

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MARIA CAROLINA CAVALIERI MEIRELLES**

**Os ideais do Sistema de Precedentes frente ao necessário desenvolvimento
do Direito**

**Juiz de Fora
2020**

MARIA CAROLINA CAVALIERI MEIRELLES

**Os ideais do Sistema de Precedentes frente ao necessário desenvolvimento
do Direito**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito por Maria Carolina Cavalieri Meireles, matrícula 201604026, sob orientação do Prof. Dr. Márcio Faria.

**Juiz de Fora
2020**

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARIA CAROLINA CAVALIERI MEIRELLES

Os ideais do Sistema de Precedentes frente ao necessário desenvolvimento do Direito

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Civil submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Márcio Faria
UFJF

Prof. Ms. Rodrigo Yehia
UFJF

Prof. Ms. Regina Tavares
UFJF

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2020.

Resumo

Este artigo dedica-se à análise do uso de precedentes no ordenamento brasileiro e pretende suscitar a discussão acerca da possibilidade de coexistência de seu uso - com a observância de todos os valores que dele advém, como igualdade, estabilidade e coerência da ordem jurídica - com a necessidade de inovação e adequação à temporalidade, essenciais à aplicação do Direito. Para tanto, analisa-se mecanismos que propiciam o desenvolvimento do Direito ao mesmo tempo que protegem as garantias fundamentais do cidadão, especialmente o *distinguishing* e o *overruling*. Ao último, dá-se maior atenção por meio de uma análise de sua eficácia no tempo e entende-se ser mais adequado que a modulação de efeitos seja a regra na aplicação de tal técnica.

Palavras-chave: Precedentes. Direito e desenvolvimento. *Distinguishing*. *Overruling*. Modulação de efeitos.

SUMÁRIO

Introdução	5
Capítulo 1: A adequação do Sistema de Precedentes ao ordenamento brasileiro	6
Capítulo 2: Alteração do pensamento social x ideais do Sistema de Precedentes	11
Capítulo 3: A modulação de efeitos do <i>overruling</i> como alternativa.....	18
Conclusão.....	23
Referências Bibliográficas	25

Introdução

Este trabalho pretende analisar a compatibilidade do Sistema de Precedentes com a alteração do pensamento social e o necessário desenvolvimento do Direito. Isso porque, como se entende o Sistema de Precedentes como mecanismo de estabilização e de orientação às decisões dos magistrados, deve-se refletir acerca da possibilidade de isso na prática proporcionar certa imutabilidade ao Direito. Tal concepção se daria porque, aparentemente, a vinculação dos magistrados a um entendimento sedimentado há tempos pode ser causa de injustiças por dar respostas estatais não correspondentes momento em que a decisão foi proferida, correspondendo a um raciocínio já ultrapassado.

Em razão disso, pondera-se acerca da eventual necessidade de análise crítica na aplicação dos precedentes, a fim de averiguar se estão em consonância com a época em que a decisão está sendo proferida. Esse questionamento faz-se relevante por o pensamento social se alterar diuturnamente, seja por criação de novas realidades - por exemplo em razão do avanço tecnológico -, seja por mera superação do então tido como melhor argumento após exposição a maior dialeticidade e amadurecimento do tema.

Nesse contexto, esse artigo analisará o Sistema de Precedentes, observando quais seus princípios e propósitos. Para tanto, serão explorados preceitos fundamentais do Estado brasileiro, de modo a entender se é possível que se vincule a decisão do juiz em algo além da Lei, mesmo que nosso ordenamento siga predominantemente o *Civil Law*. Em razão disso, parece ser necessário compreender qual é o papel do magistrado na tomada de decisões, se este é mero decodificador da legislação ou pode também atuar ativamente, de forma a criar o Direito em alguma medida.

Busca-se averiguar em que medida o uso do Sistema de Precedentes é uma estratégia processual eficiente para conciliar a liberdade decorrente de tal autonomia com um mecanismo de controle para que esta não se manifeste como abuso de poder ou opressão por um julgamento baseado em crenças particulares do juiz enquanto pessoa e não enquanto representante do Estado.

Outrossim, questiona-se como adequar isso aos princípios do Sistema de Precedentes. Essa indagação se dá porque, em uma visão superficial, os ideais de estabilização e previsibilidade que regem tal sistema parecem mitigar a possibilidade de alteração do entendimento utilizado pelo Poder Judiciário. Em razão disso, serão analisadas as características e os efeitos temporais de dois mecanismos utilizados quando se pretende modificar um precedente: *distinguishing* e o *overruling*.

Neste ponto, será dada atenção especial a seus efeitos temporais, de modo a investigar se é mais interessante ao jurisdicionado que o novo precedente possua efeitos prospectivos ou retroativos. Objetiva-se perceber se a aplicação clássica do *overruling*, com efeitos retroativos, respeita a segurança jurídica de maneira adequada, além de serem realizadas críticas acerca dos argumentos que sustentam tal efeito temporal, de modo a se questionar se os efeitos prospectivos não seriam mais compatíveis com os ideais do Sistema de Precedentes.

Epera-se que o juiz possa ter alguma autonomia, para que atue com pensamento crítico e consiga realizar a prestação jurisdicional mais adequada ao caso em tela, ainda que essa não esteja evidente na legislação. Há que refletir também sobre como harmonizar a singularidade de cada magistrado com a institucionalidade inerente ao Poder Judiciário e os direitos fundamentais do cidadão, como a isonomia e a segurança jurídica. Desse modo, intenciona-se encontrar técnicas que conciliem ambas as coisas de modo a proporcionar o desenvolvimento do Direito sem ferir as garantias fundamentais dos cidadãos.

Para tanto, será utilizada como metodologia dogmática de nível monográfico e em perspectiva crítica/comparativa. Isso por meio de revisão bibliográfica, uma vez que serão consultados tanto artigos atuais publicados em revistas de Direito, quanto manuais clássicos. Dessa forma, pretende-se verificar o que vem sendo discutido sobre o assunto, para possibilitar uma análise crítica de forma mais embasada.

Capítulo 1: A adequação do Sistema de Precedentes ao ordenamento brasileiro

O Brasil possui grande influência do *civil law* e tem a Lei como principal fonte normativa, a qual nesse sistema, em tese, deve ser completa e abarcar todas as situações de fato capazes de sua aplicação. Tal característica é reforçada pelo princípio da legalidade, consagrado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal (CF/88). Todavia, as relações humanas são extremamente complexas, o que traz imensa dificuldade ao legislador para atender a esta completude desejada. Em razão disso, por vezes as leis são até mesmo genéricas, notadamente as normas abertas, pensadas de modo que possam ser aplicadas conforme o entendimento de seu intérprete ao analisar o caso concreto.

No *civil law*, teoricamente as decisões judiciais possuem o mesmo grau de segurança, estabilidade e previsibilidade que a Lei quando de frente a mesma situação¹. Nessa toada, à época da Revolução Francesa, criou-se a Teoria da Interpretação, a qual, a

¹MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 60.

princípio, defendia que o intérprete apenas declara o sentido da Lei², já que essa é completa, chegando sempre à mesma conclusão, independente da pessoa que cumpre esse papel. Caso tal tese fosse compatível com a realidade, atingiríamos a perfectibilização do proferimento de decisões, as quais seriam uniformes em todas as Varas, Tribunais e Instâncias. Entretanto, para tanto, seria necessário que todos entendessem os dispositivos da mesma forma, o que certamente não acontece na prática.

Com a evolução de tal teoria, entendeu-se que o intérprete em verdade faz um juízo de valor e o sentido que atribui ao texto legal é apenas um dos resultados interpretativos possíveis³. A pessoa do julgador é capaz de causar grande impacto na cognição exarada acerca de determinado dispositivo, pois é inerente à condição humana que nossa perspectiva seja carregada de experiências e valores pessoais, os quais são influenciados pelo contexto social, princípios da região em que fomos criados, pessoas que nos influenciaram e nossas ideologias. Assim, o juízo esposado transcende a formação jurídica do magistrado.⁴

O princípio da supremacia da lei, por entender a legislação como algo perfeito e acabado, perdeu espaço na prática forense, sendo substituído pela necessidade de crítica judicial.⁵ Atualmente entende-se que a jurisdição deve abranger também um raciocínio social e contar com uma postura mais ativa do juiz, que vise à aplicação dos preceitos constitucionais. A prestação jurisdicional é também criativa, na medida em que realiza interpretações da norma e a aplica da forma mais adequada ao caso em tela após uma análise também do mundo dos fatos, para além da legislação cabível.

Sobre este ponto, é importante dizer que o sistema judiciário deveria ser coeso e composto por membros completamente imparciais, os quais apreciam o que chega a eles e tomam uma decisão unicamente a partir das provas produzidas no processo e, quando houver, do entendimento consolidado acerca do tema. No entanto, há que se admitir que o Brasil carrega heranças do povo ibérico, o qual tem como forte característica o personalismo, responsável por fazer com que nossa população valorize demasiadamente a autonomia, individualidade e uma atitude pautada em proteção de seus interesses pessoais ou de seus apadrinhados⁶.

²MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. ob. cit., p. 84-85

³MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. o. Cit. p. 62

⁴AMBRÓSIO, Gabriela. Psicologia do Juiz. **Revista de Direito de Econômico Socioambiental**, Vol 3. 2012. p. 491-503.

⁵DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 178.

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. ob. cit., p. 84-85

Por motivos similares, conhecendo a origem aristocrática dos juízes à sua época e a influência das facilidades advindas de tal condição em seu julgamento, Montesquieu defendeu a separação dos poderes, para assegurar que nenhum magistrado participaria do processo criativo do Direito, mas apenas o traduziria.⁷ Segundo o filósofo iluminista, apenas isso garantiria que não fossem proferidas decisões arbitrárias e carregadas de subjetivismo e os ideais revolucionários – liberdade, igualdade e fraternidade – seriam atingidos.

Embora essa tenha sido de certo uma evolução essencial ao Direito, não conseguiu livrar os cidadãos de decisões abusivas e sem qualquer uniformidade entre os julgadores, pois como já exposto, o personalismo é responsável por interpretações divergentes acerca de um mesmo texto, o que pode levar os juízes a decidirem de formas contraditórias sobre idênticas situações de fato.⁸ Muitas vezes isso decorre da boa-fé do aplicador do Direito, que realmente acredita estar fazendo um bom trabalho e sendo justo na posição que defende, todavia, a ausência de unidade favorece a adoção de certos juízos eivados de má-fé e até mesmo corrupção, já que tais incoerências também existem em razão de amizades convenientes e posições sociais.

Há que se destacar que no caso em comento a diferenciação do conteúdo das decisões surge em razão de fatos aleatórios, com a escolha do juiz que decidirá a causa a ser julgada, pois isso se dá em razão de sorteio no momento da distribuição, nos termos do art. 285, CPC, que consagra o princípio do juiz natural. Portanto, é extremamente necessário que haja uma uniformização das decisões, de modo que os cidadãos não sujeitem-se a diferentes condutas e possam sofrer graves prejuízos em decorrência de algo fortuito.

A dissonância das decisões proferidas fere um dos preceitos básicos do Estado Democrático de Direito, qual seja, a isonomia. Este é um dos princípios máximos do Estado brasileiro que defende ferrenhamente a igualdade de todos perante a Lei sem distinção de qualquer natureza, conforme art. 5º, *caput*, CFRB/88. Dessa forma, não se admite que os cidadãos sejam tratados de forma diferenciada quando submetidos às mesmas condições.

Nessa toada, evidencia-se a necessidade de mecanismos de uniformização e estabilização das decisões proferidas. Isso se dá em virtude de ser deveras importante fornecer à sociedade segurança jurídica tal que permita previsibilidade acerca de como tal atitude é tratada pelo Estado, independente da pessoa de seu julgador, a fim de possibilitar aos cidadãos uma escolha consciente sobre como se portarão diante de determinadas situações.

⁷ MONTESQUIEU, Barão de (Charles-Louis de Secondat). **Do espírito das leis**. São Paulo. Abril Cultural, 1973. p. 157 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. ob. cit., p. 98.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016. p. 37.

Cumpra salientar que os juízes singulares são relevantes, mas estes devem apenas exercer a função de atribuir sentido à norma até o momento que o Tribunal o faça e confira ao dispositivo analisado a interpretação a ser seguida por todos que o aplicarem. É dever do Poder Judiciário como um todo contribuir para a edificação do Direito junto ao Legislativo e, para tanto, é primordial que valorize e siga sua lógica institucional.⁹

Em razão disso, a adoção do Sistema de Precedentes parece um meio interessante de superar tais problemas. Quando este é utilizado, os magistrados devem observar as decisões já proferidas por um determinado assunto, principalmente quando exaradas por Cortes Superiores. Com a utilização de tal técnica de maneira efetiva, a segurança jurídica da população aumenta expressivamente, pois a chance haver decisões conflitantes sobre uma mesma matéria diminui substancialmente. Desse modo, o personalismo inerente a cada magistrado é mitigado e nos aproximamos de uma jurisdição, de fato, una e coerente.

Luiz Guilherme Marinoni defende que:

Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.

Com a utilização dos precedentes, o texto legal é devidamente aclarado consoante o então tido como melhor entendimento e é estabelecido um padrão para sua aplicação. Isso é extremamente relevante em um ordenamento com tantas normas abertas, que abrem margem para leituras dissonantes. Dessa forma, aumenta substancialmente a precisão dos dispositivos a serem aplicados, o que dificulta a justificação de decisões em sentido contrário ao que deve ser aplicado em observância ao precedente firmado.

Neste ponto, é relevante mencionar que é pressuposto do devido processo legal – e norma constitucional, esculpida no art. 93, IX, CFRB/88¹⁰. A necessidade de fundamentação das decisões é tão relevante ao ordenamento brasileiro que a própria Constituição Federal prescreve uma norma sancionadora, impondo nulidade a quem não observá-la, o que não ocorre com frequência na Carta Magna.¹¹

⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. ob. cit., p. 104.

¹⁰ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das Decisões Judiciais**. 1 ed. – Campinas: Millennium, 2004. P. 27-64.

¹¹DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10 ed. 2015. Salvador:Juspodivum. p. 338

A fundamentação tem uma função endoprocessual, uma vez que permite às partes e ao juiz de segundo grau terem os subsídios necessários para compreenderem adequadamente a decisão, possibilitando uma análise apurada para insurgirem-se contra ela ou não, proporcionando real contraditório e ampla defesa e facilitando seu cumprimento

Mas a este trabalho é ainda mais interessante notar que também possui uma função extraprocessual, sobre a qual são bastante elucidativas as palavras de Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:¹²

Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo.

Além de estarem bem especificadas as razões da decisão, é necessário que estas sejam compatíveis com os entendimentos firmados, haja vista o dever de integridade e coerência imposto aos pronunciamentos judiciais, dispostos no art. 926, CPC. Ainda, dada a imposição de observância dos precedentes, constante do art. 927, CPC, é considerada não fundamentada a sentença 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, nos termos do art. 489, §1º, VI, CPC.

Tendo em vista também que a fundamentação é um elemento essencial à sentença, conforme art. 93, IX, CF/88 c/c art. 489, II, CPC, há que se impor a nulidade da decisão que não siga devidamente o precedente, a menos que o julgador observe entendimento então adotado, mencione seus argumentos e assevere considerações objetivas e justificadas acerca dos motivos que lhe levam a adotar posicionamento contrário, permitido apenas quando há elementos distintivos do caso concreto para o precedente ou superação do entendimento.

A imposição de tais normas fixa padrões delimitados para a prolação de decisões judiciais, contribuindo expressivamente para a despersonalização das demandas e para o atingimento de uma maior igualdade entre os cidadãos. Em razão disso, o uso efetivo de precedentes traz maior força ao Poder Judiciário como instituição, pois eleva sua moral e reputação, na medida em que mitiga as desconfianças acerca de sua idoneidade.

¹²DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. ob. cit. p. 341.

Isso faz com que os jurisdicionados vejam nele, de fato, uma opção adequada para a solução de seus problemas por terem real confiança na instituição. Por óbvio, essa credibilidade é benéfica em diversos aspectos, mas é especialmente relevante em situações em que os cidadãos são forçosamente a ele submetidos, como é o caso de ações de jurisdição voluntária, em que o cidadão muitas vezes se vê obrigado a sujeitar-se ao Estado para realizar o negócio ou ato jurídico desejado, ainda que não haja litígio.¹³

Ademais, a adoção dos precedentes contribui para a previsibilidade, característica essencial à ordem social¹⁴. Com as decisões do Poder Público pautadas em uma racionalidade difundida entre os particulares, há maior estabilidade econômica segurança para quem deseja realizar investimentos no país, já que estes têm a possibilidade de traçar estratégias e realizar planos concretos e de alto investimento para suas empresas, ainda que a longo prazo. Com a confiança existente entre os particulares e os entes públicos e a redução das chances de empregar seus esforços em iniciativas instáveis, o país torna-se mais atrativo para novos projetos, os quais contribuem expressivamente para seu desenvolvimento econômico¹⁵.

Nesse sentido, entende-se a adoção de precedentes como uma técnica extremamente interessante para estabilização das decisões proferidas em âmbito nacional, posto que as uniformiza, assegurando uma real isonomia entre os jurisdicionados sujeitos à mesma situação em diferentes locais e, em alguma medida, também em épocas distintas. Todavia, até mesmo esta estabilidade deve ser temperada, sob pena de o Direito não acompanhar o desenvolvimento vivido pela população e o pensamento social da época em que a decisão está sendo proferida, mas basear-se no que era tido como justo em momento anterior, quando da fixação do precedente.

Para evitar tal situação, é muito importante haver mecanismos especiais para o desenvolvimento do Direito. Como já exposto, a negação do precedente há que ser muito bem fundamentada para não incorrer até mesmo em nulidade da sentença, por contrariar o disposto no artigo 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil. Em razão disso, há procedimentos a serem adotados quando o magistrado acredita que o entendimento firmado sobre o tema em questão ou o que foi suscitado pelas partes não é adequado, como a técnica da sinalização e o *overruling*. No entanto, esses devem ser utilizados com a máxima atenção, para não ferirem o Sistema de precedentes e concomitantemente colaborarem para o aprimoramento do Direito.

¹³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 437.

¹⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016. p. 98-102.

¹⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. ob. cit., p. 109

Capítulo 2: Alteração do pensamento social x ideais do Sistema de Precedentes

Uma vez que vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual todo o poder emana do povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único, CRFB/88, todos os Poderes devem trabalhar de forma harmônica para assegurar os interesses da população, sendo certo que as autoridades estatais apenas a representam. Portanto, sua atuação deve observar as características específicas e o pensamento coletivo que permeia nossa sociedade, mesmo que isso por vezes vá de encontro ao defendido por especialistas do assunto.

Ocorre que o pensamento social evolui com o passar do tempo, posto que diuturnamente surgem novas realidades, as quais alteram a forma como lidamos com as situações. Isso tem ganhado grande relevância ultimamente, pois, com o rápido desenvolvimento da tecnologia, agora temos acesso a mecanismos até mesmo impensáveis poucos anos atrás, que mudam a forma que nos portamos no mundo e certamente a forma como o vemos.¹⁶

Outro importante motivo de transformação do pensamento social é a dialeticidade. É inerente à democracia a coexistência de pensamentos divergentes sobre um mesmo assunto, assim como a possibilidade de defendê-los livremente. Dessa maneira, com os constantes debates, a apresentação de novas ideias e a emergência de novas influências, é natural que as concepções sobre os assuntos sejam alteradas, mesmo que em outra época déssemos a questão como pacificada.

É interessante notar que não é objeto de discussão neste momento se tais variações são benéficas ou representam progresso. Fato é que elas existem e devem ser respeitadas, já que o poder do povo é soberano. Portanto, devem incidir diretamente no conteúdo das decisões proferidas pelo Judiciário, visto que este é apenas um meio para garantir que os cidadãos se portarão em consonância ao defendido pela maior parte da sociedade. Assim, se o pensamento social muda, é necessário que o Direito o acompanhe.

Com o uso adequado, o Sistema de Precedentes na verdade é capaz de dar respostas jurídicas às novas demandas de uma forma muito mais célere do que a lei, a qual passa por um processo de construção muito mais complexo e lento. Entende-se que a jurisprudência muda para que o Direito sirva melhor à sociedade, em razão desta lentidão inerente ao Poder

¹⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016. p. 98-102.

Legislativo¹⁷. Desse modo, grandes questões atinentes ao mundo moderno hoje são reguladas apenas por precedentes judiciais, sem que haja expressa previsão no texto legal, e possuem grande segurança na sua aplicação.

Isso é muito notório no Direito de Família, o qual é inserida em um ambiente decisional frouxo, conforme Tereza Arruda Alvim. Ou seja, inserido em uma seara jurídica em seja exigida grande flexibilidade, pois em razão da rápida mutação das estruturas seguidas pelos cidadãos, é necessária que a jurisprudência tome uma postura mais regulatória, não podendo ser engessada, mas devendo ser sensível à sociedade.¹⁸

Cite-se como exemplo a possibilidade de união homoafetiva com produção de efeitos jurídicos: embora a Lei só reconheça a união entre homem e mulher, conforme art. 1723, CC, após o julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, hoje faz-se uma interpretação do tema consoante a Constituição Federal, devendo sua conversão em casamento ser facilitada, em analogia ao art. 226, § 3º, CFRB/88, que também faz menção expressa apenas à união heterossexual.¹⁹

Note-se que, não obstante ser dissonante do previsto na legislação vigente, tal matéria possui precedentes tão fortes que hoje é praticamente indiscutível e aplicada sem grandes problemas em todo o país. Nota-se a extrema importância também regulatória que os precedentes possuem, pois quando a Lei já não é mais condizente com as necessidades sociais e ainda não foi revista, estes devem ocupar tal papel, conferindo também segurança jurídica e estabilidade, o que só é possível em razão da grande dinamicidade do Sistema de Precedentes.

Entretanto, a utilização irrestrita de precedentes pode gerar decisões conflitantes com a atualidade, caso este seja reiteradamente aplicado sem que seja objeto de um pensamento crítico capaz de avaliar sua adequação ao caso concreto e à temporalidade. Isso não significa que sua adoção é um óbice ao desenvolvimento do Direito, já que a força dos precedentes não é absoluta e estes não são imutáveis em nenhum ordenamento.²⁰ Todavia, é um ponto de alerta a ser observado em sua utilização, a fim que consigamos conciliar os benefícios do Sistema de Precedentes com o avanço do pensamento social.

Sobre este tema, defende João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel²¹:

¹⁷ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: A modulação. **Revista de Processo**. Vol. 212. 2021. p. 301-330.

¹⁸ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: A modulação. Ob. cit. p. 301-330.

¹⁹LIMA, A. M. M. de; LEÃO, L. N. Casamento Homoafetivo No Brasil: Uma análise a partir do art. 226 da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 108. 2018 . p. 43 - 69 .

²⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios...**, ob. cit., p. 140-141.

²¹PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes Judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. **Revista de Processo**. Vol. 290. p. 373 - 410 .2019.

a aplicação dos precedentes deve levar em consideração além dos argumentos jurídicos, argumentos acerca do contexto histórico à época do caso que incorreram à decisão em determinado sentido e, ainda, argumentos relativamente aos fatores socioculturais do local e ao modo de vida da população abrangida pelas decisões. Assim ocorre, posto que tais fatores são de importância fulcral, no sentido de poderem estes “variar conforme as épocas e os lugares”, mesmo em um lapso temporal não muito longo (principalmente tomando em consideração o momento histórico atual).

Em razão disso, existem técnicas a serem utilizadas quando o julgador depara-se com um caso concreto em que o precedente existente sobre o tema não parece adequado à solução da lide. Tal fato pode se dar devido aos fatos do processo em julgamento não serem completamente compatíveis com os fatos que ensejaram o precedente em observação ou pelo entendimento ali exposto já ter sido superado, situações em que se aplicam as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, respectivamente, que serão abaixo minudenciadas. Devido a isso, Luiz Guilherme Marinoni defende que “o direito que convive com um sistema de precedentes obrigatórios nada tem de estático ou insuscetível de alteração ou adaptação às novas realidades e diferentes situações.”.²²

a) Distinguishing:

A técnica do *distinguishing* é utilizada quando se percebe que os fatos do caso em julgamento são diferentes dos casos que embasaram os precedentes, portanto o raciocínio não lhe seria aplicável em razão da existência de peculiaridades do caso em tela.²³ O precedente permanece válido, mas terá seu uso excepcionado por não ser correspondente à discussão apresentada.

O *distinguishing* é, em certa medida, uma técnica mais simples, mas que não pode ser olvidada, em razão da observância obrigatória dos precedentes disposta no Código de Processo Civil. Este decorre de uma conclusão lógica de que, se para fatos iguais deve ser aplicado o mesmo direito, conseqüentemente para fatos diferentes devem ser aplicados direitos distintos.

Nesse sentido, é extremamente importante observar que não bastam os fatos serem dissonantes para que o precedente não ser aplicável, posto que as atitudes humanas são

²²MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit.. p. 236.

²³FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo**. Vol. 252. 2016. p. 371-385

deveras complexas e alguma distinção fática entre as causas quase sempre existirá. É necessário que os fatos em que se baseiam a razão de decidir do precedente levantado como aplicável não encontrem correspondência no caso em análise, não bastando que as diferenças limitem-se a fatos irrelevantes para o juízo da questão. Portanto, é importante que o juiz argumente objetivamente acerca das diferenças existentes e constate que estas são substanciais a ponto de configurarem distinção material.²⁴

Sob este diapasão, é fundamental realizar uma análise do precedente separando sua *ratio decidendi* de seu *obiter dictum*, a fim de compreender o que realmente é motivo de não aplicação de tal entendimento. Quando se compreende as peculiaridades de cada um, torna-se possível entender qual distinção é material e, portanto, capaz de ensejar outro entendimento sobre o caso, e qual é formal e irrelevante à solução da lide.²⁵

O *obiter dictum* é a parte da fundamentação que não se relaciona essencialmente à solução do problema disposto, mas está presente porque é útil a melhor elucidação do raciocínio aplicado. São análises que se fazem presentes na sentença, mas possuem uma função marginal e servem para tornar o precedente mais compreensível, já que, como exposto alhures, esta é uma característica indispensável, posto que é responsável por sua difusão e maior aplicação. Dessa maneira, possui meramente caráter auxiliatório e não vinculante.²⁶ Em razão disso, se a distinção encontrada for apenas atinente ao *obiter dictum*, não será motivo de negar a aplicação do precedente e realizar o *distinguishing*.

Assim como devemos nos ater aos fatos relevantes, devemos garantir que nos detenhamos aos argumentos que produzem efeitos mais expressivos, pois são eles que, em verdade, produzem o entendimento pacificado acerca daquela matéria a ser observado pelos julgadores, configurando a *ratio decidendi*. Essa, por sua vez, trata-se da exposição dos motivos necessários e suficientes pelos quais o caso foi decidido, momento no qual o julgador deve esclarecer e expor a tese jurídica adotada, bem como a interpretação a ser conferida à norma jurídica em tela. É a parte que, de fato, possui eficácia prospectiva por constituir o núcleo essencial da decisão.²⁷

Portanto, o *distinguishing* só tem lugar quando os fatos nos quais a *ratio decidendi* funda-se não forem completamente compatíveis ao processo em exame, pois, só então, haverá

²⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit.. p. 232.

²⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit.. p. 231.

²⁶PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes Judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. **Revista de Processo**. Vol. 290. 2019. p. 373 - 410.

²⁷PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes Judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. Ob cit. p. 373 - 410.

verdadeira diferença material. Sua identificação faz-se primordial, uma vez que a *ratio decidendi* é responsável por delimitar a aplicação dos precedentes judiciais.²⁸

Sua aplicação permite a evolução do Direito, pois o torna maleável para lidar com as novas circunstâncias que o mundo moderno nos apresenta. Entende-se que é uma técnica essencial à conciliação da estabilidade inerente aos precedentes com o desenvolvimento do raciocínio jurídico, pois permite a aplicação de novos entendimentos a novas situações, mas preserva o precedente que ainda é suficiente para tratar do problema que o originou.²⁹

b) Overruling:

Como dito, é frequente que o pensamento social se altere expressivamente, mesmo sobre uma questão já pacificada. Sendo assim, é necessário que existam mecanismos para revogar os precedentes que já não se fizerem mais compatíveis com a nova concepção firmada sobre o assunto. Para cumprir tal função, surge o *overruling*, o qual possui papel de destaque, uma vez que permite que a prestação jurisdicional prestada seja compatível com o momento temporal em que está inserida.

Nesse sentido, Melvyn Eisenberg aduz que para a revogação de um precedente este deve não mais representar congruência social e sistêmica. Isso ocorre quando ele passa a negar proposições morais, que determinam se tal conduta é tida como certa ou errada pela comunidade; políticas, que analisa se há boa ou má-fé na atitude analisada; e de experiência, que a analisa consoante a vivência da população.³⁰

Quando objetivamente comprovado que o entendimento até então utilizado está ultrapassado e não condiz mais com que a sociedade pensa, sendo reiteradamente criticado pelos doutrinadores, deve-se revogar tal precedente para garantir que as decisões sejam, de fato, justas. Para tanto, utiliza-se da técnica do *overruling*.

Nesse sentido, Melvyn Eisenberg aduz que para a revogação de um precedente este deve não mais representar congruência social e sistêmica. Isso ocorre quando ele passa a negar proposições morais, que determinam se tal conduta é tida como certa ou errada pela comunidade; políticas, que analisa se há boa ou má-fé na atitude analisada; e de experiência, que a analisa consoante a vivência da população.³¹

²⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit.. p. 235.

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit.. p. 236.

³⁰EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press. 1998. p. 14 - 104 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit..., p. 253.

³¹EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press. 1998. p. 14 - 104 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit..., p. 253.

É certo que esta técnica não pode ser utilizada indistintamente, sob pena de ferir todo o ideal do Sistema de Precedentes e trocar a tão desejada estabilidade por incertezas e falta de confiança no Judiciário. Esta não é uma forma de burlá-lo, entretanto, diante da extrema dinamicidade social, é importante que tenhamos mecanismos para lidar com situações excepcionais.

Outrossim, há que se observar a congruência sistêmica. As decisões proferidas pelo Judiciário não podem ir de encontro ao que está sendo produzido e acatado pelo ordenamento brasileiro, sendo impositiva a aplicação do *overruling* quando há repetidas distinções judiciais.³²

Nesse diapasão, é interessante notar que apenas o Tribunal que instituiu um precedente pode revogá-lo, não podendo tal mecanismo ser utilizado por um juiz de instância inferior e, então, submetido à força do precedente³³. Todavia, mesmo que este seja o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula e detentor da palavra final dos julgamentos no Brasil, seus Ministros devem se atentar ao reproduzido nas instâncias inferiores, dada a institucionalidade do Poder Judiciário, para averiguar se o precedente está sendo reproduzido ou não, o que pode sinalizar eventual precariedade.

Cumprir destacar que a crítica doutrinária possui papel essencial neste ponto, visto que é responsável por difundir a fragilidade do precedente perante os operadores do Direito de modo que evita alegações de confiança justificada ou surpresa injusta.³⁴ Isto também é

³²PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes Judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. Ob. cit., p. 373 – 410.

³³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob. cit., p. 143.

³⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob. cit., p. 254.

importante para que a confiança nos outros precedentes seja mantida, já que não permite que precedentes sejam superados sem um movimento anterior que propicie aos jurisdicionados ao menos vislumbrar a iminente revogação.

Portanto, é fundamental que a inconsistência do precedente com a atualidade seja severa e reiteradamente criticada tanto pela doutrina quanto pelo próprio Judiciário. Assim, garante-se que um precedente não será revogado por vontade de juízes isolados ou uma minoria, respeitando a estabilidade.³⁵

Sobre o tema, deve-se atentar que o *overruling* normalmente possui efeitos retroativos. Ainda que a conduta tenha sido praticada e até mesmo ajuizada enquanto outro entendimento vigorava, a sentença deve observar o precedente vigente na data de sua publicação.³⁶ Embora isso pareça ferir a confiança, deve-se entender que nenhuma mudança social ocorre repentinamente, mas vai sendo construída paulatinamente no âmbito da comunidade, posteriormente criticada no âmbito acadêmico e judicial para então chegar ao ponto de revogar um precedente. Além disso, em casos em que o julgador entenda haver necessidade, há a possibilidade de realizar a modulação de efeitos no tempo, consoante art. 927, §3º, CPC.

Ainda, para assegurar que não haverá mudanças bruscas de posicionamento, existem técnicas precedem o *overruling* para difundir a fragilidade do entendimento firmado e anunciar um novo que passará a vigor. Tais mecanismos devem ser utilizados de maneira eficiente para garantir a segurança jurídica da população e que o Direito consiga evoluir sem maiores perturbações, sendo assegurado à população à confiabilidade necessária ao Estado de Direito.³⁷

Capítulo 3: A modulação de efeitos do *overruling* como alternativa

Deve-se atentar que atualmente o *overruling*, via de regra, possui efeitos retroativos. Ainda que a conduta tenha sido praticada e até mesmo posta para discussão em juízo enquanto outro entendimento vigorava, a sentença deve observar o precedente vigente na data de sua publicação.³⁸

³⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit.. p. 259.

³⁶PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes Judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. Ob. cit. p. 373 – 410.

³⁷ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: A modulação. Ob. cit., p. 301-330.

³⁸PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes Judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. ob. cit. p. 373 – 410.

Parte da doutrina acredita ser importante que o *overruling* não possua efeitos prospectivos, pois em tese, isso acarretaria problemas, sendo o principal deles o juiz agir como legislador ao auferir efeitos *ex nunc* à sua decisão. Por isso, questiona a compatibilidade da função jurisdicional com tal fenômeno.³⁹ Naquela tese, isso feriria a tripartição dos poderes, pois daria força normativa capaz de pautar as ações do jurisdicionado, o que é rechaçado pelos processualistas mais tradicionais. Há resistência por não considerarem válido que o Judiciário imponha padrões de conduta aos cidadãos.

Em razão disso, na maior parte da Europa não se dá ao *overruling* a capacidade de projetar efeitos apenas para o futuro,⁴⁰ até mesmo em países com grande influência do *common law*, como Alemanha, em virtude da influência exercida pela teoria declaratória, segundo a qual o juiz meramente declara o direito e não o produz, não dando espaço à atividade criativa no âmbito do Judiciário.⁴¹

Todavia, em uma análise mais moderna do ordenamento, entende-se que também nas decisões judiciais há força normativa, haja vista que não apenas o texto legislativo vincula a decisão a ser proferida nos julgamentos, mas também a interpretação dada a ela, conforme já exposto. Devido a isso, o *prospective overruling* vem ganhando espaço, especialmente nos Estados Unidos, onde há grande inspiração em doutrinas de Realismo e Pragmatismo Jurídico, as quais reconhecem o poder de criação dos juízes, baseado em análises de experiência.⁴²

Cumprir destacar que no Brasil a Lei é a fonte imediata de Direito, mas não é a única. Isso porque há possibilidade de que analogia, costumes e princípios também emanem juridicidade, conforme expressamente previsto no art. 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB. Dessa maneira, quando a norma é omissa deve-se decidir com base em instrumentos auxiliares, como a jurisprudência, sendo esta uma fonte mediata ou secundária de Direito.⁴³

Nesse contexto, um instituto interessante a ser observado a título de elucidação é o ilícito civil, que muito diferencia-se do ilícito penal neste ponto. No ilícito penal considera-se

³⁹ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: A modulação. Ob. Cit., p. 301-330.

⁴⁰ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de; GONÇALVES, Gláucio Maciel. 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**. Vol. 258. 2016. p. 357 – 385.

⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ob cit.. p. 25-31.

⁴²ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de; GONÇALVES, Gláucio Maciel. O *prospective overruling* ... Ob. cit.. p. 357 – 385.

⁴³FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 120.

antijurídico apenas o que é típico, ou seja, previsto em lei desta forma; já no ilícito civil é observado todo o fenômeno cultural e os direitos, deveres e princípios fundamentais que regem a sociedade. Os arts. 186 e 187, CC, que definem ato ilícito, são normas vagas e imprecisas, cujo significado é alterado conforme a dinâmica social e definido por quem as aplica.⁴⁴ Exemplo disso é o abandono afetivo, que não possui previsão legal, mas atualmente é tido como ato ilícito por representar o não cumprimento do dever de convivência, entendimento pacífico e amplamente aplicado.

Quem interpreta o ordenamento de modo a decidir qual fato vai de encontro a ele ou não é o juiz, quando do julgamento dos casos que aprecia. Portanto, é evidente que as decisões judiciais também determinam a licitude ou ilicitude dos fatos, devendo os jurisdicionados observarem-nas para evitarem futuras sanções.

Há que se destacar que em nosso país os precedentes devem ser observados, nos termos do art. 927, CPC, e, portanto, influenciam na resposta jurisdicional a ser dada aos casos em julgamento. Sendo assim, por óbvio, os cidadãos já pautam seu comportamento e planejam suas ações conforme o precedente vigente no momento. Esta é, inclusive, uma das justificativas do Sistema de Precedentes: uniformizar a jurisprudência para gerar previsibilidade e segurança jurídica à sociedade. Em razão disso, o enunciado 323 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC, editado em março de 2017, dispõe que a formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Sob esta ótica, parece manifesta a necessidade de o julgamento do caso respeitar o precedente vigente à época do fato, justamente em respeito à confiança justificada do cidadão que moldou suas atitudes para não ser sancionado pelo Judiciário. É extremamente importante que conheçamos as “regras do jogo” se a elas estivermos submetidos, não sendo possível que sejamos sancionados por termos atitudes que até então eram tidas como lícitas. Sobre o assunto, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco defendem que “[o] direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas construídas *a posteriori* possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico.”⁴⁵

Dessa forma, o então tido como principal problema do efeito prospectivo do *overruling* – fazer com que o jurisdicionado pautar sua conduta com base em atos do Poder

⁴⁴FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2015

⁴⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 314-315.

Judiciário – não parece fazer sentido, dado que isto já acontece reiterada e arrazoadamente, independente do ideal que possa ser almejado por alguns juristas. Como já repisado, o Direito deve adequar-se à realidade do pensamento social contemporâneo e não o contrário, motivo pelo qual não podemos pautar os efeitos jurídicos de tal instituto com base em aspirações utópicas.

O *overruling* com efeitos retroativos como regra parece gerar mais efeitos negativos do que positivos, na medida em que faz com que sejam aplicados entendimentos que não coadunam com o momento em que a atitude foi tomada, podendo gerar sanções a atos tidos como lícitos à época em que foram cometidos.⁴⁶

Por outro lado, um argumento mais forte e coerente sobre a força retroativa dos precedentes dá-se no sentido de que, se o entendimento até então aplicado estava equivocado, deve-se garantir que o máximo de pessoas possível não sejam prejudicadas por ele.⁴⁷ Ao aplicar os efeitos retroativos, mais casos seriam decididos conforme o novo entendimento firmado, posto que sua aplicação abarcaria também casos pretéritos. Realmente, é um ponto de vista lógico, mas que não pode ser aplicado indistintamente. É necessário que se faça um sopesamento entre o direito superado e o quanto sua observância imediata fere a segurança jurídica do cidadão.

Ainda, é importante destacar que tal sopesamento deve analisar as características do caso concreto, mas não pode olvidar-se que a segurança jurídica é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal e que permeia todo o ordenamento jurídico. Assim, tem-se que este tende a prevalecer sobre direitos infraconstitucionais, a menos que seja feito um juízo de equidade nas hipóteses previstas em lei.

Novamente, para nos lembrarmos das normas básicas de Direito é necessário retornar à LINDB, a qual positiva o brocardo *tempus regit actum*. Em seu art. 24, essa dispõe que a revisão na esfera judicial quanto à validade de ato 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. Ressalte-se que tal dispositivo foi introduzido na legislação pela Lei nº 13.655, de 2018, ou seja, é posterior à promulgação do Código de Processo Civil de 2015, ocasião na qual os operadores do Direito ao analisarem a modulação

⁴⁶ASSIS, GONÇALVES, Guilherme Bacelar Patrício de, Gláucio Maciel. *O prospective overruling ...* Ob. cit., p. 357 – 385.

⁴⁷MARINONI, Luis Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada nos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**. Vol. 906. 2011. p. 255-284

de efeitos do art. 927, §3º, CPC, entenderam-na como aplicável apenas em casos excepcionais.⁴⁸

Tal dispositivo parece ser um importante óbice aos efeitos retroativos dos precedentes judiciais, já que o ordenamento é sistêmico e as normas possuem efeitos umas sobre as outras, ainda que não estejam dispostas na mesma lei e não haja menção expressa sobre isso nos dispositivos sob análise. Dessa forma, a interpretação da lei anterior deve se dar conforme a lei posterior, sendo até mesmo por ela revogada quando incompatíveis ainda que não o declare, conforme art. 2º, §1º, LINDB.

Assim, o art. 927, §3º, CPC, – ao dispor que quando houver alteração de jurisprudência dominante pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica – deve ser interpretado conforme o princípio da segurança jurídica e o art. 24, LINDB, ou seja, observando a vedação de que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Disso, conclui-se que a modulação de efeitos deve ser a regra para o *overruling*, já que garante a segurança jurídica do cidadão que pautou sua conduta no precedente vigente e perfectibilizou-a à época em que este vigorava. Isso porque o *prospective overruling*, em verdade, tutela os atos e negócios jurídicos eivados de boa-fé e em consonância com as orientações correntes à época de sua realização. Deste modo, visa à proteção das legítimas expectativas e da confiança justificada dos cidadãos⁴⁹, pautando-se no direito fundamental à segurança jurídica.

Sobre o assunto, são as lições de Voltaire de Freitas Michel e Marc Antoni Deitos⁵⁰:

Há uma tensão própria na ordem jurídica entre os valores da segurança jurídica, que se desdobra na irretroatividade dos atos estatais, e o valor da própria preservação da eficácia das normas cogentes, sobretudo as normas constitucionais. A retroação de uma norma ou de uma decisão judicial viola a justa expectativa dos usuários da ordem jurídica que acreditaram na sua integridade; ao mesmo tempo, como se verificou no debate sobre a modulação de efeitos no processo constitucional, a supremacia da Constituição impõe à jurisdição constitucional o dever de condenar os atos praticados em desconformidade com a ordem jurídica.

⁴⁸ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: A modulação. Ob. Cit., p. 301-330.

⁴⁹MARINONI, Luis Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada nos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**. Vol. 906. 2011. p. 255-284

⁵⁰MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni. Perspectivas para a modulação de efeitos da decisão nos recursos especiais. **Revista de Processo**. Vol. 306. 2020.

Dessa forma, percebe-se que a modulação de efeitos conferida à decisão que altera o precedente torna-se um mecanismo extremamente interessante. Isso porque permite que o Direito se desenvolva e sejam adotadas teses tidas como mais adequadas ao que está sendo discutido e, concomitantemente, preserva aqueles que de maneira consciente e diligente observaram o entendimento que vigorava no momento em que tomaram decisões acerca de como agiria. Esta técnica parece atender às expectativas da maioria da população, já que não exige exímio conhecimento jurídico, sendo mais acessível aos cidadãos.

Em sentido oposto, técnicas que difundem o novo entendimento a ser firmado como a técnica da sinalização, embora sejam realmente proeminentes, demandam que haja uma análise recorrente e muito aprofundada das decisões proferidas pelos Tribunais. Para percebê-las, é necessário ler e compreender efetivamente o que está sendo discutido nas longas fundamentações. Em um país em que o nível de analfabetismo funcional chega a 30%⁵¹, acreditar que a mera exposição de uma nova tese nas motivações de uma decisão que concluiu por sua não aplicação é capaz de minar a confiança justificada que a população detinha no precedente e a previsibilidade que este gerou, parece ser bastante utópico, principalmente ao se levar em conta as condições sociais do Brasil e o nível de conhecimento jurídico de sua população. Em razão disso, deve-se priorizar o uso de técnicas de fácil compreensão e que garantam que os princípios fundamentais do Estado sejam observados.

A técnica da modulação de efeitos prevista no art. 927, §3º, CPC, parece bastante eficiente e em consonância com a base principiológica do Direito brasileiro em geral, mas especialmente com o ora defendido Sistema de Precedentes. Isso porque este dispositivo concilia de maneira muito inteligente o avanço do pensamento jurídico com a previsibilidade necessária ao bom funcionamento da ordem social. Cumpre destacar que um de seus fatores mais interessantes é a possibilidade que dá ao julgador de decidir conforme o caso concreto quando o *overruling* deve ter efeitos retroativos ou não, observando as especificidades da situação e analisando qual será a prestação jurisdicional mais eficaz a cada caso, como deve ser.

Conclusão

Por todo o exposto, percebe-se que hoje no Brasil a atividade jurisdicional é também entendida como um instrumento a formar juízo de valor acerca do conteúdo da legislação. Isso muitas vezes é necessário porque a Lei não é perfeita e frequentemente abre margem a

⁵¹ Instituto Paulo Montenegro. 2018. [Instituto Paulo Montenegro - Relatórios \(ipm.org.br\)](http://ipm.org.br) . Acesso em 24/02/2021.

interpretações diversas sobre o sentido da norma ou deixa de abarcar situações de fato que chegam até a apreciação do juiz. Dessa forma, embora seja desejável que os magistrados em alguma medida atuem ativamente para melhor solucionar o caso, percebe-se que cada magistrado é influenciado por seu passado, modo de criação e até mesmo por sua região, o que traz imensa insegurança à população e vai contra o caráter institucional do Poder Judiciário.

Portanto, a fim de evitar que cada juiz aplique uma interpretação diferente e baseada em suas convicções pessoais, deve-se procurar mecanismos para garantir que o melhor entendimento sobre cada tema seja aplicado a todos os jurisdicionados, de modo a garantir a isonomia, segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade. Nesse contexto, o Sistema de Precedentes surge como um excelente meio de uniformização das decisões, capaz de gerar nos cidadãos maior sentimento de confiança no Poder Judiciário, assim como previsibilidade tamanha que o país possa ser entendido como um local estável e apto a receber investimentos a longo prazo. Dessa forma, traz benefícios tanto à esfera individual quanto à coletiva.

Além disso, resta manifesto que o Sistema de Precedentes é compatível com o desenvolvimento do Direito. Isso porque, embora busque por estabilidade, este não é imutável, mas adapta-se às novas realidades e aos novos entendimentos adotados. Esta harmonia se dá em razão de o Sistema de Precedentes possibilitar, sim, a superação de entendimentos ultrapassados, mas assegura que isso seja feito de maneira gradual, protegendo as garantias individuais dos cidadãos e primando pela não surpresa.

Em virtude disso, entende-se que é muito relevante que quando um entendimento estiver em vias de superação, sejam utilizadas técnicas para garantir que aqueles brasileiros que pautaram suas ações no precedente então vigente não sejam prejudicados, em observância à proteção sistêmica à boa-fé.

Nesse sentido, o *distinguishing* é um mecanismo muito interessante, uma vez que permite que surjam entendimentos consolidados sobre novas situações de fato antes ignoradas, sem que seja necessário olvidar-se de tudo o que já foi construído e pacificado sobre o que já se conhecia.

Já quando se deseja superar um precedente, a aplicação do *overruling* é também uma excelente escolha, já que este possui mais difusão entre o povo e garante a coerência nas decisões, aplicando o considerado melhor e mais atual argumento já ao caso *sub judice*. Todavia, há que ser revisto o atual uso desse mecanismo, que possui efeitos retroativos como regra. Isso porque tal efeito temporal traz grande insegurança aos cidadãos, visto que possibilita que atos que à época do fato eram tidos como lícitos sejam sancionados por uma

alteração de entendimento unilateral. Ressalte-se que o cidadão médio não possui meios para prever qual entendimento até então pacificado será alterado e será capaz de gerar-lhe punições anos depois, à época do proferimento de uma eventual sentença. Em virtude disso, o efeito retroativo também traz indesejadas surpresas aos jurisdicionados.

Acredita-se que a modulação de efeitos quando do uso do *overruling*, técnica prevista no art. 927, §3º, CPC, deve ser mais amplamente aplicada, até mesmo sendo considerada a regra sobre o assunto. Por outro lado, a aplicação dos efeitos retroativos deve-se ater a situações excepcionais, apenas em casos em que isso socorra melhor aos interesses dos cidadãos. Isso porque os efeitos prospectivos protegem as expectativas legítimas dadas à sociedade, que pauta suas atitudes em observância ao que é considerado lícito pelo Estado no momento em que a conduta está sendo tomada.

Portanto, entende-se que o *overruling* com efeitos prospectivos é capaz de melhor conciliar os princípios do Sistema de Precedentes, notadamente a segurança jurídica e a previsibilidade, com a adoção de entendimentos considerados melhores e mais atuais no âmbito jurídico. Desse modo, assegura-se o efetivo desenvolvimento do Direito ao mesmo tempo que se mantém fiel aos ideais que regem tal sistema e protegem-se os direitos fundamentais dos cidadãos.

Referências Bibliográficas

ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: A modulação. **Revista de Processo**. Vol. 212. p. 301-330. 2021

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de; GONÇALVES, Gláucio Maciel. 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**. Vol. 258. 2016. p. 357 – 385.

AMBRÓSIO, Gabriela. Psicologia do Juiz. **Revista de Direito Econômico Socioambiental**. Vol 3. p. 491-503. 2012

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício; GONÇALVES, Gláucio Maciel. 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**. Vol. 258. 2016. p. 357 – 385.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 19 ed. Salvador: Juspodivm. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivum. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 3. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Atlas. 2015.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 3. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2015.

FENSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015. **Revista de Processo**. Vol. 252. 2016. p. 371-385

Instituto Paulo Montenegro. 2018. Instituto Paulo Montenegro - Relatórios (ipm.org.br) . Acesso em 24/02/2021.

Lima, A. M. M. de; LEÃO, L. N. Casamento Homoafetivo No Brasil: Uma Análise A Partir Do Art. 226 Da Constituição Federal De 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 108. P. 43 – 69.

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni. Perspectivas para a modulação de efeitos da decisão nos recursos especiais. **Revista de Processo**. Vol. 306. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4 ed. São Paulo. Thomsom Reuters. Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luis Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada nos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**. Vol. 906. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni. Perspectivas para a modulação de efeitos da decisão nos recursos especiais. **Revista de Processo**. Vol. 306. 2020.

PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. Os precedentes Judiciais e os mecanismos de sua flexibilização e superação. **Revista de Processo**. Vol. 290. p. 373 - 410 .2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.