatory overruling. A decisão da Corte de Apelação, ao significar o salto de uma etapa, diminuiria a estabilidade. Porém, o valor da estabilidade deve ser analisado diante de outros fatores desejáveis, como o desenvolvimento do direito. Uma tensão entre este e a estabilidade surge quando o desejo por mudanças ponderadas e ordenadas – que caracteriza a estabilidade – impede que o direito se desenvolva para atender às novas necessidades sociais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 264).

⁸⁵⁷ Interessantes as considerações da doutrina italiana acerca da relação entre precedente e flexibilidade: TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 55, n. 1, p. 11–31, 2001, p. 26-27.

⁸⁵⁸ “Letting the result of a particular case depend upon whether a party can afford to take the case to the Supreme Court or upon whether certiorari is granted is unfair. If the lower court woodenly follows a precedent that it strongly believes the Supreme Court would overrule, justice depends on whether the Supreme Court grants review to a particular litigant’s case.” (BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 78).

Para mais, ressalte-se que eventuais perturbações à segurança jurídica, à isonomia e à eficiência judiciária não deverão tomar proporções alarmantes, haja vista a excepcionalidade característica da recepção moderada do *anticipatory overruling*⁸⁵⁹. A regra geral continua sendo que precedentes das cortes superiores inspirem total observância nas instâncias ordinárias⁸⁶⁰. Inclusive, os estritos parâmetros necessários para aplicação da técnica antecipatória – na sua versão restrita – servem à reprimenda de pedidos de afastamento de precedentes que se mantêm “vívidos” na jurisprudência superior, a exemplo do que já tem decidido o TJSP (conforme exposto no tópico 4.3.1.1).

Enfim, o ideal é que, ante as oportunidades apreciativas geradas pelo *anticipatory overruling*, STF e STJ possam visitar pronunciamentos claramente desgastados, reestabelecendo cenários de plena segurança, isonomia e eficiência, conciliados com o desenvolvimento do direito⁸⁶¹. Nota-se que, quanto mais as cortes superiores atentarem-se à necessidade de revisitação expressa de antigos entendimentos que se tornam desgastados, menores serão as possibilidades de excepcional uso do *anticipatory overruling* nas instâncias ordinárias⁸⁶².

Portanto, conclui-se que o *anticipatory overruling* compatibiliza-se razoavelmente com os princípios inerentes ao *stare decisis* brasileiro: em alguns sentidos, ele é capaz até de auxiliar na sua consecução ou restauração. Contudo, mesmo que eventualmente a técnica produza alguma perturbação a esses valores, nota-se que a flexibilidade do sistema de precedentes nacional viabiliza restrita mitigação daqueles princípios em prol da justiça e do desenvolvimento do direito; e

⁸⁵⁹ “Accepting a lower court's power to disregard Supreme Court precedent in limited cases does not necessarily portend the general fall of stare decisis, provided the anticipatory overruling power is exercised sparingly and properly.” (Ibid., p. 84).

⁸⁶⁰ “But interpreting stare decisis as sufficiently flexible to permit anticipatory overruling would permit justice to be attained when an exception to the general rule of following precedente is warranted, without diminishing fairness in the larger class of cases in which there is no reason to consider overturning a precedent.” (KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 77-78).

⁸⁶¹ Reconhecendo a geração de oportunidade apreciativa às cortes superiores: PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 287.

⁸⁶² “It is difficult to fault the lower court when it disregards a doubtful precedent, even if the public image of the courts suffers. The Supreme Court creates the problem by changing doctrine and questioning its own precedent; the lower court merely completes a rejection initiated by the Supreme Court, a rejection that the Court would eventually make regardless of what the lower court did.” (BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court's Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. *Fordham Law Review*, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990, p. 82).

que a excepcionalidade inerente à técnica antecipatória garante que tal mitigação não atinja altos patamares⁸⁶³ – como de fato, até então, não tem atingido⁸⁶⁴.

4.3.2.4 Parametrização em face de características e regras do sistema processual

Como última etapa, pertinente avaliar a convivência do *anticipatory overruling* com algumas características e regras do sistema processual brasileiro, que podem impor interessantes peculiaridades relativamente à prática da manobra no contexto norte-americano.

Em primeiro lugar, interessante averiguar quais espécies vinculantes nacionais (art. 927 do CPC) são passíveis de afastamento pelo *anticipatory overruling*. Registre-se que, no ponto, cogita-se apenas das fórmulas formalmente obrigatórias, haja vista que, para as meramente persuasivas, a técnica é dispensável.

Aqui, deve-se reiterar que o mecanismo não se confunde com o próprio *overruling*: trata-se apenas de desvio do entendimento superior em um específico caso concreto, sem efeitos revocatórios gerais – até porque, os julgadores subordinados não possuem competência para tanto.

Assim, não há que se cogitar da observância dos procedimentos e normas legais/regimentais que seriam indispensáveis para fins de efetiva revogação pelo tribunal autor (incluindo legitimados específicos, audiências públicas, peculiaridades procedimentais etc.).

Dessa forma, entende-se que a manobra pode ser realizada em face de quaisquer espécies vinculantes das cortes superiores, desde que as respectivas *ratios* (extraíveis dos correspondentes acórdãos paradigmas) estejam fortemente desgastadas. Nisso se incluem as súmulas⁸⁶⁵ – já que, repise-se, aqui não se cogita sua efetiva revogação, a exigir procedimentos administrativos próprios.

⁸⁶³ A doutrina nota que nos EUA, em geral, também não houve banalização do instrumento: KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals*. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 85).

⁸⁶⁴ Vide tópico nº 4.3.1.1 Panorama jurisprudencial supra.

⁸⁶⁵ No mesmo sentido: “A despeito da diferença entre precedente e súmula, o mesmo raciocínio, a demonstrar a necessidade de *anticipatory overruling*, deve ser utilizado quando se está diante de súmula. Quando a Corte Suprema já deu sérias mostras de que está prestes a revogar ou cancelar súmula, ou mesmo quando as decisões da Corte evidenciam que a súmula não mais será aplicada – tendo ocorrido revogação implícita –, os tribunais de justiça ou regionais federais devem deixar de aplicá-la. Não, como é óbvio, por discordarem da súmula, mas sim por terem de estar em sintonia

Em segundo lugar, cabe perquirir quais os sujeitos aptos a aplicar o *anticipatory overruling*.

Quaisquer órgãos julgadores das instâncias inferiores, na apreciação dos processos que são de sua competência, podem valer-se da técnica antecipatória. Neste trabalho, o foco foi a atuação dos tribunais intermediários (por se tratar da última instância ordinária), mas nada impede que juiz de 1º grau utilize a ferramenta⁸⁶⁶, hipótese na qual sua conclusão poderá ser confirmada ou revertida na 2ª instância.

Ademais, é viável que, ao apreciar processo levado a seu conhecimento, o STJ aplique o *anticipatory overruling* relativamente a precedentes, súmulas ou teses do STF, caso constate sua efetiva degradação.

Há um caso especial que merece ser ressaltado: se eventual aplicação da técnica antecipatória puder conduzir a um juízo incidental de inconstitucionalidade (por exemplo, mediante afastamento de precedente supremo no sentido da constitucionalidade de determinada norma), essencial que seja observada a cláusula de reserva de plenário pelo tribunal que cogitar a manobra (art. 97 da CRFB). Embora se possa arguir que na espécie já existiria uma indicação do Supremo no sentido da inconstitucionalidade, não se trataria aí de declaração direta (e sim de mera sinalização forte), pelo que se faz pertinente a composição colegiada diferenciada na declaração incidental em instância inferior.

Em terceiro lugar, natural que se questione em que momento processual o *anticipatory overruling* poderá ser aplicado.

Qualquer oportunidade decisória pode dar azo à manobra. Tudo depende da natureza da matéria objeto do precedente desgastado, e de seu natural posicionamento na cronologia processual. Por exemplo, em se tratando de questão de direito processual, nada impede que o *anticipatory overruling* surja na “linha decisória” de uma interlocutória, em 1ª ou 2ª instâncias.

com o pensamento das Cortes Supremas. A não aplicação de súmula obsoleta ou em vias de revogação representa postura necessária para a afirmação da própria lógica do respeito aos precedentes. (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 265-266).

⁸⁶⁶ Veja-se a opinião de Guilherme Marinoni: “Note-se, por fim, que se a não adoção de súmula por parte de tribunal é excepcional, a sua não aplicação por juízo de 1.º grau, antes de prévia decisão de tribunal, é mais excepcional ainda. Porém, é indiscutível que, quando o tribunal deixa de adotar súmula, os juízos que lhe estão adstritos passam a contar com argumentação explicitada em decisão do tribunal para deixar de aplicá-la. (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 266).

Apesar disso, há eventos processuais que naturalmente podem revelar-se mais “afeitos” à técnica antecipatória. Esse seria o caso, por exemplo, de eventual decisão acerca de tutela de urgência (e de toda linha recursal disso oriunda), em que a proteção de direito ameaçado por perigo de dano dependesse do afastamento de precedente obsoleto (note-se que, reflexamente, a proteção de direito vulnerabilizado da outra parte também pode depender da não aplicação da técnica antecipatória – de modo que tudo isso deve ser ponderado)⁸⁶⁷.

Lado outro, viável cogitar-se de circunstâncias processuais “pouco propícias” para a aplicação da manobra. Por exemplo, se, além de não existir qualquer direito imediatamente ameaçado, a corte superior responsável já tiver afetado recurso para fins de efetivação do *overruling* “geral”, ou mesmo iniciado seu julgamento, o mais adequado pode ser simplesmente aguardar tal pronunciamento⁸⁶⁸ (mesmo que não haja comando imperativo de sobrestamento geral dos processos relacionados).

Em quarto lugar, cumpre abordar qual a técnica decisória pertinente à manobra.

Antes de tudo, essencial que o *anticipatory overruling* seja submetido ao contraditório das partes, que devem ter a chance de se manifestar acerca de seu cabimento (cf. arts. 9º, 10 e 927, §1º, do CPC). Se isso não tiver sido feito nas peças processuais já apresentadas, imperioso que haja intimação específica para tanto.

Caso, posteriormente, o julgador conclua pela pertinência da técnica antecipatória, ela deve ser realizada mediante fundamentação compreensiva⁸⁶⁹, abordando-se aspectos como:

- (i) As evidências de erosão do precedente superior, e os motivos pelos quais elas são suficientemente fortes: note-se que, no Brasil, é viável que a degradação de velhos entendimentos do STJ sejam oriundos de

⁸⁶⁷ “Ponto muito interessante é o da consideração da gravidade com que a adoção do precedente incide sobre a esfera jurídica da parte. (...). Em outros termos, ressalta-se que o uso da antecipação deve ser estimulado para evitar prejuízo grave, mas que, quando a não aplicação do precedente puder ocasionar a mesma situação, a sua utilização deve ser evitada.²¹⁷ Deixe-se claro, porém, que, embora a possibilidade de dano grave deva ser considerada, as circunstâncias do caso sempre devem ser examinadas para se verificar se a não aplicação do precedente não gerará privilégio à parte em detrimento da outra. (Ibid., p. 263).

⁸⁶⁸ “Por outro lado, como o próprio instituto tem uma faceta consequencialista, é importante evitá-lo quando uma decisão sobre a matéria esteja em vias de ser prolatada pelo tribunal superior. Isto é, caso o tribunal superior já tenha admitido recurso que sustente a mudança jurisprudencial, e, sobretudo, iniciado o julgamento, atrasar a decisão pode ser a melhor solução, visto que os custos da mudança antecipada são evitados” (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 329).

⁸⁶⁹ Ibid., p. 330.

indícios decisórios do próprio STJ, mas também do STF – que tem efetiva competência para revogar pronunciamentos da corte cidadã. Por outro lado, os sinais de decadência dos precedentes do STF têm necessariamente de advir de atos decisórios do próprio Supremo.

- (ii) A ponderação das circunstâncias do caso concreto: aí se incluem, especialmente, considerações acerca dos direitos materiais em jogo (devendo-se evitar injustiças e danos irreparáveis a ambas as partes), e da existência ou não de confiança racionalmente depositada no precedente desgastado (inclusive tendo em vista o art. 24 da LINDB)⁸⁷⁰.
- (iii) A justificação jurídica do entendimento aplicado à controvérsia, uma vez afastado o antigo precedente, súmula ou tese que lhe daria solução.
- (iv) Abordagem de eventuais outros pontos relevantes, como a questão do “*timing*” da manobra.

Deveras, o ordenamento brasileiro consagra a fundamentação das decisões judiciais como princípio processual fundamental (art. 93, IX da CRFB e art. 11 do CPC), muito relevante no contexto do manejo de precedentes (art. 927, §1º, do CPC), e ainda mais relevante no contexto do desvio de precedentes⁸⁷¹ (art. 489, §1º, VI, do CPC).

Ressalte-se que esse ônus argumentativo incumbe também – e ainda mais - às partes interessadas na aplicação e no afastamento do *anticipatory overruling*, que devem apresentar os motivos pelos quais ele se faz apropriado ou não no seu caso concreto – fornecendo elementos para a decisão mais fundamentada. Também por isso é indispensável o contraditório prévio.

⁸⁷⁰ Apontando a necessidade de ponderação das circunstâncias do caso concreto, quanto aos direitos materiais e expectativas em jogo: “Anticipatory overruling should occur only when a court of appeals is sure that greater justice to both parties will be accomplished thereby. The circumstances of the case should be scrutinized to ascertain whether the party seeking the overturning of the Supreme Court precedent will be treated more fairly if overruling occurs. The court must satisfy itself that the other party would not suffer any unfairness in that event. The possibility of irremediable harm to either party if anticipation does or does not occur, such as, for example, the chance that imprisonment will result, must be assessed. (KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982, p. 88).

⁸⁷¹ Destacando o forte ônus argumentativo para aplicação da técnica: ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. *Revista de Processo*, ano 39, v. 236, p. 279–301, 2014, p. 298.

Por fim, pertinente questionar quais os instrumentos de impugnação em face da aplicação – correta ou equivocada – do *anticipatory overruling*.

Nesse ponto, retomam-se as conclusões do tópico 2.7, relativas aos instrumentos de controle dos desvios de precedentes disponíveis no sistema processual brasileiro.

Em suma, a depender da espécie vinculante desviada (art. 927 do CPC) e do momento da constatação/impugnação desse desvio, serão cabíveis recursos (incluindo embargos de declaração), reclamação, ação rescisória e até impugnação ao cumprimento de sentença.

Conclui-se, enfim, que o sistema processual nacional alberga peculiaridades capazes de conferir ao *anticipatory overruling* alguns contornos e procedimentos próprios, tipicamente brasileiros. Não obstante, mantém-se a essência da técnica, bem como a aplicabilidade das reflexões gerais já realizadas a seu respeito no contexto norte-americano.

4.3.2.5 Conclusão parcial

Ao exposto, aprova-se a – já corrente – recepção moderada do *anticipatory overruling* no sistema jurídico nacional. Isso porque, conforme visto nos tópicos anteriores, a disponibilização da técnica como ferramenta excepcional das partes e julgadores brasileiros (i) tem pertinência e praticabilidade institucional; (ii) compatibiliza-se com os objetivos fundamentais do sistema de precedentes doméstico e (iii) convive bem com as características e regras do ordenamento processual pátrio, que lhe atribuem alguns contornos e procedimentos próprios, sem retirar-lhe a essência.

Portanto, adiciona-se mais uma ferramenta (bastante restrita, é verdade, mas ainda assim útil) à instrumentária disponível às partes e julgadores brasileiros na lida com precedentes, súmulas e teses superiores, em complemento às técnicas expostas no capítulo anterior, já mais amplamente absorvidas no contexto nacional. Essa adição reclama que os operadores do direito adotem postura ainda mais analítica relativamente aos pronunciamentos superiores, não só como unidades autonomamente vinculantes, mas também em sua inserção no discurso jurisprudencial das cortes máximas.

4.3.3 Exemplos diante de casos reais já enfrentados no Judiciário

Como último tópico deste trabalho, válido trazer alguns exemplos práticos, viabilizando reflexão em torno da aplicabilidade do *anticipatory overruling* diante de casos reais já experimentados no Judiciário brasileiro.

Não se trata de situações em que a manobra foi efetivamente cogitada pelos órgãos julgadores envolvidos – até porque a ferramenta ainda é muito nova no sistema doméstico, e, à época de alguns fatos que serão tratados, ela não era minimamente conhecida entre nós.

Assim, o que se objetiva aqui são apenas reflexões em torno da plausibilidade da técnica diante de diferentes contextos.

Como primeiro caso, alude-se ao precedente oriundo da ADI nº 1.232, julgada em 1998: aí, o STF firmou a constitucionalidade do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que estipulava a renda mensal per capita inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo como critério único para deferimento do benefício de prestação continuada (BPC), previsto no art. 203, V, da CRFB, voltado a famílias que contêm membro idoso ou portador de deficiência⁸⁷². Posteriormente, na Rcl nº 2.303/RS, o plenário ratificou tal conclusão, vedando a validação de outros parâmetros de miserabilidade pelo judiciário⁸⁷³.

O entendimento foi mal-recebido nas instâncias ordinárias e, algum tempo depois, começaram a surgir várias monocráticas no próprio STF avalizando outros critérios para fins de deferimento do BPC⁸⁷⁴. Inclusive, em 2007, sobreveio decisório do Min. Gilmar Mendes que reconheceu a degradação do antigo precedente, citando várias daquelas monocráticas⁸⁷⁵. Com base nisso, o Ministro concluiu pela gradual

⁸⁷² BRASIL, STF, ADI nº 1.232, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, DJe 27.08.1998. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em 08.09.2022.

⁸⁷³ BRASIL, STF, Rcl nº 2.303, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe 01.04.2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361858>. Acesso em 08.09.2022.

⁸⁷⁴ A doutrina relata ambos os fenômenos, destacando, inclusive, que os tribunais intermediários começaram a realizar distinções inconsistentes em face do precedente: PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal. Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 8, n.1, p. 667–688, 2018, p. 680-682.

⁸⁷⁵ “Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, que ‘considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo’. Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão (DJ 1.6.2001), tal dispositivo teve sua constitucionalidade declarada em decisão

mudança de opinião da Corte a respeito do tema, e pela necessidade de sua reavaliação pelo plenário:

A análise dessas decisões me leva a crer que, paulatinamente, a interpretação da Lei nº 8.742/93 em face da Constituição vem sofrendo câmbios substanciais neste Tribunal. (...). Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição. A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrentá-lo novamente⁸⁷⁶. (Destacamos).

Nesse exato contexto, se uma demanda contendo pedido de deferimento de BPC com fundamento em outro critério de miserabilidade fosse apresentada a um tribunal intermediário, parece razoável que o órgão julgador cogitasse a realização do *anticipatory overruling* para ordenar a concessão do benefício, inclusive no âmbito de provimentos emergenciais. Isso considerando os claros indícios de degradação do antigo precedente, oriundos do próprio STF, somados à sensibilidade do direito material em jogo (o próprio sustento de família que contém idoso ou pessoa com deficiência).

desta Corte cuja ementa possui o seguinte teor (...). Considerou o Tribunal que referido dispositivo instituiu requisito objetivo para concessão do benefício assistencial a que se refere o art. 203, inciso V, da Constituição Federal. (...). Tenho observado, porém, que algumas decisões monocráticas recentes têm dado tratamento diferenciado ao tema. Os Ministros Celso de Mello, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski têm negado seguimento às reclamações ajuizadas pelo INSS (...). O Ministro Sepúlveda Pertence tem enfatizado, quando em análise de decisões que concederam o benefício com base em legislação superveniente à Lei 8.742/93, que as decisões reclamadas não têm declarado a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 dessa lei, mas dado interpretação a tal dispositivo em conjunto com a legislação posterior, a qual não foi objeto da ADI nº 1.232 (Rcl nº 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.6.2006). (Rcl nº 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.6.2006). Somem-se a estas as decisões do Ministro Marco Aurélio, que sempre deixou claro seu posicionamento no sentido da insuficiência dos critérios definidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 para fiel cumprimento do art. 203, inciso V, da Constituição (Rcl nº 4.164/RS, Rel. Min. Marco Aurélio). Em decisão mais recente (Rcl nº 3.805/SP, DJ 18.10.2006), a Ministra Cármen Lúcia também se posicionou sobre o assunto, em trechos dignos de nota, verbis: (...).” (BRASIL, STF, Rcl nº 4.374/PE, decisão monocrática do Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.02.2007. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho33304/false>>. Acesso em 08.09.2022).

⁸⁷⁶ Ibid.

Cumpra registrar que, em 2013, de fato sobreveio o *overruling* do antigo entendimento, no julgamento do RE nº 580.963: a partir de então, o STF passou a aprovar a conjugação do critério padrão com outros parâmetros indicativos de miserabilidade⁸⁷⁷.

Um segundo caso pertinente à presente análise diz respeito à já citada súmula nº 584 do STF, aprovada em 1977 (“Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração”)⁸⁷⁸. Conforme anteriormente aludido, tal enunciado (e a *ratio* subjacente) vinha sendo objeto de reiteradas distinções em julgamentos do próprio Supremo, que passou a afirmar sua inaplicabilidade quando o tributo fosse empregado com conotação extrafiscal.

Contudo, em algumas dessas ocasiões, a Corte abertamente sinalizou o desgaste geral da regra. Em 2016, chegou-se a afirmar: “podemos projetar a apreciação da subsistência ou não do verbete para um caso mais favorável à superação”⁸⁷⁹. Para além disso, pronunciamentos mais recentes do Supremo, privilegiando a anterioridade e a irretroatividade em temáticas próximas⁸⁸⁰, corroíam ainda mais as bases daquele velho entendimento, que se tornou isolado.

Nessa época, se uma demanda envolvendo a aplicação da Súmula nº 584 do STF fosse apresentada a um tribunal intermediário, seria plausível a realização do *anticipatory overruling*. Embora o direito material em jogo não envolvesse restrições a direitos fundamentais, a franca decadência do antigo entendimento tornara-se muito forte.

⁸⁷⁷ BRASIL, STF, RE nº 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.11.2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=4864062>>. Acesso em 08.09.2022.

⁸⁷⁸ BRASIL, STF, Súmula nº 584 (cancelada), DJe 05.01.1977. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2304>>. Acesso em 03.07.2022.

⁸⁷⁹ BRASIL, STF, RE nº 592.396/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 28.03.2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597350>>. Acesso em 03.07.2022.

⁸⁸⁰ Por exemplo: “LEI – APLICAÇÃO NO TEMPO – TRIBUTO – IRRETROATIVIDADE. Lei regeadora de tributo há de ser editada em certo exercício, para observância no subsequente. BALANÇO – CORREÇÃO MONETÁRIA – EXERCÍCIO DE 1989 – ARTIGO 30, § 2º, DA LEI Nº 7.799/89. Ante o princípio da irretroatividade, surge inconstitucional o § 2º do artigo 30 da Lei nº 7.799/89, no que impôs a correção monetária das demonstrações financeiras referentes ao exercício de 1989.” (BRASIL, STF, RE nº 188.083, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 20.10.2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9610914>>. Acesso em 07.09.2022).

Registre-se que, em 2020, no julgamento do RE nº 159.180/MG, sobreveio o cancelamento sumular⁸⁸¹.

Por fim, proveitosa a reflexão em torno da situação da tese nº 634 de repetitivos do STJ, firmada em 2016, no sentido de que o valor do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) compõe as bases da contribuição ao PIS e da Cofins⁸⁸². Ocorre que, em 2018, sobreveio o julgamento do RE nº 574.706 (Tema nº 69 de repercussão geral), no qual o STF firmou que o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) não compõe as bases de PIS e Cofins⁸⁸³. Com isso, não houve derrubada direta daquele entendimento do STJ, mas sua degradação é inegável. Isso porque que a *ratio* adotada pelo Supremo para excluir o imposto estadual das bases de cálculo das contribuições federais – o fato de o corresponder valor ser repassado ao ente público, não constituindo faturamento do contribuinte – em princípio é plenamente extensível ao caso do ISS. É dizer: se trata de situações muito análogas, que provavelmente terão o mesmo desfecho constitucional.

Nesse contexto, poder-se-ia arguir a viabilidade de que um tribunal intermediário efetue o *anticipatory overruling* da tese nº 634 do STJ, em alguma demanda concreta levada a seu conhecimento. Contudo, na hipótese, deve-se ponderar que (i) a degradação do precedente do STJ não é tão explícita como nos casos anteriores, (ii) não há grande sensibilidade ou urgência inerentes ao direito material em jogo, e (iii) já existe recurso extraordinário afetado pelo STF para aclaramento geral da controvérsia atinente ao ISS (Tema nº 118)⁸⁸⁴, com julgamento virtual iniciado. Assim, parece que nessa situação a manobra antecipatória poderia não ser tão conveniente, convindo aguardar o pronunciamento conclusivo do Supremo.

⁸⁸¹ BRASIL, STF, RE nº 159.180/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 17.08.2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429386/false>>. Acesso em 03.07.2022.

⁸⁸² “O valor suportado pelo beneficiário do serviço, nele incluindo a quantia referente ao ISSQN, compõe o conceito de receita ou faturamento para fins de adequação à hipótese de incidência do PIS e da COFINS.” (BRASIL, STJ, REsp nº 1.330.737/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 14.04.2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=634&cod_tema_final=634>. Acesso em 08.09.2022.

⁸⁸³ BRASIL, STF, RE nº 574.406, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 02.10.2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>> Acesso em 08.09.2022.

⁸⁸⁴ BRASIL, STF, RE nº 592.616, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento iniciado em 14.08.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637509>. Acesso em 08.09.2022

Enfim, vê-se que, diante dos casos concretos, não existem conclusões fáceis ou absolutas. Diversas variáveis podem interferir na análise da aplicabilidade e da pertinência do *anticipatory overruling*, dentre os quais: o tipo de indício erosivo disponível, a espécie de direito material em jogo, a existência de perigo de dano, a presença de razoável confiança justificada, o momento processual no caso concreto e o contexto geral nas cortes superiores aptas à efetiva revogação.

De toda forma, embora não existam atalhos, espera-se que as algumas balizas lançadas neste trabalho possam fornecer pontos de partida para a avaliação crítica da manobra por parte dos operadores de direito brasileiros.

5 CONCLUSÕES

Ao exposto, eis as principais conclusões atingidas ao longo do trabalho:

1 – Ao menos em termos, é seguro falar no fim da rígida dicotomia entre *civil* e *common law*, que sede espaço para múltiplas experiências jurídicas peculiares e interconectadas. Nesse panorama de troca constante, inexistem empecilhos apriorísticos à recepção e aproveitamento de técnicas jurídicas entre dois sistemas classicamente atrelados a uma e outra tradição, inclusive porque as fronteiras entre elas são cada vez menos estanques. Contudo, a histórica filiação a determinada família foi capaz de deixar marcas que até hoje se refletem, inclusive, no trato dos precedentes. Portanto, no estudo do intercâmbio de institutos jurídicos estrangeiros (especialmente de “direito jurisprudencial”), essencial dispensar concepções generalistas e investigar caso a caso as semelhanças e diferenças entre os modelos emissor e receptor, com especial enfoque às adaptações reclamadas por este último.

2 – Os sistemas estadunidense e brasileiro são pioneiros no cenário da aproximação das tradições jurídicas. Cuida-se de movimentos em direções opostas: o primeiro partiu da tradição do *common law* e inundou-se de práticas e institutos romano-germânicos; enquanto o segundo iniciou inserido no *civil law* e vem sendo tomado por construtos anglo-americanos, principalmente pela forte influência norte-americana. No âmbito constitucional e de direito jurisprudencial, os dois modelos guardam algumas afinidades históricas, e, em determinados aspectos, é possível que se encontrem no meio dos seus caminhos, ambos destacados no mapa de convergência das grandes famílias ocidentais.

3 – Esse contexto de compatibilidades gerais entre os dois sistemas parece fazer do Brasil terreno próprio aos transplantes de institutos jurisprudenciais norte-americanos (os quais de fato vêm ocorrendo, constituindo causa e consequência dessas afinidades, num “ciclo vicioso”). Entretanto, inexistente correspondência entre os precedentes brasileiro e estadunidense – o que se deve a diferenças históricas, ideológicas, normativas, institucionais e culturais, atreladas ou não à clássica filiação de cada ordenamento. Para além da percepção de coincidências, a apreensão dessas divergências é essencial para importações e adaptações bem-sucedidas de práticas estadunidenses.

4 – Apesar das diferentes linhas evolutivas, tanto nos EUA quanto no Brasil o direito jurisprudencial vinculante é hoje profundamente intrincado no processo civil, servindo a grandes objetivos comuns, especialmente à segurança jurídica, à isonomia e à eficiência. Contudo, no que tange à lida com os precedentes há inúmeras semelhanças e diferenças em termos de (i) estrutura judiciária subjacente; (ii) fórmulas de elaboração; (iii) dimensão subjetiva; (iv) dimensão objetiva; (v) termo inicial de vigência; (vi) termo final de vigência e meios de revogação; (vii) mecanismos de controle dos desvios; e (viii) fatores principiológicos e culturais intervenientes.

5 – Ambos os sistemas apresentam diferentes virtudes e desafios em termos da consecução daqueles objetivos fundamentais, envolvendo fatores institucionais e culturais, sem que haja superioridade de um modelo relativamente ao outro.

6 – Muitos dos conceitos e institutos empregados na doutrina e nos tribunais norte-americanos têm pertinência e já foram apropriados e “traduzidos” à brasileira, a exemplo das definições de *holding*, *dicta*, *overruling* e *prospective overruling*. Isso é perfeitamente natural, considerando que a ampla teorização e “testagem” desses construtos ocorreu nos EUA muito antes de no Brasil. No entanto, há de se reiterar que a enxertia nas molduras pátrias pode reclamar (e já tem reclamado) sérias adaptações, em vista de especificidades como a dualidade das cortes de vértice, os procedimentos objetivos de produção de súmulas e teses, o filtro de admissibilidade recursal, e tantas outras abordadas ao longo do trabalho.

7 – Tanto nos EUA quanto no Brasil a atuação das partes e julgadores das instâncias ordinárias com precedentes superiores não se limita a seguir os vigentes e afastar os revogados. Nesse imenso espaço interpretativo se inserem as técnicas de manejo tratadas ao longo do trabalho, que “dão nome” a determinadas manobras de desvio ou acatamento de precedentes, fortalecendo a atuação dos órgãos judiciais

“inferiores” e das partes que neles atuam. Através delas, tomando por base a lógica e os objetivos inerentes ao *stare decisis*, o operador segue rotas racionais que implicam a aplicação ou o afastamento do precedente em cada caso concreto, sem perder de vista o dever geral de conhecimento e observância. Em boa medida, são essas ferramentas as responsáveis pela oxigenação do direito jurisprudencial na prática cotidiana, por não haver dependência de grandes acontecimentos nos tribunais de vértice, especialmente do *overruling*.

8 – Pertinente que em ambos os países tais técnicas sejam cada vez mais estudadas, parametrizadas e difundidas, para que sua utilização seja consistentemente requerida/impugnada pelos advogados, e acolhida/afastada pelos julgadores. Isso, a um só tempo: (i) empodera os magistrados e as partes atuantes nas instâncias inferiores; (ii) coíbe os afastamentos injustificados de precedentes e o decisionismo arbitrário, fora das balizas aceitáveis para desvio; (iii) resulta em arrazoados e em decisórios mais fundados e coerentes; (iv) promove a racionalização do direito jurisprudencial, lapidando a *ratio*, fornecendo indicativos para futuros litigantes e *feedbacks* para os tribunais autores; (v) limita os pronunciamentos das cortes superiores a seus cabíveis efeitos, evitando que sejam tratados como postulados canônicos, abstratos e engessadores, e favorecendo que sejam acatados dentro de seus legítimos contornos; e, enfim, (vi) promove a conciliação dos princípios da segurança jurídica, isonomia e eficiência com valores de justiça e desenvolvimento do direito; aliando os benefícios da uniformidade e da (racional) desuniformidade decisórias.

9 – *Calling dicta*, *distinguishing* e *criticizing* são três relevantes técnicas estadunidenses de manejo de precedentes que já foram apropriadas no sistema de precedentes brasileiro.

10 – “*Calling dicta*” é técnica correspondente à classificação de determinada regra jurídica contida no acórdão gerador do precedente como *obiter dictum* (parcela não vinculante), constituindo manobra pertinente e praticada nos sistemas estadunidense e brasileiro.

11 – O *distinguishing*/distinção consubstancia expediente comparativo de enorme relevância nos dois modelos abordados. Boa parte da teorização e da prática da técnica no Brasil inspiraram-se nos *standards* norte-americanos, havendo hoje muitos conceitos e preocupações comuns aos dois sistemas. A despeito disso, existem peculiaridades do ordenamento processual pátrio que impõem novas

propostas e debates, a exemplo dos limites da “distinção por argumento novo”, que começa a ser debatida entre nós.

12 – O *criticizing/ressalva* de opinião constitui interessante técnica de desenvolvimento das normas jurisprudenciais estadunidenses e brasileiras, inexistindo grandes controvérsias em torno de sua pertinência. O artifício mantém a aplicação do precedente ao caso concreto (sem desvio), mas promove o enriquecimento do debate acerca da respectiva tese, impulsionando sua revisitação pela corte competente. No Brasil, os maiores desafios são os métodos para tornar a ferramenta mais eficaz em termos de geração de diálogo com a corte superior responsável. Isso envolve desde a densificação dos fundamentos da ressalva, até a adoção de rotas e práticas para que as críticas cheguem e sejam consideradas pelos tribunais autores, dentro ou fora dos processos.

13 – O *anticipatory overruling* é a técnica de manejo dos precedentes superiores mais tardiamente surgida no sistema estadunidense e mais recentemente importada pelo brasileiro, levantando controvérsias em ambos. Trata-se de afastar *ratio* superior válida, vigente e obrigatória, mediante fundada previsão de que ela brevemente será (ou deverá ser) objeto de *overruling*, diante de sua evidente erosão por parte do próprio tribunal autor.

14 – Após seu surgimento na década de 40, o *anticipatory overruling* passou por momento de desenvolvimento e profusão nos tribunais intermediários estadunidenses, tendo sido adotado em variados contextos e sob diferentes parâmetros, mas com algo em comum: a fundamentação no sentido da deterioração do precedente superior desviado. Após logo período de tolerância tácita por parte da Supreme Court, a manobra foi expressamente repreendida em *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express Inc (1989)*. Posteriormente, contudo, alguns julgadores e tribunais inferiores continuaram a aplicar a técnica, que não voltou a ser diretamente avaliada pela Corte Suprema nos últimos anos.

15 – A doutrina norte-americana ainda se divide quanto à pertinência e ao balizamento do *anticipatory overruling*. Desenvolveram-se lá basicamente três correntes doutrinárias: (i) a primeira é amplamente favorável à aplicação da manobra antecipatória, a partir de quaisquer sinais erosivos que constituam a “melhor evidência” acerca do atual posicionamento da corte superior; (ii) a segunda é totalmente contrária ao acolhimento da técnica, encarada como prática subversiva; e (iii) a terceira – e majoritária – é favorável à aplicação moderada/restrita do

mecanismo, a ser cogitado apenas na presença de fortes sinais erosivos oriundos dos atos decisórios da própria corte superior.

16 – O fenômeno do *anticipatory overruling* ainda é incipiente na jurisprudência brasileira, embora a manobra já tenha sido aplicada e afastada por alguns tribunais nacionais, mediante considerações acerca da obsolescência ou não do precedente superior, relativamente a desenvolvimentos jurisprudenciais subsequentes. Contudo, ainda não houve grandes debates acerca da pertinência da técnica, em geral ou em casos específicos, o que pode vir a ocorrer nos próximos anos, eventualmente provocando manifestação das cortes superiores autoras a respeito.

17 – Inexiste consenso na doutrina brasileira acerca da pertinência da técnica no contexto nacional: alguns defendem a recepção moderada do instituto, enquanto outros apontam sua total impertinência no sistema de precedentes brasileiro.

18 – A admissão moderada do *anticipatory overruling* se mostra pertinente em vista do panorama institucional brasileiro: cortes superiores que mudam de opinião, mas frequentemente deixam de revisitar antigos precedentes que se tornam obsoletos. Ademais, considerações em torno de eventuais dificuldades técnicas e culturais são incapazes de justificar o banimento da ferramenta.

19 – O *anticipatory overruling* compatibiliza-se razoavelmente com os princípios inerentes ao *stare decisis* brasileiro (segurança jurídica, isonomia e eficiência): em alguns sentidos, ele é capaz até de auxiliar na sua consecução ou restauração. Contudo, mesmo que eventualmente a técnica produza alguma perturbação a esses valores, nota-se que a flexibilidade do sistema de precedentes nacional viabiliza restrita mitigação daqueles princípios em prol da justiça e do desenvolvimento do direito; e que a excepcionalidade inerente à técnica antecipatória garante que tal mitigação não atinja altos patamares – como de fato, até então, não tem atingido.

20 – A inserção do *anticipatory overruling* no sistema processual brasileiro implica alguns contornos e procedimentos peculiares, diversos da prática original do instituto nos EUA. Por exemplo, é viável a utilização do mecanismo em face de súmulas e teses; e em todo caso a efetivação da manobra pressupõe contraditório prévio e alta carga de fundamentação.

21 – Conclui-se, enfim, pela aprovação da – já corrente – recepção moderada do *anticipatory overruling* no sistema jurídico nacional. Sob *standards* restritos, a disponibilização da técnica como ferramenta excepcional das partes e julgadores brasileiros (i) tem pertinência e praticabilidade institucional; (ii) compatibiliza-se com

os objetivos fundamentais do sistema de precedentes doméstico e (iii) convive bem com as características e regras do ordenamento processual pátrio, que lhe atribuem alguns contornos e procedimentos próprios, sem retirar-lhe a essência.

22 – Diante dos casos concretos, inexistem atalhos ou conclusões absolutas. Diversas variáveis podem interferir na análise da aplicabilidade e da pertinência do *anticipatory overruling*, dentre os quais: o tipo de indício erosivo disponível, a espécie de direito material em jogo, a existência de perigo de dano, a presença de razoável confiança justificada, o momento processual no caso concreto e o contexto geral nas cortes superiores aptas à efetiva revogação.

A seguir apresenta-se, a título conclusivo, fluxograma com representação visual simplificada das técnicas tratadas ao longo do trabalho:

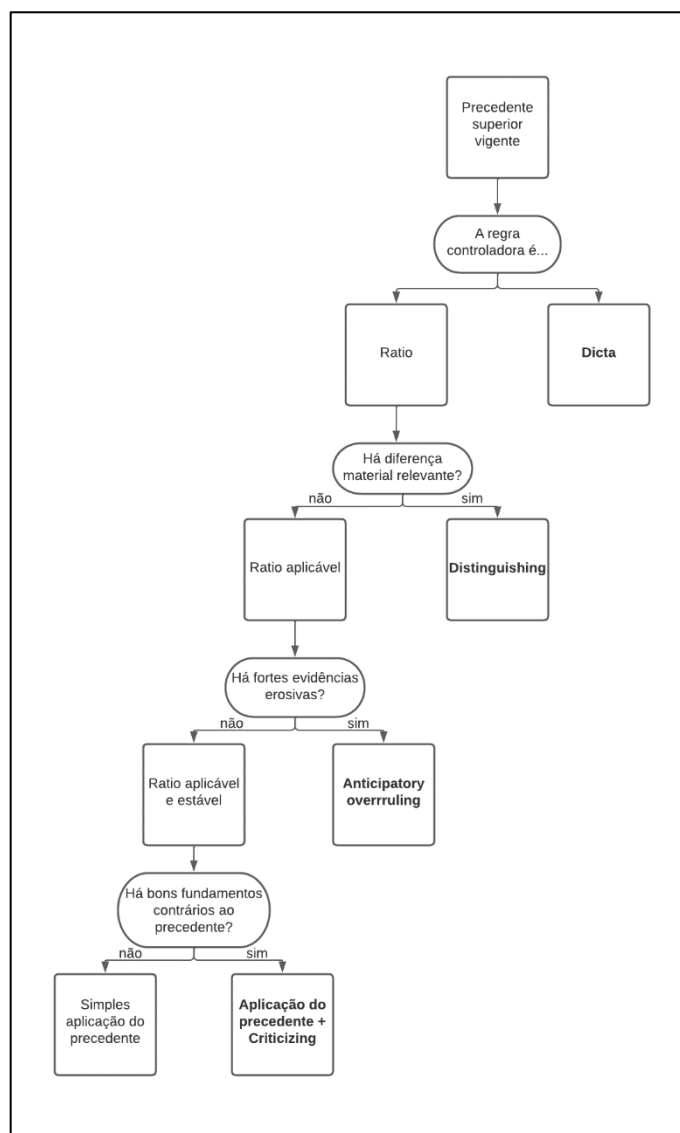


Figura 4 Representação simplificada das técnicas abordadas. Fonte: autoria própria.

REFERÊNCIAS

- **Referências doutrinárias:**

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial: São Paulo: RT, 2012, p. 526-527.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 2, n. 01, p. 62–69, 2016.

ABELHA, Marcelo. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfiças. Revista de Processo, v. 259, p. 307–339, 2016.

ABRAMOWICZ, Michael; STEARNS, Maxwell. Defining Dicta. Stanford Law Review, v. 57, n.4, p. 953–1094, 2005.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 17–64.

ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de Assistência Jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

AMB, FGV, IPESPE. Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro: Sumário Executivo. Coord. Antônio Lavareda, 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf. Acesso em 11.07.2022

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Associação dos Magistrados Brasileiros. Quem somos, a Magistratura que queremos. Vianna, Luiz Werneck (Coord). Rio de Janeiro, 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em 10.07.2022, p. 111-113

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. *Revista de Processo*, ano 39, v. 236, p. 279–301, 2014.

ATIYAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert S. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 1987.

BANKOWSKI, Zenon et al. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 481–501.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 315–354.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. *Revista da Emerj*, v. 4, n. 16, p. 11–22, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da Emerj*, v. 6, n. 24, p. 55–69, 2003. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, n. 99, p. 141–150, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, n. 99, p. 141–150, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito Processual - Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 299–314.

BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista de Processo*, v. 310, p. 265–290, 2020.

BARKAI, John; KENT, Elizabeth. Let's Stop Spreading Rumors About Settlement and Litigation: A Comparative Study of Settlement and Litigation in Hawaii Courts. *Ohio St. J. on Disp. Resol*, v. 29, p. 85–148, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição Federal. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 1, 1992.

BENNETT, Thomas B; FRIEDMAN, Barry; MARTIN, Andrew D; et al. Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change. *Cornell Law Review*, v. 103, n.4, p. 817–877, 2018.

BERKELEY UNIVERSITY. *The Common Law and Civil Law Traditions. The Robbins Collection*, 2010.

BESWICK, Samuel. Prospective Overruling Unravelling. Allard Faculty Publications / Civil Justice Quarterly, p. 1–37, 2022.

BHAGWAT, Ashutosh. Separate but Equal?: The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of the “Judicial Power”. Boston University Law Review, v. 80, p. 967–1016, 2000.

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Ação rescisória e precedentes. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BLOOM, Frederic M. State Courts Unbound. Cornell Law Review, v. 93:501, p. 501–554, 2008.

BONFIELD, Lloyd. American Law and the American Legal System in a Nutshell. 2. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2021.

BOSCO, David L. Toward a civil law system in the United States? A glance at recent trends. Sistemas Judiciales, v. 4, p. 84–87, 2018.

BRADFORD, Steven C. Following Dead Precedent: The Supreme Court’s Ill-Advised Rejection of Anticipatory Overruling. Fordham Law Review, v. 59, n.1, p. 39–90, 1990.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRATZ, David C. Stare Decisis in Lower Courts Predicting the Demise of Supreme Court Precedent. Washington Law Review, v. 60, n. 1, p. 87–100, 1984.

BRUHL, Aaron-Andrew P. The Supreme Court’s Controversial GVRs - And an Alternative. Michigan Law Review, v. 107, Issue 5, p. 711–756, 2009.

BRUHL, Aaron-Andrew P. Deciding When to Decide: How Appellate Procedure Distributes the Costs of Legal Change. Cornell Law Review, v. 96, p. 203–264, 2011.

BRUST, Richard. Dead Precedents The justices overrule, but they often do so stealthily. American Bar Association Journal, v. 97, n.5, p. 22–23, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. et al. (Coord.). A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/881d8582d1e287566dd9f0d00ef8b218.pdf>. Acesso em 10.07.2022.

CABRAL, Antônio do Passo. A Técnica do Julgamento-Alerta na Alteração de Jurisprudência Consolidada: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Processual. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, p. 19–43, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. *Segurança Jurídica e Regras de Transição nos Processos Judicial e Administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, Cambridge University Press, v. 82 (4), p. 1109–1127, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Sistema de precedentes brasileiro: compreensão crítica a partir da tradição inglesa e norte-americana. *Prisma Jurídico*, v. 17, n.1, p. 83–116, 2018.

CAMINKER, Evan H. Precedent and Prediction The Forward-Looking Aspects of Inferior Court Decisionmaking. *Texas Law Review*, v. 73, n.1, 1994.

CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Stanford Law Review*, v. 46, n. 4, p. 817–873, 1994.

CANAEGEM, R. C. *Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CAPPALLI, Richard B. The Common Law's Case against Non-Precedential Opinions. *California Law Review*, v. 76, n. 4, p. 755–797, 2003.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Cosimo, 2009.

CARROLL, Maureen S. Fee-Shifting Statutes and Compensation for Risk. *Indiana Law Journal*, v. 95, n. 4, p. 1021–1074, 2020.

CARVALHO, Mayara; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: Didider Jr., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 729–751.

CHEN, Richard C. Summary Dispositions as Precedent. *William & Mary Law Review*, v. 61, p. 691–753, 2020.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COHEN, Liza F. Recovery of Limited Damages in Wrongful Pregnancy Action: *Johnson v. University Hospitals of Cleveland*. *Journal of Law and Health*, v. 4:1, p. 83–109, 1989.

COHEN, Morris L. The Common Law in the American Legal System: The Challenge of Conceptual Research. *Law Library Journal*, v. 81:13, p. 13–31, 1989.

COLE, Charles. The reality of binding precedent in America. *NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, p. 137–154, 2005.

Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em Números 2021*, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>>. Acesso em 20.05.2022.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR. et al. (Coord.) *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445–457.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Arts. 926 a 928. In: Bueno, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 97–131.

CURY, Augusto Jorge. *Recurso extraordinário, recurso especial e o caráter vinculante dos precedentes oriundos de seu julgamento*. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2019.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DEL-BOVE, Marion Charret; FRANCOZ-TERMINAL, Laurence. How Common is the Common Law? Some Differences and Similarities in British and American Superior Court Decisions. *Alicante Journal of English Studies*, n. 28, p. 59–82, 2015.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro. In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas Tendências do Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 331–360.

DEVINS, Neal; KLEIN, David. The vanishing common law judge? *The University of Pennsylvania Law Review*, v. 165, n. 3, p. 595–631, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 49, p. 89–99, 2013.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 18, n. 36, p. 114–132, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 4. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DOBBINS, Jeffrey C. Structure and Precedent. *Michigan Law Review*, v. 108, n. 8, p. 1453–1496, 2010.

DORF, Michael C. Dicta and Article III. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, n. 6, p. 1997–2069, 1998.

DORF, Michael C. Prediction and the Rule of Law. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 108., p. 651–715, 1995.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, e-book, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991.

EMENAKER, Ryan. Constitutional Interpretation and Congressional Overrides: Changing Trends in Court-Congress Relations. Conference in: Hollywood, CA, 2013, p. 13, disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2243912>>, acesso em 07.07.2022.

EMMERT, Frank; TONI M., Fine. *Introduction to the American Legal System*. Berlin: Langenscheidt, 2006.

ENTRIKIN, J Lyn. The death of common law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 42, n. 2, p. 352–488, 2019.

ESKRIDGE, William N. Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions. *The Yale Law Journal*, v. 101, p. 331–455, 1991.

ESTREICHER, Samuel; REVESZ, Richard L. Nonacquiescence by Federal Administrative Agencies. *The Yale Law Journal*, v. 98, n.4, p. 679–772, 1989.

EWALD, William B. What's So Special About American Law? *Oklahoma City University Law Review*, v. 26, n. 3, p. 1083–1101, 2001.

FELONIUK, Wagner. Brasil e Estados Unidos da América: comparação quantitativa de Sistemas Judiciais. *Revista Latino-Americana de Relações Internacionais*, v. 3, n.1, p. 155–178, 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERRAZ, Taís Schilling. Ratio decidendi x tese jurídica. A busca pelo elemento vinculante do precedente brasileiro. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, n. 10, p. 81-102, 2018.

FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FLORES NETO, Thomaz Thompson. *Súmulas do STF e STJ anotadas: quais perderam a aplicabilidade?* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FRANZE, Anthony J; ANDERSON, R. Reeves. Amicus Curiae at the Supreme Court: Last Term and the Decade in Review. *The Nation Law Journal*, 2020. Disponível em: <https://www.arnoldporter.com/-/media/files/perspectives/publications/2020/11/amicuscuriae-at-the-supreme-court.pdf>. Acesso 23.06.2022

FRIEDMAN, Barry. The Wages of Stealth Overruling (With Particular Attention to *Miranda v. Arizona*). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n. 10-42, p. 1–64, 2010.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *Superação de precedentes: da necessária via judicial e o uso da reclamação para interpretar e superar precedentes*. Londrina: Thoth, 2020.

GALIO, Morgana Henicka. *Overruling: a superação do precedente*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina - Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016.

GENTITHES, Michael. Janus-Faced Judging: How the Supreme Court is Radically Weakening Stare Decisis. *William & Mary Law Review*, v. 62: 083, p. 83–142, 2020.

GERKEN, Joseph L. A Librarian's Guide to Unpublished Judicial Opinions. *Law Library Journal*, v. 96:3, p. 475–501, 2004.

GIDI, Antonio; FROELICH, Lucas. Retrospective and Prospective Application of Precedents in United States Federal Law. *Revista de Processo - Revista dos Tribunais*, v. 269, p. 303–315, 2019.

GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin. *Comparative legal traditions in a nutshell*. 4. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2016. (West nutshell series).

GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal? E por que isso deve(ria) importar? *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 3, p. 137–159, 2015.

GOMES, Rodolfo Perini. Superação prospectiva (prospective overruling) como regra - (in)segurança jurídica em caso de virada jurisprudencial. *Revista de Doutrina Jurídica*, v. 111, n. 1, p. 28–45, 2020.

GONÇALVES, Gláucio Maciel de; VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie. et al. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 2, p. 627–640.

GONÇALVES, Gláucio Maciel de; ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. O prospective overruling nas Supremas Cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015. *Revista de Processo*, v. 41, n. 258, p. 357–385, 2016.

GONZÁLEZ, Rodrigo Camarena. From jurisprudence constante to stare decisis: the migration of the doctrine of precedent to civil law constitutionalism. *Transnational Legal Theory*, v. 7, n. 2, p. 257–286, 2016.

GOODHART, Arthur L. Case Law in England and America. *Cornell Law Review* 173, v. 15, n. 2, p. 173–193, 1930.

GOODHART, Arthur L. The Ratio Decidendi of a Case. *The Modern Law Review*, v. 22, n. 2, p. 117–124, 1959.

GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of Law*. New York: Columbia University Press, 1909.

GREABE, John M. Three Observations about Justice Alito’s draft opinion in *Dobbs* - commentary. *New Hampshire Bulletin*, p. 1–7, 2022.

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 10, 2004.

GRUHL, John. Anticipatory Compliance with Supreme Court Rulings. *Polity*, v. 14, n. 2, p. 294–313, 1981.

H., P. K. Lower Court Disavowal of Supreme Court Precedent. *Virginia Law Review*, v. 60, n. 3, p. 494–539, 1974.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 1, p. 209–236, 2021.

HASEN, Richard L. Anticipatory Overrulings, Invitations, Time Bombs, and Inadvertence: How Supreme Court Justices Move the Law. *Emory Law Journal*, v. 62, p. 1–18, 2012.

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY, Secondary Sources: ALRs, Encyclopedias, Law Reviews, Restatements, & Treatises. 2020. Disponível em: <<https://guides.library.harvard.edu/c.php?g=309942&p=2070280>>. Acesso em: 08.04.2022.

HEYDON, J D. How far can Trial Courts and Intermediate Appellate Courts Develop the Law? *Oxford University Commonwealth Law Journal*, v. 9:1, p. 1–46, 2009.

KANE, Mary Kay. *Civil Procedure in a Nutshell*. 8. ed. St. Paul, MN: West Academic Publishing, 2018.

KATYAL, Neal Kumar. Legislative Constitutional Interpretation. *Duke Law Journal*, v. 50, p. 1335–1394, 2001.

KAY, Richard S. Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law. *American Journal of Comparative Law*, v. 62, p. 37–67, 2014.

KIM, Pauline T. Lower Court Discretion. *New York University Law Review*, v. 82, p. 383–442, 2007.

KING, Kimi L; LEUZINGER, Julie A. Introduction to the Law and the American Legal System. In: *Contemporary Issues in Higher Education Law*. Cleveland: Education Law Association, 2015, p. 1–22.

KIRBY, M D. Judicial dissent—common law and civil law traditions. *Law Quarterly Review*, v. 123, p. 379–420, 2007.

KLEIN, David; DEVINS, Neal. Dicta, Schmicta: Theory Versus Practice in Lower Court Decision Making. *William & Mary Law Review*, v. 54, Issue 6, p. 2021–2054, 2013.

KLUGER, Jeffrey. Why Is the Court System So Slow? *Time*, 30.06.2016. Disponível em: <<https://time.com/4389196/why-is-the-court-system-so-slow/>>. Acesso em 11.07.2022.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53–89, 1982.

KOZEL, Randy J. The Scope of Precedent. *Michigan Law Review*, v. 113, Issue 2, p. 179–230, 2014.

LAWSON, Gary. Mostly Unconstitutional: The Case Against Precedent Revisited. *Ave Maria Law Review*, v. 5:1, p. 1–22, 2007.

LEWIS, Sebastian. Precedent and the Rule of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 41, n. 4, p. 873–898, 2021.

LIMA, Leonardo Duncan Moreira. *Superação do Precedente Judicial no Direito Brasileiro*. Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

LIPIENSKI, Marcos Vinicius. *Precedentes e a primeira instância*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017.

LIPTON, Richard M. Federal Rule of Civil Procedure 60(b): Standards for Relief from Judgments Due to Changes in Law. *The University of Chicago Law Review*, v. 43, n.3, p. 646–666, 1976.

LITAN, R E. Speeding Up Civil Justice. *Judicature*, v. 73:3, p. 162–167, 1989.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUNDSGAARD, David C.; UTTER, Robert F. Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some Thoughts from a Comparative Perspective. *Ohio State Law Journal*, v. 54, n.3, p. 559–583, 1993.

LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro. *Revista de Ciência Política*, n. 33 (1), p. 55–90, 1990.

MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLDSTEIN, Laurence (Ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987, p. 155–182.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 3, p. 89–120, 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. A análise dos Recursos Excepcionais pelos Tribunais Intermediários – O pernicioso art. 1.030 do CPC e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. *Revista de Processo - Revista dos Tribunais*, v. 262, p. 187–221, 2016.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema Brasileiro de Precedentes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 47, p. 181–237, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação Rescisória: do juízo rescindendo ao juízo rescisório*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 503–517.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MCMILLION, Christopher P.; VANCE, Kevin. Criticism from Below: The Supreme Court's Decision to Revisit Cases. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 81–103, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão Mello. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. *Revista da SJRJ*, n. 26, p. 139–146, 2009.

MERRIL, Thomas W. Judicial opinions as binding law and as explanations for judgments. *Cardozo Law Review*, v. 15, p. 43–80, 1993.

MICHIGAN LAW REVIEW. Relief from Final Judgment under Rule 60(b)(1) Due to Judicial Errors of Law. *Michigan Law Review*, v. 83, Issue 6, p. 1571–1583, 1985.

MIRZA, Flávio. Algumas questões sobre a apelação no processo civil norte-americano e brasileiro. *Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ*, v. V, p. 95–115, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MONAGHAN, Henry. On Avoiding Avoidance, Agenda Control, and Related Matters. *Columbia Law Review*, v. 112, p. 665–730, 2012.

MOTA, Délio. Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2016.

NELSON, Caleb. Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, p. 1–84, 2001.

NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges. Stare decisis versus direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, v. 1. Salvador: Jupodivm, 2013.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2014

NERY JR, Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016. *Revista de Processo*. v. 257, p. 217-235, 2016.

NICOL, Andrew G. L. Prospective Overruling: A New Device for English Courts? *The Modern Law Review*, v. 39, n. 5, p. 542–560, 1976.

NIELSON, Aaron. The Death of the Supreme Court's Certified Question Jurisdiction. *Catholic University Law Review*, v. 59, p. 483–492, 2010.

NUNES, Dierle. Afastamento de precedente não pode continuar sendo regra. *Conjur*, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamentoprecedente-nao-regra>. Acesso em 24.07.2022

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do seu Uso no Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, v. 57, p. 17–51, 2015.

NUNES, Dierle; FREITAS, Marina Carvalho. O artigo 1.030 do CPC e a busca por uma interpretação adequada: meios para superação de precedentes. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 73, p. 27–78, 2019.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR. et al. (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3, p. 301–334.

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Amanda Ferreira Lopes de. Os desafios da superação de precedentes no Código de Processo Civil de 2015: uma análise da aptidão da reclamação como instrumento de acesso aos Tribunais Superiores. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Minas Gerais, 2021.

PAIXÃO, Shayane Do Socorro De Almeida Da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto Da; SILVA, Sandoval Alves Da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 1, p. 275–301, 2021.

PARKES, Debra. Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada. *Manitoba Law Journal*, p. 135–162, 2007.

PEIXOTO, Ravi. A superação de precedentes (overruling) no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo Comparado*, v. 3, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, p. 177–208, 2005.

PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia; BAQUEIRO, Paula de Andrade. Distinção Inconsistente e Superação de Precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, v. 8, n. 1, p. 667–688, 2018.

PERRONE CAMPOS MELLO, Patrícia. Precedentes vinculantes nos Estados Unidos da América e no direito brasileiro: um estudo comparado. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 3, p. 263–285, 2017.

PETERS, Christopher J. Under-the-Table Overruling. *The Wayne Law Review*, v. 54, p. 1067–1104, 2008.

RE, Richard M. Narrowing Precedent in The Supreme Court. *Columbia Law Review*, v. 114, p. 1861–1911, 2014.

RE, Richard M. Narrowing Supreme Court Precedent from Below. *The Georgetown Law Journal*, v. 104, p. 921–971, 2016.

REDDICK, Malia; BENESH, Sara C. Norm Violation by the Lower Courts in the Treatment of Supreme Court Precedent: A Research Framework. *Justice System Journal*, v. 21, n.2, p. 117–142, 2000.

RICE, Daniel B.; BOEGLIN, John. Confining Cases to Their Facts. *Virginia Law Review*, v. 105, p. 865–929, 2018.

RICHMOND, Douglas R. Appellate Sanctions Against Lawyers. *Baylor Law Review*, v. 73:3, p. 562–595, 2021.

RITCHEY, Joan Grace. Limits of Justice: The United States' failure to recognize a right to counsel in civil Litigation. *Washington University Law Quaterly*, v. 79, 2001.

ROGERS, John M. Lower Court Application of the “Overruling Law” of Higher Courts. *Legal Theory*, v. 1, n. 2, p. 179–204, 1995.

ROSITO, Francisco. Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

ROSSI, Júlio César; REIS MUNDIM, Luis Gustavo. O “estado da arte” da reclamação no STF e no STJ: o gato de Schrödinger está vivo-morto? Revista Eletrônica de Direito Processual - Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, v. 22, n. 3, p. 523–540, 2021.

ROWE, Malcolm; KATZ, Leanna. A Practical Guide to Stare Decisis. Windsor Review of Legal and Social Issues, v. 41, p. 1–27, 2020.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHIAVONI, Johanna S. Who’s Afraid of Precedent: The Debate over the Precedential Value of Unpublished Opinions. UCLA Law Review, v. 49, p. 1859–1893, 2002.

SCOLUM, Robin Wellford. Introduction to american legal system. 3. ed. San Francisco, CA: LexisNexis, 2011.

SELLERS, Mortimer Newlin Stead. The Doctrine of Precedent in the United States of America. The American Journal of Comparative Law, v. 54, p. 67–88, 2006.

SHANNON, Bradley Scott. The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions. Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 26, p. 811–876, 2003.

SHANNON, Bradley Scott. Overruled by Implication. Seattle UL Rev, v. 33, p. 151–189, 2009.

SILTALA, Raimo. A theory of precedent. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. O julgamento do valete de copas: limites à criatividade no ofício dos magistrados trabalhistas de primeira instância no Brasil. In: DANTAS, Adriano Mesquita; CARNIATO, Marcelo Rodrigo; REIS, Sergio Cabral dos (Coord). Poder Judiciário e desenvolvimento socioeconômico: obra em homenagem ao XVI CONAMAT. São Paulo: LTR, 2012, p. 146–162.

SOLUM, Lawrence. The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, v. 9:1, p. 155–206, 2006.

SPRIGGS, James F; HANSFORD, Thomas G. Measuring Legal Change: The Reliability and Validity of Shepard’s Citations. Political Research Quarterly, v. 53, n. 2, p. 327–341, 2000.

STF, Relatório de atividades do Supremo Tribunal Federal - 2021. Brasília, 2022. Disponível em: <http://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/3775>. Acesso em: 22.06.2022.

STJ, Relatório de gestão do exercício de 2021. Brasília, 2022. Disponível em: https://transparencia.stj.jus.br/wp-content/uploads/relatorio_gestao_2021.pdf. Acesso em: 22.06.2022.

STJ, “STJ e STF firmam acordo para racionalizar atuação em questões repetitivas comuns”. Brasília, 09.06.2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09062021-STJ-e-STF-firmam-acordo-para-racionalizar-atuacao-em-questoes-repetitivas-comuns.aspx>. Acesso em 01.07.2022

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States. (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 355–406.

SUMMERS, Robert S. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Ithaca: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 519–530.

Supreme Court of The United States, FAQs – General Information. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx . em 22.06.2022.

Supreme Court of The United States, Opinions of the Court – 2021. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/20>. Acesso em 22.06.2022.

SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa; OLIVEIRA, Rhuan Rafael Lopes de. STF pode revisar o alcance da Súmula 584 em matéria tributária. *Consultor Jurídico*, 24.11.2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-24/stf-revisar-alcance-sumula-584-materia-tributaria>. Acesso em 03.07.022

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 141–188.

TARUFFO, Michele. Dimensioni transculturali della giustizia civile. *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 4, p. 1047–1084, 2000.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 55, n. 1, p. 11–31, 2001.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. *Revista de Processo*, v. 110, p. 141–158, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et. al. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, v.1 - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Precedentes no Processo Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Cristophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 103–140.

WAMBAUGH, Eugene. The Study of Cases. Boston: Little Brown & Co, 1892.

WESTERLAND, Chad; SEGAL, Jeffrey A.; EPSTEIN, Lee; et al. Strategic Defiance and Compliance in the U.S. Courts of Appeals. *American Journal of Political Science*, v. 54, n. 4, p. 891–905, 2010.

WIDISS, Deborah A.; BROUGHMAN, Brian J. After the Override: An Empirical Analysis of Shadow Precedent. *The Journal of Legal Studies*, v. 46 (1), p. 51–92, 2017.

WILLISTON, Samuel. Written and Unwritten Law. *American Bar Association Journal*, v. 17, n.1, p. 39–41, 1931.

WILSON, Brian P. How Should States Treat Cruikshank following Heller-An Analysis of a State Court's Ability to Hold That Supreme Court Precedent Is Dead. *Seton Hall Law Rev*, v. 40, p. 371–405, 2010.

WOLKART, Erik Navarro. Precedentes no Brasil e cultura - Um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. *Revista de Processo*, v. 243, p. 1–21, 2015.

WYZANSKI, Charles E. A Trial Judge's Freedom and Responsibility. *Harvard Law Review*, v. 65, n. 8, p. 1281–1304, 1952.

ZANETTI JR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZEKRI, Iman. Respectfully Dissenting: How dissenting opinions shape the law and impact collegiality among judges. v. 94, n. 5, p. 19, 2020.

- **Referências jurisprudenciais:**

BRASIL, STF, Súmula nº 584 (cancelada), DJe 05.01.1977. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2304>>. Acesso em 03.07.2022.

BRASIL, STF, ADI nº 1.232, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, DJe 27.08.1998. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em 08.09.2022.

BRASIL, STF, ADI nº 2656/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 01.08.2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266877>. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL, STF, Rcl nº 1.987, Rel. Min. Maurício Correa, Tribunal Pleno, DJe 21.05.2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>. Acesso em 27.06.2022.

BRASIL, STF, Rcl nº 2.303, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe 01.04.2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361858>. Acesso em 08.09.2022.

BRASIL, STF, Rcl nº 4.374/PE, decisão monocrática do Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.02.2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho33304/false>>. Acesso em 08.09.2022.

BRASIL, STF, RE nº 570.177, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 30.04.2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2574140&numeroProcesso=570177&classeProcesso=RE&numeroTema=15>>. Acesso em 24.06.2022.

BRASIL, STF, ADC nº 29, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 29.06.2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL, STF, RE nº 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.11.2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=4864062>>. Acesso em 08.09.2022.

BRASIL, STF, RE nº 630.733. Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 20.11.2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4887206>. Acesso em 03.07.2022.

BRASIL, STF, RE-RG nº 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 10.11.2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283852/false>. Acesso em 03.07.2022.

BRASIL, STF, RE nº 188.083, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 20.10.2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9610914>>. Acesso em 07.09.2022.

BRASIL, STF, ADI nº 5.105, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 16.03.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em 02.07.2022.

BRASIL, STF, RE nº 592.396/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 28.03.2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59735>>. Acesso em 03.07.2022.

BRASIL, STF, RE nº 601.729, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 05.09.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13534812>. Acesso em 24.07.2022.

BRASIL, STF, RE nº 574.406, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 02.10.2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374677/false>>. Acesso em 08.09.2022.

BRASIL, STF, RE 593849 ED-segundos, Rel. Min. EDSON FACHIN, Pleno, DJe 21.11.2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377852/false>. Acesso em 01.07.2022.

BRASIL, STF, Agr-Rcl nº 2412, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 01.02.2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14266077>. Acesso em 27.06.2022.

BRASIL, STF, ADI 5.135, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 07.02.2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4588636>. Acesso em 24.06.2022.

BRASIL, STF, RE nº 592.616, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento iniciado em 14.08.2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637509>. Acesso em 08.09.2022

BRASIL, STF, RE nº 159.180/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 17.08.2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429386/false>>. Acesso em 03.07.2022.

BRASIL, STF, EDs-RE nº 855.178, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em 20.07.2022.

BRASIL, STF, Tema nº 1.104 de Repercussão Geral, RE nº 1.281.909, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 03.12.2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1104>>. Acesso em 01.07.2022.

BRASIL, STF, Agr-Rcl nº 47.262, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 24.09.2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757432878>. Acesso em 08.07.2022).

BRASIL, STJ, AgRg no REsp nº 382.736/SC, Rel. Min. Castro Meira, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, Voto-vista do Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, DJe 25.02.2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200101557448&dt_publicacao=25/02/2004>. Acesso em 02.07.2022.

BRASIL, STJ, Súmula nº 421, Corte Especial, DJe 03.03.2010. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_40_capSumula421.pdf. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL, STJ, REsp repetitivo nº 1.141.990/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, DJe 19.11.2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1141990 Acesso em 29.07.2022

BRASIL, STJ, REsp nº 1.339.313/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Seção, DJe 21.10.2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=565&cod_tema_final=565>. Acesso em 24.06.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 736.650/MT, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Corte Especial, DJe 01.09.2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500478746&dt_publicacao=01/09/2014>. Acesso em 03.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp repetitivo nº 1.439.163/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cuêva, 2ª Seção, DJe 22.05.2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=882&cod_tema_final=882>. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL, STJ, REsp 1.334.005/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ acórdão Min. Isabel Galotti, 2ª Seção, DJe 23.06.2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334005&b=ACOR&p=false&l=10&i=29&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em 05.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.330.737/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 14.04.2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=634&cod_tema_final=634.. Acesso em 08.09.2022.

BRASIL, STJ, AgInt no AREsp nº 853.152/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJe 19.12.2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600374969&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em 07.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.726.563, Rel. Min. Moura Ribeiro, 2ª Seção, DJe 26.11.2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1712163. Acesso em 25.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.712.163/SP e REsp nº 1726563/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, 2ª Seção, DJe 03.12.2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=990&cod_tema_final=990. Acesso em 24.06.2022.

BRASIL, STJ, REsp repetitivo nº 1.696.396/MT, Rel. Min. Nancy Andrichi, Corte Especial, DJe 05.12.2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?filtroPorNota=%28JULGADO+E+CONFORME+E+%22RECURSOS+REPETITIVOS%22%29&livre=1696396&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E1696396%3C%2Fb%3E+++%3Cb%3ERepetitivos%3C%2Fb%3E&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T. Acesso em 03.07.2022.

BRASIL STJ, EDcl no REsp 1630889/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJe 06.12.2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602636651&dt_publicacao=06/12/2018>. Acesso em 02.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.091.198/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 12.08.2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802196925&dt_publicacao=12/08/2019. Acesso em 24.07.2022.

BRASIL, STJ, Tema Repetitivo nº 1.007, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, DJe 04.09.2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1007&cod_tema_final=1007>. Acesso em 01.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.813.684/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Corte Especial, DJe 18.11.2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271813684%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271813684%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271813684%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271813684%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 03.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.721.716/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, DJe 12.12.2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1721716&pesquisaAmigav>>

[el=+%3Cb%3E1721716%3C%2Fb%3E&b=ACOR&p=false&l=10&i=4&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T](#)>. Acesso em 05.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.869.867/SC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 03.05.2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1869867>. Acesso em 01.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.885.384/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 24.05.2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001802263&dt_publicacao=24/05/2021>. Acesso em 25.08.2022.

BRASIL, STJ, AgInt no CC nº 182.543/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 01.04.2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102889180&dt_publicacao=01/04/2022>. Acesso em 20.07.2022.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.638.772/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Seção, DJe 16.05.2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2165519&num_registro=201603027650&data=20220516&formato=PDF. Acesso em 03.07.2022.

BRASIL, STJ, AgInt na Rcl nº 42.618/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Seção, DJe 01.07.2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103851015&dt_publicacao=01/07/2022. Acesso em 08.07.2022.

BRASIL, TJMG, Apelação Cível nº 0016549-10.2015.8.13.0459 Rel. Des. Carlos Levenhagen, 5ª Câmara Cível, DJe 26.02.2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=3&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=1.141.990%20ressalva&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 26.07.2022.

BRASIL, TJMG, AC nº 1320890-96.2016.8.13.0024, Rel. Des. José Eustáquio Lucas Pereira, 5ª Câmara Cível, DJe 10.09.2019. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalLinhas=8&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=%2522anticipatory%20overruling%2522&pesquisarPor=acordao&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL, TJMG, Apelação Cível nº 6024945-15.2015.8.13.0024, Rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, 19ª Câmara Cível, DJe 31.10.2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.1067693%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 29.07.2022.

BRASIL, TJMG, AI nº 2162812-83.2021.8.13.0000, Rel. Des. Wagner Wilson, 19ª Câmara Cível, DJe 17.02.2022. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=ECDDFE9DC748A983020EA9D9D3550608.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2162812-83.2021.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 25.07.2022.

BRASIL, TJPR, ADI nº 1386653-6, Rel. Des. Antonio Loyola Vieira, Órgão Especial, DJe 15.07.2016. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12189022/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1386653-6#integra_12189022>. Acesso em 26.08.2022.

BRASIL, TJPR, MS nº 0039986-13.2018.8.16.0000, Rel. Des. Sigurd Roberto Bengtsson, Órgão Especial, DJe 11.03.2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015349181/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0039986-13.2018.8.16.0000#>. Acesso em 02.07.2022.

BRASIL, TJRJ, AC nº 04589813220128190001, Rel. Des. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO, 6ª Câmara Cível, DJe 05.05.2022. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004ACA3C1D5D3AB93BC0B20DCF6161428C9C5113F0C3A08>. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL. TJRS, MS nº 011487053.2020.8.21.7000, Rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira, 2º Grupo de Câmaras Cíveis, DJe 29.03.2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70084765114&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em 02.07.2022.

BRASIL, TJRS, Apelação Cível nº 70085194215, Des Carlos Roberto Lofego Canibal, 1ª Câmara Cível, Rel. DJe 24.11.2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&conteudo_busca=ementa_completa=70085194215. Acesso em 27.07.2022.

BRASIL, TJSP, AC nº 1002896-47.2020.8.26.0309, Rel. Des. Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado, DJe 18.02.2022. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=15413890&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_357d4a05312945e89ac6ef537e347076&q-recaptcha-response=03ANYolqugeY-qHN3_G9oBVDqzsXMqllXpSsNSfNeOCUsX1H2ghmnR7t4dF18gpqqxge8Pky0YflqoE422Zx9e_kYLIYWaPgnqLM5p8A0xhOihXoIDHTK7bHRmxRNvax02NertcWs9YY4CZify9Ork8aSV62IWx2-ER8bWFiTrGqmRMBYD1tQN3byzdMQb_W_sw7VF01IFzR0K1iEekUzMSxJTYiSNsE-Cvexld4JfCz2Q9NLUZ4sTY_zS_aLwFwnlkGRBnImGEWqPV0OyZ6xN2q4AO03VMv4rCVnlqDEuWcBqNxqifiOfRWHrQp2_a9ApQNJJGvGMNboh1f00-8NpehBi9-duVnXyJbexatn712B1hx3_x9DHHTGyqgwvhQUwGIWdYasWMYiLAMR5cwzwbhDFohfWde2Q-

[QDILy3JUQRyDi47LS30_yNmDi2md3cHJEE9NKr3AyrIQMxkblsaBj9uH0vl7YbXejpgqPMouZrfLZcnHWeCwE3Zn6-D7P_NPm6HC7KPV8HVt8XFQkQLx7FQrrrs6VbEWFMDOzMV5g_4uLZFyptRQWvJYEo40HATWOoW79clgAF1r8GCDgz3gj6qOCCablWArrA](https://www.jusbrasil.com.br/decisoes/brasil-tjsp-apl-10653814120218260053-rel-eutalio-porto-15a-camara-de-direito-publico-dje-08-04-2022-disponivel-em-https-esaj-tjsp-jus-br-cjsg-getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=15568235&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_c5cea57f356a4a51b53fa9ab05438e1f&q-recaptcha-response=03ANYolquiLjNB_Cpal7vV0NIKAO2s02rj-iaoxYE60HgJG47s070Co7MI2nDyyx75t6iL_46S15gN6bMbjpqblOegVqH4xlq07KbbtAPqWh4TAIjsAeIPRwZXkiDtB6ezMyVhnpHbrK8k_35fBM2C5pPSmZ8D2m1WSbSLFMasboDyVCIK1FSZ4Efi9QI0dlxZZ5ktqkc94bN5xyOytxsjYy_E8knRrC5PhvpPw_5LiGdPkOZrznaTx2loRzJn9FKDPv93qrC8EZI-EWeNs-zoq21qGjji2pz2sjeGDgl55mSwrQA0bYGffO_bwl2E4LhoXLX9SiO4fbMyGPzTafPIVCnwkLJkLMN2RIGMcRjzI3cocHt_KUj7f-nFOxIZMek-HoLTr48P6z68clJs4c74356NDivOCg9ifjLiID3PttEzRqoYaBQn-mM4qgrMeurQ5PbfKxtTPwwUJ7yZSCdDursfRmDxP5bO9JqrsVpLRaBZ5j2ZfukWEYXgmGyAUoKrfJOB4hVzmnjPlg-IJjvRbexGfVCZHMVVouQ-to8F4vOpH2t7_GYvfjHPSORDjXzTpThRpoYuXDN58OH_a1-1kFZmlPr5a3l3w)>. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL, TJSP, Apl nº 10653814120218260053, Rel. Eutálio Porto, 15ª Câmara de Direito Público, DJe 08.04.2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=15568235&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_c5cea57f356a4a51b53fa9ab05438e1f&q-recaptcha-response=03ANYolquiLjNB_Cpal7vV0NIKAO2s02rj-iaoxYE60HgJG47s070Co7MI2nDyyx75t6iL_46S15gN6bMbjpqblOegVqH4xlq07KbbtAPqWh4TAIjsAeIPRwZXkiDtB6ezMyVhnpHbrK8k_35fBM2C5pPSmZ8D2m1WSbSLFMasboDyVCIK1FSZ4Efi9QI0dlxZZ5ktqkc94bN5xyOytxsjYy_E8knRrC5PhvpPw_5LiGdPkOZrznaTx2loRzJn9FKDPv93qrC8EZI-EWeNs-zoq21qGjji2pz2sjeGDgl55mSwrQA0bYGffO_bwl2E4LhoXLX9SiO4fbMyGPzTafPIVCnwkLJkLMN2RIGMcRjzI3cocHt_KUj7f-nFOxIZMek-HoLTr48P6z68clJs4c74356NDivOCg9ifjLiID3PttEzRqoYaBQn-mM4qgrMeurQ5PbfKxtTPwwUJ7yZSCdDursfRmDxP5bO9JqrsVpLRaBZ5j2ZfukWEYXgmGyAUoKrfJOB4hVzmnjPlg-IJjvRbexGfVCZHMVVouQ-to8F4vOpH2t7_GYvfjHPSORDjXzTpThRpoYuXDN58OH_a1-1kFZmlPr5a3l3w>. Acesso em 20.07.2022.

BRASIL, TRF-1, Apelação Cível nº 0004316-50.2008.4.01.3900, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma, DJe 16.06.2017. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00043165020084013900>. Acesso em 27.07.2022.

BRASIL, TRF-4, Apelação Cível nº 5002396-42.2017.4.04.7008, Rel. Des. Andréia Castro Dias Moreira, 1ª Turma, DJe 07.12.2020. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002066475&versao_gproc=3&crc_gproc=d3495005&termosPesquisados=ZnJhdWRlIGV4ZWw1Y2FvIHNoaiB0ZXJjZWlybyAncmVzc2FsdmEgZGUgZW50ZW5kaW1bnRvJyA=. Acesso em 27.07.2022.

BRASIL, TRF-4, Agravo de Instrumento nº 5022367-46.2021.4.04.0000, Rel. Des. Sebastião Ogê Muniz, Turma Regional Suplementar de SC, DJe 22.07.2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002627495&versao_gproc=5&crc_gproc=b3bdd912>. Acesso em 24.07.2022.

BRASIL, TST, OJ nº 385, DJ 09.06.2010. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html>. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL, TST, Recurso Especial Eleitoral nº 0000231-84.2016.6.09.0041, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 12.03.2018. Disponível em: <https://sjurpesquisa.tse.jus.br/sjurpesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT-2131087317§ionServer=TSE&docIndexString=0>. Acesso em 24.08.2022.

BRASIL, 88ª Vara do Trabalho de São Paulo, Processo nº 1001865-96.2017.5.02.0088, Juiz Gustavo Campos Padovese, DJe 06.02.2019. Disponível em: <<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001865-96.2017.5.02.0088/1#d850c9a>>. Acesso em 24.08.2022.

USA, Commonwealth Court of Pennsylvania, *PNC Bank Corporation v. Workers' Compensation Appeal Board*, opinion of the court by Judge Leadbetter, 17.09.2003. Disponível em: <https://cases.justia.com/pennsylvania/commonwealth-court/860cd02_9-17-03.pdf?ts=1370460545>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Perkins v. Endicott*, opinion of the court by Judge Frank, 06.05.1942. Disponível em: <<https://casetext.com/case/perkins-v-endicott-johnson-corporation-2>>. Acesso em 01.08.2022.

USA, Court of Appeals for the 2nd Circuit, *Spector Motor Service v. Walsh*, divergent opinion by judge Hand, 18.03.1944. Disponível em: <https://casetext.com/case/spector-motor-service-v-walsh>. Acesso em 22.08.2022.

USA, Court of Appeals for the 4th Circuit, *Christopher Payne v. Jahal Taslimi*, opinion of the court by Judge Richardson, 27.05.2021. Disponível em: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca4/18-7030/18-7030-2021-05-27.pdf?ts=1622140277>. Acesso em 23.07.2022.

USA, Court of Appeals for the 5th Circuit, *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, opinion of the court by Judge Williams, 22.06.1988. Disponível em: <https://casetext.com/case/rodriguez-de-quijas-v-shearsonlehman-bros>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Court of Appeals for the 5th Circuit, *Hopwood v. Texas*, opinion of the court by Judge Smith, 18.03.1996. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/78/932/504514/>>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Court of Appeals for the 7th Circuit, *Khan v. State Oil Co.*, opinion of the court by Chief Judge Posner, 29.08.1996. Disponível em: <<https://casetext.com/case/khan-v-state-oil-co-2>>. Acesso em 28.07.2022.

USA, Court of Appeals for the 7th Circuit, *Wolf v. Walker*, opinion of the court by Judge Posner, 04.09.2014. Disponível em: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca7/14-2526/14-2526-2014-09-04.pdf?ts=1411046813>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Court of Appeals for the 9th Circuit, *Hoffman v. Arave*, opinion of the court by Judge Pregerson. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/236/523/511054/>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Arizona Supreme Court, *Roofing Whosale Co. v. Palmer*, opinion of the court by Justice Cameron, 15.11.1972. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/1972/10937-0.html>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Court of Appeals of Maryland, Laurretta Baseman Boblitz v. Charles William Boblitz, opinion of the court by Judge Menchine, 30.06.1983. Disponível em: <https://casetext.com/case/boblitz-v-boblitz>. Acesso em 02.07.2022.

USA, Court of Appeals of Maryland, William E. Bozman v. Nancie L. Bozman, opinion of the court by Chief Judge Bell, 12.08.1993. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1473546.html>. Acesso em 02.07.2022.

USA, Court of Appeals of Washington, Division 1, Opinion of the court by judge Mann, 21.06.2022. Disponível em: <<https://www.courts.wa.gov/opinions/pdf/828304.pdf>>. Acesso em 25.07.2022.

USA, *District Court for The Southern District of West Virginia, Barnette v. West Virginia Board of Education*, opinion of the court by Judge Parker, 06.10.1942. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/47/251/1799514/>. Acesso em 20.08.2022.

USA, United States District Court W.D. Wisconsin., Wolf v. Walker, 06.06.2014. Disponível em: <https://casetext.com/case/wolf-v-walker-5?q=%22anticipatory%20overruling%22%20kniffen&sort=relevance&p=3&type=case>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Missouri Supreme Court, *Roper v. Simmons*, opinion of the court by Judge Stith, 26.08.2003. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/missouri/supreme-court/2003/sc-84454-1.html>>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Supreme Court, *Barnette v. West Virginia Board of Education*, opinion of the court by Justice Jackson, 14.06.1943. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, Opinion of The Court by Chief Justice Warren, 17.05.1954. Disponível em: <<https://brownvboard.org/content/opinion-brown-347us483>>. Acesso em 04.07.2022.

USA, *Supreme Court, England v. Medical Examiners*, Opinion of the Court by Justice Brennan, 13.01.1964. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/375/411/>>. Acesso em 01.07.2022.

USA, Supreme Court, *United States v. Arnold, Schwinn & Co*, opinion of the court by Justice Fortas, 12.06.1967. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/365/>>. Acesso em 20.07.2022.

USA, Supreme Court, *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania*, opinion of the court by Justice Powell, 23.06.1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acesso em 20.07.2022

USA, Supreme Court, Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc, opinion of the court by Justice Kennedy, 15.05.1989. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/477/>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Supreme Court, Sullivan v. Hudson, opinion of the court by Justice O'Connor, 12.06.1989. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/877/>. Acesso em 29.07.2022.

USA, Supreme Court, Shalala v. Schaefer, opinion of the court by Justice Scalia, 24.06.1993. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/292/>. Acesso em 29.07.2022.

USA, Supreme Court, Agostini v. Felton, opinion of the court by Justice O'Connor, 23.06.1997. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/203/>>. Acesso em 20.08.2022.

USA, Supreme Court, Khan v. State Oil Co., opinion of the court by Justice O'Connor, 04.11.1997. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/522/3/case.pdf>>. Acesso em 28.07.2022.

USA, Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, opinion of the court by Justice Kennedy, 26.06.2015. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdfm. Acesso em 20.08.2022.

USA, Supreme Court, Kemp v. United States, Opinion of the court by Judge J. Thomas, 13.06.2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21-5726_5iel.pdf>. Acesso em 08.07.2022.

USA, Supreme Court, Dobbs, State Health Officer of The Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al., Opinion of the Court by Justice Alito, 24.06.2022. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf> Acesso em 27.06.2022.