

IV

OS EFEITOS DA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

The effects of the judicial precedentes overcoming

Eddie Parish Silva

Advogado. Especialista em Processo Civil. Professor. Mestrando em Direito pela UFBA. E-mail: eddieparis@hotmail.com

Recebido em 2.03.2014

Aprovado em 13.05.2014

RESUMO: O presente artigo aborda os efeitos da superação dos precedentes, retroativos e prospectivos, apurando qual e quando cada um deles será utilizado, na tentativa de estabelecer um regramento para o seu manejo. O artigo conclui pela necessidade de diferenciar a técnica de aplicação dos precedentes dos possíveis resultados desta aplicação, uma vez que o confrontamento de casos é uma técnica que distingue os casos para avaliar as suas aproximações ou diferenciações.

Palavras-chave: Precedente – Revogação – Confiança – Retroativo – Prospectivo.

ABSTRACT: This article discusses the effects of overcoming of judicial precedents, previous, retrospective and prospective, determining where and when each one will be used in an attempt to establish a regulation for their management. The article concludes that is needed to differentiate between the application technique of precedents from the possible results of the previous implementation, since the confrontation of cases is a technique that distinguishes between cases to evaluate their approximations or differentiation.

Keywords: Precedent - Overruling - Reliance - Restrospective - Prospective.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Técnica de Aplicação do Precedente: Confronto de Casos (*Distinguishing*). 3 Hipóteses de Superação dos Precedentes. 4 Técnicas de Superação dos Precedentes. 4.1 *Overruling/Revirement*. 4.2 *Overriding/Modifying*. 5 Técnica de Sinalização (*Signaling*). 6 Efeitos da Superação de Precedentes. 6.1 Efeitos Retroativos. 6.2. Efeitos Prospectivos. 6.3 A Medida dos Efeitos: A Proteção da Confiança Justificada. 7 Conclusão. 8 Referências

1. Introdução

No âmbito da *common law* a revogação dos precedentes é tema que traz grande controvérsia acerca dos efeitos que tal revogação possui, se retroativo ou prospectivo.

Em geral, é quase que pacífico dentre os estudiosos desta tradição jurídica a afirmação de que os efeitos da revogação dos precedentes são, em regra, retrospectivos e, excepcionalmente, prospectivos.

Cada vez mais, entretanto, há uma preocupação com a segurança jurídica e, principalmente, com a proteção da confiança daquele que confiou nos julgados e assim pautou suas ações.

Considerando o entendimento pacífico e a necessidade de proteção da confiança, o presente artigo pretende avaliar se, primeiramente, há uma regra a ser seguida na aplicação dos efeitos da revogação dos precedentes e, segundo, se a aplicação dos efeitos retrospectivos é, de fato, a regra.

Para isso, se fez necessário abordar a técnica de aplicação dos precedentes, bem como os resultados possíveis derivados desta aplicação: *distinguishing* e *overturning*. Depois de diferenciados os institutos, examinou-se as hipóteses de superação dos precedentes e as técnicas disponíveis para tal mister: *overruling* e *overriding*, avaliando-se, também, a conveniência e utilidade da técnica de sinalização (*signaling*).

Por fim, o presente artigo analisa os efeitos decorrentes da superação dos precedentes: *retrospective overruling* e *prospective overruling*, percorrendo pelas suas diferenciações e hipóteses de aplicação para, ao final, conseguir estabelecer um regramento para a aplicação de um ou de outro efeito, levando em conta a necessidade de proteção da confiança.

2. Técnica de Aplicação do Precedente: Confronto de Casos (*Distinguishing*)

A aplicação da teoria dos precedentes necessita de pelo menos dois casos, um anterior (precedente) e um atual (caso em julgamento). Esta conclusão é intuitiva¹, pois para se aplicar a *ratio decidendi* de um caso tido como precedente a um caso sob julgamento é necessário comparar ambos, analisando-se as suas circunstâncias fáticas.

A atividade de comparar é algo natural da teoria dos precedentes, não é forçado, flui da própria aplicação do *stare decisis*. Como afirma Mario G. Losano², diante de um caso concreto o juiz deve, primeiramente, perguntar-se como foram decididos anteriormente casos análogos, daí já começa a comparação.

O magistrado imerso na teoria de respeito aos precedentes, antes de iniciar o julgamento do caso, deve certificar-se de decisões anteriormente proferidas em casos semelhantes ao que está julgando.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2011, p. 159.

² LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 335.

Nesta busca, sua atividade consiste em comparar casos anteriores com o caso em análise³.

Como explica José Rogério Cruz e Tucci⁴ trata-se do método de “raciocinar caso a caso”. Lembra o autor que o juiz ao examinar o mérito da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados, raciocinando-se, pois, do particular para o geral. Assim, o processo hermenêutico utilizado tem por escopo estabelecer se, efetivamente, os casos são análogos e, por via de consequência, se deve aplicar a *ratio decidendi* do precedente, ou não.

Ao manejar esta teoria, busca-se no precedente a regulação de um caso anterior semelhante ao que se está em julgamento. A procura, então, é por um julgado que tenha apreciado fatos semelhantes aos que se apresentam para julgamento, no intuito de extrair daquele a regra, de forma objetiva e precisa, que foi empregada para resolver o problema apresentado. Busca-se uma descrição objetiva e não um fim a ser atingido. O precedente serve para demonstrar de forma precisa e clara, e não de forma ideal, como se deve julgar um determinado conjunto de fatos.

³ Andréia Costa Vieira explica, por exemplo, que na Inglaterra Somente no século XIX ficou estabelecido o respeito absoluto aos precedentes, o que era feito se utilizando, sobretudo, dos *law reports*. Todavia, a seleção dos casos constantes nestes relatórios nunca seguiu, e ainda não segue, uma forma objetiva, são julgados selecionados das mais diversas formas, o que não quer dizer, entretanto, que para se tratar de um precedente precise estar constando ali, de maneira que os julgados não constantes dos *law reports* também são precedentes, inobstante sua aceitação não seja a mesma em detrimento dos julgados catalogados. VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 118.

⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 181-182.

O *distinguishing* é técnica da qual se vale a teoria dos precedentes, a fim de, confrontando causas, verificar se o caso em apreço é, ou não, diferente do precedente invocado. Caso a diferença exista, é porque os casos são diferentes, operando-se aí o *distinguishing*; caso sejam semelhantes a ponto de permitir a aplicação da *ratio decidendi* do caso precedente, é porque o *distinguishing* não se operou e a regra inserta no precedente deve regular também o caso em julgamento.

Fala-se em caso semelhante, e não igual. Isto porque, conforme esclarece Robert Alexy⁵, não existem dois casos exatamente iguais, todos os casos quando confrontados apresentam diferenças, de maneira que a questão é aferir qual a relevância desta diferença para efeitos de diferenciação entre eles⁶. Para o autor⁷, o uso dos precedentes passa por duas regras: a) quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; b) quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.

Explica Luiz Guilherme Marinoni⁸ que diferenças fáticas entre casos nem sempre são suficientes para diferenciá-los. Não basta o juiz apontar fatos diferentes ao confrontar causas, é necessário que esta divergência seja substancial a ponto de justificar a diferenciação.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 268.

⁶ No mesmo sentido ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 302.

⁷ ALEXY, op. cit., p. 270.

⁸ MARINONI, op. cit., p. 327.

Isto não significa dizer que o precedente não tem validade como tal, tampouco significa sua revogação, mas tão somente a afirmação de que aquele precedente não se aplica ao caso em análise. Francisco Rosito⁹ afirma que a técnica de distinção não é propriamente de superação dos precedentes, já que não é a proposição jurídica, mas sim a demonstração que os motivos determinantes do precedente não se aplicam ao caso em apreço.

Ocorre que, é muito comum baralhar o *distinguishing* como método e o *distinguishing* como resultado. A técnica de confronto de casos, como se viu, é intrínseca a operacionalização da teoria dos precedentes, entretanto, tal técnica não pode se confundir com um dos possíveis resultados advindos desta comparação.

Ao se deparar com um precedente, deve o magistrado compará-lo ao caso em apreço, aplicando assim a técnica de confronto de casos (*distinguishing* método¹⁰). Desta aplicação alguns resultados são possíveis, dentre os quais a de que os casos não se assemelham e, portanto, o precedente é distinto do caso sob julgamento (*distinguishing* resultado).

Pode ocorrer, por exemplo, que ao confrontar os casos se conclua que eles são semelhantes, mas que o precedente encontra-se obsoleto ou errado, de maneira que se faz necessário superá-lo (*overruling* ou *overriding*), sendo este um dos possíveis resultados também. Mas não

⁹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 300.

¹⁰ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 394.

é porque o precedente será superado que se deixou de comparar os casos.

O *distinguishing*, então, pode ser utilizado ora como meio de aplicação dos precedentes, ora como resultado. Inobstante guardarem a mesma nomenclatura é importante que o operador do direito tenha ciência de que ao comparar casos, estará ele utilizando a técnica de distinção, embora o resultado obtido não necessariamente seja diferenciação dos casos, mas também a sua aproximação.

3. Hipóteses de Superação dos Precedentes

Dentre os pontos positivos de um sistema jurídico baseado no respeito aos precedentes encontra-se a estabilidade do sistema, pois dá ao cidadão senso de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas¹¹.

Por outro lado, dentre as críticas deste sistema está sua rigidez, representada como um obstáculo ao desenvolvimento do direito, o que compromete a sua mobilidade no tempo. Maurício Ramires¹² chega a dizer que, na utilização dos precedentes vinculantes, o aplicador do direito fica ao mesmo tempo desonerado e impedido de pensar a respeito da justificação do direito, que lhe são previamente dadas, bastando realizar juízos de adequação.

¹¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 298.

¹² RAMIRES, Maurício. *A aplicação de precedentes no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 55.

Ocorre que, como afirmam Lenio Luis Streck e George Abboud¹³, costumeiros críticos negativos à aplicação da teoria dos precedentes no direito nacional, a utilização daquele não engessa o direito, dinamiza-o, uma vez que para se aplicar o precedente é necessário levar em conta todo o ordenamento jurídico a sua volta, bem como toda valoração e fundamentação que o embasaram, de maneira que, em sua aplicação, sempre será possível um ajuste jurisprudencial.

De fato há um risco¹⁴ de enrijecimento do direito, que pode ser causado devido ao uso conservador¹⁵ de sua aplicação, *stare decisis*, o que reduziria a aplicação do direito a uma atividade mecânica. Entretanto, este enrijecimento é apenas aparente. Tal risco é inerente ao direito, e não somente à teoria dos precedentes, uma vez que uma norma jurídica expressa em um texto legal está sujeita a perpetuação até que outra a revogue ou modifique-a. O problema não está na natureza das normas, mas sim na concepção da tarefa de aplicação do direito, seja da norma legal, seja da norma jurisprudencial¹⁶.

A utilização da teoria dos precedentes não implica na imutabilidade do direito, assim como a existência de decisões contraditórias acerca de

¹³ Os autores ainda fazem uma diferenciação entre o *stare decisis* e a súmula vinculante, dizendo que naquele não há uma vinculação inexorável, ao passo que nesta há. STRECK, Lenio Luis; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46.

¹⁴ ROSITO, op. cit., p. 165.

¹⁵ Cruz e Tucci analisa a questão afirmando que, segundo consta, a primeira vez que a *House of Lords* exerceu essa prerrogativa (*overruling*) foi em 1966 através do *Practice Statement of Judicial Precedent*, permitindo rever orientação emitida no passado quando parecesse correto. Esse *practice statement* assinalou, com certeza, marcante mudança de rumo na teoria do *stare decisis*, embora a aplicação prática dessa nova concepção sempre fosse muito reduzida, sendo o primeiro caso de *overruling* em 1968. Segundo o autor, era evidente que aquela anterior postura de intransigente rigidez colocava a magistratura inglesa em difícil posição diante da evolução natural do direito, revelando procedente uma antiga e famosa afirmação formulada na primeira metade do século XX, no sentido de que: “juiz inglês é um escravo do passado e um déspota do futuro”. TUCCI, op. cit., p.159-160.

¹⁶ ROSITO, op. cit., p. 166.

uma mesma questão de direito não implica sua evolução, mas sim sua confusão. É preciso ponderar estas medidas.

Para solucionar este problema que, como dito, é apenas aparente, a teoria do *stare decisis* dispõe de técnicas de superação de precedentes, o que possibilita a sua devida mobilidade e atualização do direito, observando Patrícia Perrone Campos Mello¹⁷ que a utilização de uma ou outra técnica dependerá do caso em exame e de considerações acerca das razões de segurança.

Segundo Melvin Aron Eisenberg¹⁸ o primeiro princípio que se deve observar acerca do *overruling* é que o precedente deve ser modificado se substancialmente não cumpre os padrões de congruência social e consistência sistêmica, bem como se os valores que sustentam o padrão de estabilidade e o princípio da *stare decisis* (proteção da confiança justificada, evitando a surpresa injusta) não seriam melhores preservados pela manutenção do precedente que se cogita modificar.

Um precedente deixa de ter congruência social e consistência sistêmica quando se tornam controversos, ensejando distinções inconsistentes e críticas doutrinárias, assim como se tornam incongruentes e inconsistentes quando uma nova concepção geral do

¹⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 234.

¹⁸ *The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis - the valuer of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support - would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling. Call this the basic overruling principle.* EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 104.

direito, uma nova tecnologia, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação.

A incongruência social é uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e as expectativas dos cidadãos, de maneira que a manutenção de um precedente injusto pode até garantir a estabilidade do sistema, mas afeta a segurança jurídica do cidadão que passa a enxergar o Poder Judiciário com descrédito, não identificando nele o reconhecimento das expectativas da sociedade. Para o leigo, a previsibilidade do sistema está diretamente ligada a um equilíbrio e compatibilidade entre as normas jurídicas e as normas da vida real.

Já a inconsistência sistêmica é a desarmonia entre as diversas normas que habitam o sistema. Quando entre elas há contradições, incompatibilidades, desajustes, a norma perde a sua consistência, deixando o cidadão sem saber ao certo em qual delas confiar.

Melvin Aron Eisenberg¹⁹ trata do tema ao trabalhar do que denomina *jagged doctrines* (doutrinas irregulares), na qual o autor afirma que a existência de precedentes controversos (irregulares) é a primeira condição que possibilita o *overruling*, posto que ao apresentar incongruências sociais o precedente acaba por sofrer distinções inconsistentes e, por via de consequência, causa inconsistência sistêmica no ordenamento jurídico, incompatibilidade entre precedentes.

¹⁹ Ibid., p. 105.

Por outro lado, é necessário avaliar qual o impacto que a mudança de jurisprudência causará, uma vez que para se cogitar a superação do precedente se faz mister levar em consideração a proteção da confiança do jurisdicionado, evitando assim que ele seja surpreendido por uma mudança inesperada e radical. No intuito de sistematizar os casos em que falta congruência social e consistência sistêmica, se propõe elencar as hipóteses de superação de precedentes de maneira mais clara, mais factível, tornando-as mais facilmente identificáveis no caso concreto, utilizando-se da classificação apresentada por Patrícia Perrone Campos Mello²⁰ e acrescida de mais uma categoria.

Sistematicamente, a divisão aqui proposta é a seguinte: a) precedentes contraditórios; a.1) precedentes obscuros; a.2) precedentes inoperáveis; a.3) precedentes inconsistentes; b) precedentes obsoletos; b.1) em razão de mutação social; b.2) em razão de mutação jurídica; c) precedentes errados; d) precedentes em tempos de exceção.

O primeiro deles são os precedentes contraditórios, os quais são subdivididos em precedentes obscuros, inoperáveis e inconsistentes. Os precedentes obscuros são aqueles que em que a *ratio decidendi* não fica clara, que da sua leitura não se extrai uma regra precisa a ser seguida.

Como o precedente é uma decisão judicial, deve ele preencher todos os requisitos de congruência interna²¹ de uma decisão: a) certeza, certificando a existência de um direito ou até mesmo a inviabilidade

²⁰ MELLO, op. cit., p. 237-250.

²¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 327-339.

de analisá-lo, a fim de construir uma norma jurídica concreta, precisa e clara, tentando, ao máximo, evitar brechas que comportem interpretações quanto a existência do direito a favor de uma parte ou outra; b) liquidez, estabelecendo a obrigação a ser cumprida com a certificação da existência da obrigação, bem como a quem se deve, quem deve e o que se deve; c) clareza e coerência, utilizando linguagem clara e direta, sendo escrita de maneira a guardar coerência durante todo seu texto e a fim de determinar uma conclusão, uma vinculação lógica entre a narração, a fundamentação e o dispositivo.

Também há os precedentes inoperáveis, representados por aqueles que revelam uma regra inoperável, de difícil execução, pois atribui ao jurisdicionado um ônus que ele não pode suportar. São precedentes que condicionam a sua aplicação a demonstração de provas impossíveis ou de difícil disponibilização.

Por exemplo, era pacífico o entendimento de que para se requerer benefício da previdência social de pensão por morte, o dependente necessitava de início de prova material. Disso passou-se a exigir dos companheiros que desejassem pleitear pensão por morte de seus falecidos a apresentação de início de prova material. Ocorre que a união estável é fenômeno informal que dispensa qualquer tipo de registro, é fato constatado no meio social e não necessariamente formalizado. Por isso, tal precedente se mostrava inoperável, uma vez que a união estável, em muitos casos, não possuía qualquer tipo de prova material. Diante da inoperabilidade destes precedentes, a Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência reviu seu entendimento e expediu a súmula 63 que assim determina: “a comprovação de união

estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material”.

Já os precedentes inconsistentes são aqueles que guardam distinções inconsistentes com outros precedentes. São julgados que, inobstante serem semelhantes, sofreram distinções forçadas como meio de evitar a aplicação de um determinado precedente. Esclarece Luiz Guilherme Marinoni²² que a freqüente utilização do *distinguishing* em um precedente pode revelar a perda de autoridade deste julgado, o seu enfraquecimento como precedente vinculante, o que se denomina de *very distinguishing*. Este fenômeno não é comum, mas como afirma Marcelo Alves Dias Souza²³, um precedente pode ser alvo de constantes distinções como única forma de afastar esse precedente, considerado como injusto e incorreto por determinado tribunal, mas que em tese deveria seguir.

Assim, a existência de distinções inconsistentes em casos em que, a priori, haveria precedente semelhante a ser aplicado, acaba por demonstrar a sua fraqueza e necessidade de alteração. A existência de precedentes inconsistentes quebra a confiança justificada do cidadão que passa a ter dúvidas em qual dos precedentes devem pautar suas ações, pois mais de um julgado orienta casos semelhantes.

A segunda categoria são os precedentes obsoletos. São aqueles que perderam seu poder de representar os anseios da sociedade devido a mudanças sociais ou jurídicas. Essa perda de sentido dos precedentes

²² MARINONI, op. cit., p. 328.

²³ SOUZA, op. cit., p. 144-145. Neste sentido também LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTr, 2001, p. 66-67.

é dividida em duas razões, a primeira que atribui seu enfraquecimento as mutações sociais, aí estando inclusas mudanças política, cultural e tecnológica, e as mutações jurídicas, que englobam a modificação e criação de novas normas.

Para melhor entendimento desta categoria é necessária sua exemplificação. Há muito, o preconceito com a união de pessoas do mesmo sexo permeava a sociedade brasileira, mas esta foi mudando sua forma de pensar e os casais homoafetivos foram se revelando e crescendo cada vez mais. Não que o preconceito tenha acabado, mas de fato é muito mais reduzido que outrora.

Diversos foram os julgados que negavam reconhecimento jurídico à união entre pessoas do mesmo sexo sob a justificativa de que o art. 1.723²⁴ do Código Civil vedava tal possibilidade. Em 2011, entretanto, o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277, cuja relatoria coube ao Min. Ayres Britto, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo dando interpretação conforme a constituição ao aludido dispositivo do Código Civil. Oportuna a transcrição de trecho do emocionante aditamento ao voto do ministro relator feito pelo Min. Luiz Fux, qual demonstra de forma clara a percepção de mutação social do conceito de família:

Tanto quanto pude pesquisar, o homossexualismo é um traço da personalidade. O homossexualismo não é uma crença, o homossexualismo não é uma ideologia e muito menos uma opção de vida, na medida em que nós sabemos da existência atual e pretérita de todas as formas de violência simbólica e violência física contra os homossexuais. Mas, se a homossexualidade é um traço da

²⁴ É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

personalidade, isto significa dizer que ela caracteriza a humanidade de uma determinada pessoa. A homossexualidade não é crime. Então por que ser homossexual? E por que o homossexual não pode constituir uma família? O homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito. A Constituição Federal brasileira, que é de uma beleza plástica ímpar, destaca no seu preâmbulo, como ideário da nossa nação, como promessa constitucional, que o Brasil, sob a inspiração de Deus, se propôs a erigir uma sociedade plural, uma sociedade justa, uma sociedade sem preconceitos, com extrema valorização da dignidade da pessoa humana. E para enfeixar esse conjunto de cláusulas pétreas, o artigo 5º dispõe que todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e nada mais faz do que especificar aquilo que consta em todas as declarações fundamentais dos direitos do homem - na Declaração da ONU, no nosso Pacto de São José da Costa Rica, na Declaração da África e de Madagascar, na Declaração dos Povos Muçulmanos -, todos os homens, seres humanos, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Volta-se, então, à pergunta: se é assim - e assim o é -, por que os homossexuais não podem formar uma união homoafetiva equiparável a uma família? E o que é uma família? O que é uma família, no Brasil, quando nós sabemos que a Constituição Federal só consagrou a união estável porque 50% das famílias brasileiras são espontâneas? Nesses lares, nessas casas desse percentual do povo brasileiro, nunca passou um juiz, nunca passou um padre, mas naquela casa há amor, há unidade, há identidade, há propósito de edificação de projetos de vida. Naquela casa, muito embora não tenha passado nenhum padre e nenhum juiz, naquela casa há uma família. E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem. Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família. E qual é a pretensão? A pretensão é que se confira juridicidade a essa união homoafetiva para que eles possam sair do segredo, para que possam sair do sigilo, para que possam vencer o ódio e a intolerância em nome da lei. E o que se pretende, *mutatis mutandis*, é a equiparação à união estável, que exatamente foi consagrada em razão dessa realidade das famílias espontâneas. E a união homoafetiva é uma realidade social - o eminente Procurador-Geral da República ontem trouxe, e também tivemos essa informação de que há mais de sessenta mil uniões homoafetivas no Brasil -, de sorte que, pelo menos sob esses ângulos ainda embrionários, nada se justifica que não se possa equiparar a união homoafetiva à união estável. Muito embora pudéssemos ficar apenas no ângulo jusfilosófico, que já seria extremamente convincente, como é esse enxerto de alguns princípios pétreos da Constituição Federal, a realidade é que inúmeros princípios constitucionais, quase que a Constituição como um todo, conspiram em favor dessa equalização da união homoafetiva em relação à união estável.

Os precedentes obsoletos em razão de mutações jurídicas são aqueles que perderam a sua força devido a uma mutação de normas, seja pela modificação de determinada lei, seja pela criação de uma nova. Como exemplo, tem-se o caso da súmula vinculante n.º 09 editada em 2008.

A Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984) em seu artigo 127 estabelecia que o condenado que fosse punido por falta grave, perderia o direito ao tempo remido em virtude de trabalho ou estudo, começando a contagem de novo período a partir da data da infração. Diante de tal situação, muito se contestou que tal dispositivo não havia sido acolhido pela Constituição de 1988, debate este que chegou ao Supremo Tribunal Federal e que acarretou na edição da súmula vinculante n.º 09 que assim prescreve: “o disposto no artigo 127 da lei n.º 7.210/1984 (lei de execução penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58”.

Ocorre que, em 2011, três anos após a edição da súmula supracitada, a Lei 12.433 alterou a redação do art. 127 da Lei de Execuções Penais para fazer constar, agora, o seguinte: “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Este precedente representado pela súmula vinculante n.º 9 ainda não foi superado, todavia, é de fácil constatação o seu enfraquecimento, uma vez que o artigo de lei no qual pautava o seu entendimento foi modificado para dizer, justamente, o contrário do que a súmula

pretendeu afirmar. A súmula vinculante então se tornou obsoleta em razão de uma mutação jurídica, neste caso, de uma modificação da Lei de Execuções Penais, demandando, portanto, que o precedente nela representado seja superado para se adequar a nova realidade normativa que trata sobre a remissão de pena.

Outra categoria são os denominados precedentes errados, que consistem naqueles precedentes que, desde sua origem, são inconsistentes ou incongruentes. O precedente nasce fadado ao fracasso, pois não exprime a realidade social e jurídica pela qual passa a sociedade, seja porque afronta a outro precedente de maior vinculatividade, seja porque traz conceitos não condizentes com o atual desenvolvimento social.

Por fim, a última categoria de hipóteses de superação dos precedentes são os aqueles gerados em tempo de exceção, tempos marcados por um medo extremo que orienta o cerceamento de direitos civis e fomentam a arbitrariedade do poder público, tudo em prol de manter a segurança, de manter o cidadão a salvo dos abalos causados pela guerra ou pelo terrorismo.

Ocorre que, inobstante as circunstâncias em que tais precedentes são criados, eles integram o sistema de precedentes e, por isso, em tese, teriam eficácia vinculante segundo o *stare decisis*. Analisando tal questão, Harlan Grant Cohen²⁵ apresenta quatro casos de precedentes criados nestas situações e chega à conclusão de que, devido às lições

²⁵ COHEN, Harlan Grant. "Undead" Wartime Cases: Stare Decisis and the Lessons of History. Disponível em < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551415>. Acesso em 10/04/2013.

históricas, tais precedentes não poderiam ter vinculatividade. Não que se mostram imprestáveis, mas sua serventia deveria ser, basicamente, a de um precedente persuasivo. Porém, inobstante os efeitos que tais precedentes gerem (vinculativo ou persuasivo), fato é que são precedentes que podem ser seguidos, desencadeando uma jurisprudência criada em tempos extraordinários. Tanto isto é verdade, que o próprio professor²⁶ denomina tais precedentes como *unlead* (mortos-vivos), cabendo as lições da história decidir o que fazer com eles: superá-los, mantê-los ou esquecê-los.

Cumpra observar que as hipóteses de superação dos precedentes não são estanques, não ocorrem de maneira isolada. Pode acontecer de um mesmo precedente demandar sua superação amparada em mais de uma hipótese. Por exemplo, um precedente criado em tempos de exceção, pode, ao mesmo tempo, não mais corresponder às mutações sociais pelas quais passou a sociedade; assim como um precedente que originariamente nasceu errado está, por consequência, incompatível como a realidade social, política, cultural, tecnológica ou jurídica vigente.

Vistas as hipóteses de superação, resta apurar quais as técnicas utilizadas para proceder tal modificação, o que se fará a seguir.

3. TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

²⁶ Ibid..

A classificação acerca das técnicas de superação dos precedentes não é uníssona²⁷, por isso, adotar-se-á como critério de classificação a estrita modificação da *ratio decidendi* de um determinado precedente. Neste sentido, pode-se falar em duas técnicas de superação (*overturning*): *overruling*, e *overrinding*²⁸. Ao exame delas.

4.1 *OVERRULING/REVIREMENT*

O *overruling* é a forma mais radical de superação de precedentes e ocorre quando o tribunal modifica a forma de resolver um determinado caso que, anteriormente, era regulado por um precedente. É nas palavras de Caio Márcio Gutterres Taranto²⁹ a anulação da *ratio decidendi* de um caso anterior mediante a prolação, em um caso posterior, de decisão exatamente oposta a proferida no caso antecessor.

Para Francisco Rosito³⁰, o *overruling* consiste na revogação do precedente, configurado por um juízo negativo sobre sua *ratio decidendi*. Nestes casos, o precedente deixa de ser encarado como

²⁷ Por exemplo, Thomas da Rosa de Bustamante defende que o *distinguishing* e o *overruling* são funcionalmente equivalentes, pois servem de meios alternativos para a mesma finalidade, o abandono da regra adscrita (de origem jurisprudência) que aponta para uma determinada solução ao problema jurídico enfrentado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388. Já Marinoni trata o *distinguishing* como técnica de aplicação do precedente, e não como técnica de superação. Para o autor, o trabalho de aplicação do precedente exige a aplicação desta técnica que, pode, ou não, levar a superação do precedente por meio das técnicas de superação. MARINONI, op. cit., p. 326-330. Patrícia Perrone Campos Mello elenca, ainda, como técnica o *prospective overruling*, o que não será feito por este trabalho devido ao entendimento de que se trata de uma modulação dos efeitos do próprio *overruling*. MELLO, op. cit., p. 236.

²⁸ Francisco Rosito trata do *transformation* sob outra nomenclatura, *modifyng* da espécie *narrowing*. ROSITO, op. cit., p. 303-304.

²⁹ TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 291.

³⁰ ROSITO, op. cit., p. 304.

norma reguladora da questão posta em juízo, apresentando-se um novo resultado para a questão através de um “discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade da regra antes visualizada como correta³¹”.

Nem sempre, entretanto, a ideia de mudança de jurisprudência foi bem aceita no âmbito da *common law*. A primeira vez, por exemplo, em que a *House of Lords* exerceu este poder foi em 1966 através do *practice statement*³², ato através do qual Lord Gardner afirmou que:

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating formal decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears to be right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House. .³³

³¹ BUSTAMANTE, op. cit., p. 388.

³² MARINONI, op. cit., p. 113-114.

³³ Estes lordes consideraram o uso do precedente como um fundamento indispensável para decidir o que é a lei e sua aplicação a casos individuais. Ele fornece pelo menos algum grau de certeza de que os particulares podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das normas jurídicas. No entanto, reconhecem que a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado da lei. Eles propõem, portanto, para modificar o precedente e, durante o tratamento de decisões formais desta casa como normalmente vinculativa, a partir de uma decisão anterior, quando parece ser de direito fazê-lo. Nesse âmbito, devem ter em mente o perigo de perturbar retrospectivamente a base sobre a qual os contratos, liquidação de bens e arranjos fiscais foram celebrados e também a necessidade especial de segurança quanto à lei penal. Este anúncio não tem a intenção de afetar o uso do precedente em outros lugares do que nesta Casa. Disponível em <[http://www.lawteacher.net/PDF/Practice%20Statement%20\[1966\].pdf](http://www.lawteacher.net/PDF/Practice%20Statement%20[1966].pdf)>. Acesso em 11/04/2013.

Contudo, sua utilização não pode ser indiscriminada. É necessário utilizar critérios e limites no seu manejo, a fim de evitar que a alteração de precedente perturbe a base da confiança criada. Não é por outra razão que a sistematização das hipóteses de cabimento deste instituto é de suma importância, pois estabelece reais situações que o legitimam.

Não somente a enumeração de tais hipóteses é importante. É preciso traçar limites e diretrizes a sua aplicação. Para tanto, J. W. Harris³⁴ apresenta o que chama de princípios constringentes (*constraining principles*) para a aplicação da técnica do *overruling*.

Antes, porém, o autor destaca dois questionamentos a serem respondidos para que o poder de modificar a jurisprudência (*overruling*) seja invocado, ponderando cuidadosamente as necessidades de estabilidade e mudança: a) haverá melhoria da regra estampada no precedente atual (*present law improved*)?; b) quais os argumentos devem ser levados em consideração para se avaliar esta melhoria na formulação da nova regra (*measuring improvement*)?

Para que o *overruling* ocorra, o magistrado deve formular um novo julgado que incremente a regra adstrita ao precedente. Não basta concluir que o direito previsto no precedente anterior deve ser alterado, é necessário que o julgador do caso em análise seja capaz de formular uma proposição que, ao substituir a anterior, melhore a regra constante no precedente.

³⁴ HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling — when should a final Court of Appeal second guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies. Vol. 10. Disponível em <<http://ojls.oxfordjournals.org/content/10/2/135.full.pdf>>. Acesso em 11/04/2013.

Ademais, deve-se ponderar os argumentos que são levados em conta para este melhoramento da regra. São três: justiça, certeza e coerência. Para Thomas da Rosa de Bustamante³⁵, tais argumentos devem ser ponderados com o fito de justificar a conclusão de que a revogação da norma contida no precedente irá contribuir para o desenvolvimento do direito, que é o principal parâmetro a ser seguido na análise de manter ou revogar uma norma posta em xeque no caso concreto.

O autor mineiro pontua que todas essas regras constrictivas podem ser resumidas em um único princípio: o princípio do *stare decisis*. Como tal princípio impõe aderência aos precedentes judiciais, a modificação de jurisprudência deve ser entendida como uma exceção a regra, o que significa dizer que a primeiro critério de utilização do *overruling* é seu uso esporádico.

Feita esta análise, passa-se a análise dos princípios constringentes (*constraining principles*) do *overruling*, observando que tais princípios, em verdade, são diretivas a serem adotadas *prima facie* na utilização do *overruling*, não configurando assim critérios absolutos para sua aplicação.

O primeiro princípio constringente³⁶ (*constraining principle*) é o da ausência de novas razões (*no new reasons*) ou do caráter definitivo das decisões (*finality*). Para que um precedente seja modificado é necessário que haja novas razões que justifiquem a sua alteração, uma

³⁵ BUSTAMANTE, op. cit., p. 401.

³⁶ HARRIS, J. W. op. cit..

vez que para a teoria dos precedentes vinculantes é necessário a existência de decisões definitivas que não permitam o seu rompimento, a não ser que novas razões justifiquem sua revisão. Funciona como uma regra-geral de que a corte não deve revogar seus precedentes meramente equivocados, é fundamental que haja novas razões para justificar a mudança.

Acerca deste princípio, Thomas da Rosa de Bustamante³⁷ diz que uma decisão pode ser considerada incorreta devido a razões estruturais ou porque tais razões são intrinsecamente incorretas. A primeira hipótese ocorre quando alguma razão relevante não foi considerada no julgamento, ao passo que a segunda ocorre quando, embora todas as razões tenham sido levantadas no julgamento do precedente, estas não foram ponderadas de maneira correta.

O segundo princípio é o da confiança justificada (*justified reliance*). O próprio *practice statement* de 1966 afirma o perigo de se perturbar retrospectivamente a confiança criada em torno do precedente em vias de ser revogado. Como defende Humberto Ávila³⁸, a mudança de jurisprudência provoca um *déficit* de confiabilidade e calculabilidade no ordenamento jurídico, pois gera surpresa e frustração que abalam os ideais de estabilidade e credibilidade próprios do *stare decisis*. Por isso, deve ser medido o grau de confiança depositado no precedente, o que variará de acordo com diversos fatores a serem analisados pormenorizadamente em item próprio deste trabalho.

³⁷ BUSTAMANTE, op. cit., p. 398-399.

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 471.

O terceiro princípio é o do respeito ao legislador (*comity with the legislature*) e é representado pela reafirmação do precedente pelo legislador. Significa dizer que a corte não deve revogar precedentes quando o legislador atua entendendo que aquele precedente é válido e, por isso, ao trabalhar com o mesmo tema estampado no precedente opta por não reformá-lo, mantendo-o intacto ou reafirmando-o. Trata-se de uma cortesia do Judiciário para com o Legislativo, pois se entende que o legislador avalizou aquele precedente como correto e acertado.

O quarto princípio é o da vinculação ao caso concreto (*mootnes*). Tal princípio tem por escopo evitar discussões e revisões feitas em tese, debates meramente acadêmico, sem que um caso concreto demande a análise acerca da modificação de um determinado precedente. Para se operar o *overruling* é necessário que haja uma demanda real, ainda que seja forte o indício de que determinada norma será alterada, isto somente será possível quando chegar a corte um caso concreto que possibilite a alteração do precedente.

Agregado aos princípios limitadores do *overruling*, se faz necessário também avaliar uma comum³⁹ classificação acerca deste instituto. Trata-se do *expressed overruling* e *implied overruling*. O primeiro é de fácil constatação e ocorre quando a corte revoga expressamente um precedente, dizendo que ele não mais regula a situação em questão. Já o *implied overruling* ocorre quando a corte elabora uma decisão que, sem qualquer alusão ao posicionamento jurisprudencial assentado,

³⁹ Por exemplo, SOUZA, op. cit., p. 234-335.

segue uma direção diferente à regra constante no precedente⁴⁰, como quem dissesse implicitamente que o precedente não mais regula aqueles fatos discutidos no caso concreto.

Contudo, como afirma Thomas da Rosa de Bustamante⁴¹, merece repúdio as revogações implícitas e mascaradas de precedentes. Um dos pilares do *stare decisis* é a certeza proporcionada ao jurisdicionado, sendo este um dos fatores que mais contribuem para a formulação da base da confiança. Deixar o jurisdicionado em dúvida acerca de como pautar suas ações não é o objetivo de uma teoria baseada no respeito aos precedentes, pelo contrário. A solidificação da confiança ocorre quando o jurisdicionado confia na base da confiança, o que mescla confiabilidade e cognoscibilidade do Direito que, por sua vez, é obtida através da publicidade dada aos julgamentos⁴². O jurisdicionado, em regra, é leigo. Se exigir que ele identifique a mensagem implícita de que o um julgamento revogou um precedente é exigir demais daquele de quem se deseja a confiança.

Explica José Rogério Cruz e Tucci que o abandono do precedente exige uma carga de argumentação que supõe não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito, mas também a justificação complementar. Mas não só isso, além de explícita, a revogação deve ser devidamente fundamentada, motivada. Esclarece Daniel Mitidiero⁴³ que a decisão judicial abre espaço para a promoção da

⁴⁰ TUCCI, op. cit., p. 180.

⁴¹ BUSTAMANTE, op. cit., p. 389.

⁴² ÁVILA, op. cit., p. 403.

⁴³ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. In *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni (org.). Salvador: JusPodivm, 2012, p. 132.

unidade do direito a partir do trabalho desenvolvido por juízes e tribunais, de maneira que é necessário a formulação de um discurso jurídico capaz de assegurar correta identificação e aplicação dos precedentes judiciais.

A confiança é algo demorado a se conquistar. Ninguém confia em quem não se conhece. A confiança não é imposta, é conquistada e, para tal mister, imprescindível é conhecer aquele em quem se deseja confiar. Para que o jurisdicionado confie no Poder Judiciário é necessário que ele o entenda, de forma clara, precisa e em linguagem acessível, o que somente será obtido através da fundamentação da decisão judicial.

Pode-se, então, fazer um paralelo entre o *implied overruling* e as decisões *per incuriam*. Esta ocorre quando o magistrado, no julgamento de uma causa, ignora um precedente obrigatório ou uma lei relacionada ao caso, desde que fique demonstrado que, caso o julgador tivesse conhecimento do precedente ou da lei ignorados, chegaria ele a um resultado diverso daquele alcançado⁴⁴.

Chega-se a tal conclusão pela seguinte razão. Se no *implied overruling* a corte profere uma decisão que modifica um precedente, mas não deixa isto claro, duas são as possibilidades: a) a corte não observou a existência de um precedente acerca do tema; b) a corte percebeu a existência do precedente, mas resolveu revogá-lo, sem, contudo, expressar esta intenção. Ocorre que, enxergar este foro íntimo da corte é algo impossível, por isso, uma decisão que pratica o *implied overruling* sempre poderá ser considerada uma decisão *per incuriam*,

⁴⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 393.

já que não fez menção ao precedente e, como este foi modificado implicitamente, significa dizer que caso fosse observado o resultado seria do julgamento seria outro.

Ademais, outra questão importante é que as decisões *per incuriam* não constituem precedentes a serem seguidos, justamente porque proferida na ignorância de um precedente⁴⁵. Disso infere-se então que, sendo a decisão de *implied overruling* uma decisão *per incuriam*, aquela não configurará um precedente a ser seguido e, por consequência, o precedente que se pretendia revogar implicitamente continuará vigente e com força vinculante.

4.2 *OVERRIDING/MODIFYNG*⁴⁶

Outra técnica de superação dos precedentes é o *overriding* que, diferentemente do *overruling*, não revoga o precedente, mas tão somente limita ou restringe sua incidência em razão de uma regra que lhe é posterior⁴⁷, o que ocorre diante da necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente firmado⁴⁸. Segundo Celso de Albuquerque Silva⁴⁹, nessa hipótese, o tribunal lida com um tipo de situação que não estava envolvida nos precedentes que estabeleceram a doutrina anterior e, assim, conclui que dado o desenvolvimento ulterior do ordenamento jurídico que

⁴⁵ SOUZA, op. cit., p. 147.

⁴⁶ Francisco Rosito utiliza outra nomenclatura, *modifyng* da espécie *narrowing*. ROSITO, op. cit., p. 303-304.

⁴⁷ MELLO, op. cit., p. 235.

⁴⁸ Francisco Rosito trata do *transformation* sob outra nomenclatura, *modifyng* da espécie *narrowing*. ROSITO, op. cit., p. 303.

⁴⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 216.

justificava a doutrina anterior, a situação sob análise deve ser separada para um tratamento diferenciado sob a nova regra.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁵⁰, a distinção que se faz para se deixar de aplicar o precedente em virtude do novo entendimento é consistente com as razões que estiveram à base do precedente que deu origem ao precedente. Continua o professor paranaense dizendo que a distinção feita no *overriding* supõe que o litígio anterior, caso fosse visto na perspectiva da nova situação e do novo entendimento, teria tido outra solução. Não há uma ruptura com o entendimento anterior, no *overriding* o tribunal reconhece o acerto do precedente, mas diante de novos fatores ele reduz sua incidência, criando uma verdadeira exceção a sua aplicação.

Como exemplo desta técnica tem-se o entendimento acerca do poder investigatório do Ministério Público em inquérito criminal abordada no HC 82.865-GO/2003⁵¹ de relatoria do ex-ministro Nelson Jobim que tramitou no Supremo Tribunal Federal. Neste caso o impetrante pedia a revogação de sua prisão com base em pacífico entendimento de que o Ministério Público não possui legitimidade para atuar como polícia judiciária, determinando a instauração de sindicância para averiguar a prática de ilícitos penais.

Ocorre que este caso versava sobre a prática de crimes contra um menor, dentre os quais atentado violento ao pudor, submeter menor a

⁵⁰ MARINONI, op. cit., p. 347.

⁵¹ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79171>>. Acesso em 07/04/2013.

constrangimento e fornecer bebida alcoólica. Diante deste fato (crime contra menor), o Supremo Tribunal Federal realizou um *overriding* para excepcionar a aplicação deste entendimento quando se tratasse de crime praticado contra menor, sob a justificativa de que a atuação do *parquet* neste caso é regulada por lei especial (Estatuto da Criança e do Adolescente - art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/1990).

Assim, a Suprema Corte manteve o entendimento de que ao Ministério Público não cabe instaurar inquérito criminal, salvo quando se tratar de crime praticado contra menor. Criou-se, então, uma exceção ao posicionamento anterior devido a um fato peculiar, mantendo a regramento geral intacto.

Como se trata, entretanto, de técnica de superação de precedentes devem ser adotadas as mesmas cautelas ao *overruling*, afinal, a criação de uma exceção ou a redução de incidência de um precedente não deixa de representar a sua modificação e, por isso, não deixa de perturbar aquilo que, em tese, não deveria ser perturbado: a estabilidade do sistema. Assim, as mesmas anotações e observações concernentes ao *overruling* se aplicam ao *overriding*.

5. Técnica de Sinalização (*Signaling*)

Apresentada como técnica de superação de precedente, o *signaling* é, entretanto, segundo Melvin Aron Eisenberg⁵², técnica pela qual o juiz segue um precedente, mas avisa que este não é mais confiável. Com o uso desta técnica, o tribunal inicia a caminhada para a modificação de

⁵² *Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable. By the use of this technique, a court paves the way for overruling a doctrine it believes would otherwise have to be preserved because of justified reliance.* EISENBERG, op.cit., p. 123.

um precedente que acredita ter de ser preservado devido à confiança justificada nele depositada. Acende-se um alerta para o jurisdicionado no intuito de avisá-lo que, em breve, o tribunal modificará seu entendimento acerca de determinada questão.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que, nesta hipótese, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não mais deve subsistir, entretanto, em virtude da segurança jurídica e da proteção da confiança, deixa de revogá-lo, fornecendo uma clara mensagem de que em um futuro, não tão distante, será revogado.

Tal técnica tem como objetivo preparar o espírito do jurisdicionado que, ciente desta situação, não mais depositará confiança naquele precedente, caso contrário, estará assumindo o risco de fazê-lo. Disso conclui-se que o *signaling* é técnica que precede a modificação da jurisprudência e, por isso, com esta não se confunde. Sinalizar é alertar, e não modificar.

Não que seja um passo necessário a modificação de um precedente, embora seja altamente recomendável, pois abala a confiança justificada que se tem nele, causando descrédito do jurisdicionado perante aquele precedente.

Cumprir observar que este aviso não é um ato formal de alerta. É um aviso indireto. A corte não afirma expressamente que está pensando em modificar seu entendimento, o que ocorre, em verdade, são sinais de que o posicionamento vigente está sendo questionado e rediscutido. São sinais de que o que se entendia por pacífico está sendo reavaliado e pode, quem sabe, ser modificado, ou não. O *signaling* não é uma

promessa de modificação, mas sim uma demonstração de que esta modificação, talvez, ocorra.

Mas já que o *signaling* não modifica a jurisprudência qual a sua real importância e função para o sistema de precedentes? A doutrina⁵³ aponta, sobretudo, duas atribuições importantes a este instituto. O primeiro deles é que o *signaling* facilita a modulação de efeitos de um futuro *overruling*, pois demarca com precisão a quebra da confiança justificada que era depositada no precedente. Ao mesmo tempo em que a aplicação desta técnica quebra com a confiança justificada, ela a protege. Isto porque o *signaling* representa a preservação do precedente, ainda que seja sinalizada a sua rediscussão ou até contestada a sua correção. Sinalizar, assim, é proteger aquele que se confiou no precedente, mas alertar aqueles que ainda não exerceram esta confiança de que não mais confie no precedente em que a sinalização ocorreu.

Outra atribuição do *signaling* é fomentar a discussão doutrinária acerca do tema sinalizado. Diante de uma sinalização que contesta um precedente, é natural que a doutrina comece a debater acerca do acerto desta sinalização, é normal que artigos, ensaios e monografias sejam produzidos avaliando os dois lados da situação, a manutenção do precedente ou a sua modificação. O *signaling* incentiva o debate, a fim de que seja melhor avaliado o acerto da modificação de determinada jurisprudência, ou não.

⁵³ MARINONI, op. cit., p. 341-342.

Interessante exemplificação do *signaling* é trazida pelo professor baiano Fredie Didier Jr. que em seu editorial de n.º 69⁵⁴ identificou no julgamento do Recurso Especial 1.026.234/DF que tramitou no STJ sob a relatoria do Min. Teori Albino Zavascki.

Neste julgamento⁵⁵, o ministro relator entendeu que a aplicação da súmula 343⁵⁶ do STF não deveria ser aplicada ao caso concreto, pois dentre as interpretações controvertidas que vigiam a época do julgamento da decisão que se pretendia rescindir, uma delas era atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, legítimo defensor e protetor do direito infraconstitucional, de maneira que, qualquer outra interpretação em conflito com a deste Tribunal, não deveria ser considerada. Contudo tal acórdão foi alvo de embargos de divergência que decidiu pela aplicação da súmula 343 do STF.

Ocorre que este julgamento sinalizou uma rediscussão acerca da súmula 343, alertando aos jurisdicionados que nela creditavam total confiança que ficassem atentos a rediscussão da matéria. Pôs-se, então, uma pitada de incredulidade no precedente representado por esta súmula.

Cabe aqui uma ponderação. O *signaling*, como visto, são sinais dados pela corte no intuito de abalar a confiança depositada em um

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. Editorial 69. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CID=339>>. Acesso em 04/03/2013.

⁵⁵ Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=3997630&num_registro=200800227411&data=20080611&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 09/04/2013.

⁵⁶ Súmula 343, STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

determinado precedente. Contudo, estes não são os únicos sinais que permitem advertir ao cidadão de que deve ser observada com cautela a confiança depositada em um precedente. Há outros meios para tal fim como a edição de lei contrária a um precedente ou até mesmo a existência de críticas doutrinárias sérias e de juristas respeitados na comunidade jurídica⁵⁷. Assim, a técnica da sinalização é feita pelos tribunais, mas não é o único meio de dar sinais ao cidadão acerca da possibilidade de revogação de um precedente.

6. Efeitos da Superação de Precedentes

É lugar comum⁵⁸ na análise do tema a afirmação de que a modificação de precedentes possui eficácia retrospectiva e, excepcionalmente, prospectiva. Antes de analisar, porém, esta assertiva, é necessário distinguir tais efeitos para, ao final, avaliar se realmente há uma regra a ser seguida e sua respectiva exceção.

A classificação acerca dos efeitos dos precedentes varia muito de acordo com o autor consultado⁵⁹, embora todos tenham como ponto de partida a divisão geral entre efeitos retrospectivos e efeitos prospectivos. Ao exame em separado de cada uma delas.

6.1 EFEITOS RETROATIVOS

⁵⁷ ÁVILA, op. cit., p. 492.

⁵⁸ Exemplos de autores que assim entendem: BUSTAMANTE, op. cit., p. 460. MARINONI, op. cit., p. 420. MELLO, op. cit., p. 263. ROSITO, op. cit., p. 329.

⁵⁹ SOUZA, op. cit., p. 157.

Os efeitos retroativos (*retrospective overruling*) são aqueles que retroagem no tempo, que alcançam fatos ocorridos anteriormente à revogação do precedente. Isto é, o novo entendimento operará efeitos sobre atos e ações praticadas sob a égide do entendimento anteriormente exposto no precedente.

Justifica Francisco Rosito⁶⁰ a eficácia retroativa dos precedentes dado o caráter de comando concreto inerente à reconstrução fático-normativa, primeiramente porque os magistrados aplicam o direito previamente existente e, segundo, porque se referem a fatos ordinariamente acontecidos no passado, diferentemente das leis que se prestam ao papel de regular fatos ainda por acontecer. Ademais, continua o autor, a adoção desta eficácia *ex tunc* também se sustenta como fruto da teoria clássica adotada nos Estados Unidos da América e no Reino Unido que se concebe o precedente como resultado de uma atividade declaratória do julgador. A revogação do precedente, assim, somente exprimiria o reconhecimento de algo que já era preexistente no ordenamento jurídico, embora somente esteja sendo declarado agora.

Agregando outra justificativa para eficácia retroativa da alteração dos precedentes, Thomas da Rosa de Bustamante⁶¹ entende que a razão fundamental da retroatividade da jurisprudência, inclusive da que desmente a jurisprudência anterior, está na primazia das razões morais, que valem de igual modo para todos. A produção de norma se encontra ligada a idéia de justiça, que por sua vez está ligada a idéia de algo que é bom para todos e por igual. Seria então desigual não

⁶⁰ ROSITO, op. cit., p. 330-332.

⁶¹ BUSTAMANTE, op. cit., p. 460.

fazer retroagir o correto sentido da norma, somente pelo fato de o caso que se quer atingir ser anterior a declaração da norma. Seria como tratar situações iguais de maneira desigual. O direito é um só e como tal deve retroagir para atingir a todos de maneira idêntica, aplicando assim o princípio da igualdade que permitiria a todos gozar do correto entendimento judicial.

Contudo, esta retroatividade como regra geral admite críticas. O autor australiano Ben Juratowitch⁶² traz duas fortes razões contra a presunção de retroatividade do *overruling*. São elas: a) *certainty* (certeza); b) *negative liberty* (liberdade negativa).

Ao analisar a *certainty* (certeza) o autor afirma que a principal questão que se deve avaliar é se o que se pretende é a proteção da confiança real ou se é a proteção da segurança jurídica, o que cria uma capacidade de confiar, independentemente de se há, de fato, a confiança⁶³. As pessoas tomam suas decisões prevendo as consequências legais, é ela que escolhe o que fazer, mas sempre prevendo uma consequência legal anteriormente estabelecida.

A eficácia retroativa da revogação de um precedente faz com que a certeza que se tinha em uma determinada consequência seja abalada, uma vez que será apresentada ao jurisdicionado uma nova consequência, a qual era impossível de se prever, pois desconhecida ao tempo em que agiu. Assim, o que se deve levar em consideração não é a confiança em tese, mas sim a confiança real (*actual reliance*),

⁶² JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008, p. 43-65.

⁶³ *A key question is whether the relevant rationale for a general presumption against retroactivity is the protection of actual reliance or whether it is the protection of legal certainty, which creates an ability to rely, regardless of whether there is, in fact, reliance*. Ibid., p. 44.

aquela que de fato existia ao tempo que o fato ocorreu. Proteger a confiança é passo necessário a preservação da autonomia do homem, já que garante que ele tenha o poder de escolher como agir de acordo com as conseqüências passíveis de serem previstas. Pensar diferente é negar qualquer possibilidade de jurisdicionado planejar suas ações, pois suas conseqüências seriam imprevisíveis. Retroagir os efeitos de uma revogação é tratar desigualmente aqueles que tiveram confiança em um precedente.

Explica Misabel Abreu Machado Derzi⁶⁴ que a confiança se revela necessária para que o homem possa lidar com a extrema complexidade do mundo, despertando a segurança do estado (presente), que reduz a complexidade e se projeta para o futuro. Segundo o autor, tal confiança supõe três características elementares; a) a permanência dos estados, de modo que se igualem presentes e futuros; b) a simplificação, por meio da redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis; c) a antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros

São três também as questões envolvidas na retroatividade da modificação da jurisprudência⁶⁵. A retroação dos efeitos envolve uma questão relativa a valoração jurídica de ações com base em normas inexistentes no momento que elas são praticadas. Envolve a inexistência e o desconhecimento da norma no momento da ação, uma vez que aquela não existia no momento em que esta foi executada. E, por fim, envolve uma incapacidade de reação do indivíduo que agiu

⁶⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 328.

⁶⁵ ÁVILA, op. cit., p. 486.

baseado em uma norma, mas agora é regulado por outra inexistente à época da realização do ato.

Outra razão trazida pelo autor australiano⁶⁶ é a *negative liberty* (liberdade negativa). Esta razão passa por duas questões. A primeira se refere ao fato de que os efeitos retroativos da revogação privam o cidadão de segurança relativa aos eventos passados (*deprivation of security relating to past events*), enquanto que a segunda se refere a remoção de uma liberdade real (*removal of an actual freedom*). Ao agir com base em um precedente o cidadão cria o sentimento de que agiu de acordo com a lei, sensação que lhe causa conforto e segurança. Contudo, se imaginasse que sua conduta a qualquer momento pudesse ser modificada de um ato legal para um ato ilegal, esta tranquilidade não seria a mesma. A eficácia *ex tunc* da revogação do precedente não é capaz de dar aos cidadãos a paz social que se almeja. Criar este sentimento de insegurança acerca de suas condutas é deixar o jurisdicionado tenso e receoso com a modificação da jurisprudência. Retroagir os efeitos de uma revogação é retirar uma liberdade real já conquistada, já solidificada, é sancionar um ato realizado sob a égide da legalidade.

Como se pode inferir da leitura dos argumentos contrários aos efeitos retroativos, a preocupação fundamental gira em torno da confiança depositada pelo cidadão no precedente existente à época de sua ação. Por isso, como principal obstáculo aos efeitos retroativos da revogação do precedente se encontra a frustração da confiança. È necessário que a confiança do cidadão tenha sido abalada, mas não se

⁶⁶ JURATOWITCH, op. cit., p. 50.

trata de qualquer confiança a ser tutelada. As mudanças que afetam de maneira insignificante os direitos de liberdade, propriedade e igualdade não justificam que os efeitos não possam atingir atos iniciados antes de sua introdução, afinal, não há um direito subjetivo de que a ordem jurídica permaneça sempre como está⁶⁷.

Também não há que se contestar a irretroatividade da modificação da jurisprudência quando o precedente revogado se mostrou incapaz de servir de guia para o cidadão, ou seja, nos casos em que este não enxergou no precedente uma norma sólida que merecesse sua confiança⁶⁸. Explica Luiz Guilherme Marinoni⁶⁹ que para que a não retroatividade do precedente se justifique, é necessário que a credibilidade do precedente não tenha sido abalada, de maneira a tornar previsível sua revogação. Isto quer dizer que a eficácia retroativa do precedente tem cabimento quando a confiança depositada naquele julgado já não é mais sólida, o jurisdicionado já não enxerga naquele precedente um posicionamento incontroverso a ser seguido, seja porque ele não mais representa os valores que o inspiraram, seja porque se tornou inconsistente.

Disso conclui-se que é a confiança a medida dos efeitos da revogação do precedente.

Quanto mais confiança houver em um precedente, mais forte será a tese de irretroatividade, já quanto mais fraca for a confiança depositada no precedente, mais forte se torna a retroação dos efeitos.

⁶⁷ ÁVILA, op. cit., p. 408.

⁶⁸ Ibid., p. 489.

⁶⁹ MARINONI, op. cit., p. 421.

Assim, quando o jurisdicionado enxerga naquele precedente uma norma inabalável que pauta suas ações, seus negócios e suas atitudes, faz-se necessário amenizar o impacto da sua revogação. Surpreender o jurisdicionado é o que deve ser evitado, já que a conquista da confiança é construída ao longo do tempo, mas a sua perda é atingida em frações de segundos.

A alternativa encontrada para manter a confiança do jurisdicionado e conjugá-la a necessidade do *overruling* é tema afeto a modulação dos efeitos do precedente. É possível compatibilizar a necessidade de modificação jurisprudencial com a necessidade de proteger a confiança. Para tanto, imperiosa é a aplicação o *prospective overruling* para casos como estes.

6.2 EFEITOS PROSPECTIVOS

Também de fácil dedução a partir da leitura literal de sua nomenclatura, os efeitos prospectivos são aqueles projetados para o futuro e não para fatos ocorridos no passado. Thomas da Rosa de Bustamante⁷⁰ define o *prospective overruling* como sendo a existência de dois regramentos no mesmo caso, um para ser aplicado a todas as situações que estejam para acontecer e outro para ser aplicado apenas para o caso em exame ou para casos que se refiram a fatos jurídicos cujos efeitos já se concretizaram.

O *prospective overruling* é técnica que tenta compatibilizar a necessidade de mudança de um precedente e a proteção da confiança depositada neste mesmo precedente. Portanto, é a confiança que

⁷⁰ BUSTAMANTE, op. cit., p. 457.

demandará efeitos prospectivos ou não. Segundo Francisco Rosito⁷¹, a questão é de quando a confiança torna-se legítima a ponto de exigir a proteção jurídica. Para o autor, esta legitimação que geraria a modulação dos efeitos somente ocorre quando se verificar: a) que o entendimento jurisprudencial tenha gerado confiança, o que ocorre com a publicação do precedente independentemente do seu trânsito em julgado; e b) quando essa confiança for legítima, o que se dá com a repercussão do precedente, identificada, sobretudo, pela autoridade dos argumentos descritos na *ratio decidendi* e de sua correção material.

Humberto Ávila⁷² sistematiza quatro fatores que justificam a proteção da confiança pela modulação dos efeitos de decisão (*prospective overruling*), a saber: a) quanto maiores forem a vinculatividade e a pretensão de permanência da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada; b) quanto maior a finalidade orientadora da decisão, maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada; c) quanto maior for a inserção da decisão em uma cadeia de decisões uniformes, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada; d) quanto maior a capacidade de generalização da decisão, maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada.

Além disso, complementa o autor, a confiança a ser protegida é a confiança concreta, ou seja, é necessário ter havido exercício da confiança, bem como sua respectiva frustração, gerando assim um

⁷¹ ROSITO, op. cit., p. 348.

⁷² ÁVILA, op. cit., p. 489-499.

resultado desvantajoso para aquele que agiu confiando no precedente revogado.

Diante desta necessidade de proteção, a técnica do *prospective overruling* admite as seguintes modulações de efeitos segundo Ben⁷³:

- a) produção de efeitos somente para casos futuros, envolvendo fatos que ocorreram após a modificação do precedente (*pure prospectivity overruling*);
- b) produção de efeitos somente para casos futuros, mas como exceção ao caso que originou a revogação (*limited prospectivity*);
- c) produção de efeitos somente para casos futuros e para os casos pendentes de julgamento que tenham a mesma pretensão;
- d) produção de efeitos somente a partir de uma determinada data, a fim de possibilitar a criação de uma nova legislação para o caso ou possibilitar ao cidadão tempo de adaptação.

Ocorre que todas estas técnicas admitem críticas. Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, afirma que a utilização do *pure prospectivity overruling* desestimula a atuação da parte, já que o resultado não a beneficiará. Além disso, eliminaria a necessidade dos advogados analisarem como os precedentes estão sendo vistos pela doutrina e de que forma os tribunais vêm tratando de pontos correlatos com aqueles definidos na *ratio decendi*. Isto porque retira qualquer possibilidade da parte ser surpreendida pela decisão judicial, ainda que o precedente já tenha sido desautorizado pela doutrina e por outras decisões que não configurem propriamente precedentes. Humberto Ávila⁷⁴, por sua vez, defende que, independentemente do caso, o efeito prospectivo deve

⁷³ JURATOWITCH, op. cit., p. 199.

⁷⁴ ÁVILA, op. cit., p. 585.

preservar efeitos retroativos ao caso que originou a revogação e aos casos pendentes de julgamento, uma vez que isto significaria suprir o direito fundamental do autor de proteção judicial.

Por outro lado, a modulação de efeitos que atinge o caso sob julgamento, ou ainda a que atingem os casos pendentes de julgamento, também não deixam de ser retroativa, uma vez que causará efeito sob fatos ocorridos no passado. Já o efeito prospectivo a termo garante a validade de um ato tido como ilegal ou incorreto pela decisão revogadora, pois preserva por um determinado tempo o precedente revogado.

Então, como se pode mais uma vez perceber, seja nos efeitos retrospectivos, seja nos efeitos prospectivos, o que mensura qual efeito atribuir ao precedente é a confiança.

Desta conclusão cabe a seguinte indagação: qual destes dois efeitos é a regra na modificação da jurisprudência? Aliás, há um efeito a ser aplicado em regra? Estas perguntas serão respondidas no item seguinte.

6.3 A MEDIDA DOS EFEITOS: A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA JUSTIFICADA

Como visto, o que se pretende tutelar quando se trata dos efeitos da revogação do precedente é a confiança justificada. Se esta existe deve ser tutelada, se esta não existe não há o que se proteger porque não se protege o que não existe. Não há uma regra para os efeitos da

revogação do precedente. Não há um padrão a ser seguido⁷⁵. A verdade, é que ambos os efeitos trazem benefícios e malefícios, como visto nas ponderações contra e a favor de cada um deles.

Pode ser que em um determinado caso caiba o efeito retrospectivo e que em outro caso caiba o efeito prospectivo. E quem escolhe? Quem decide qual o efeito será cabível? A partir de que data? Será cabível no processo em que a revogação ocorreu? E nos processos pendentes também?

Para todas estas perguntas a resposta é a mesma: a confiança. É ela que servirá de medida para avaliar o cabimento de cada um dos efeitos. Não se trata de uma questão de escolha. Não é opção a adoção de um efeito ou de outro, é imposição e esta imposição é medida pela confiança, a qual delimitará a partir de quando os efeitos da revogação irão vigor. Assim como é esta confiança que delimitará se os efeitos atingirão o processo que originou a revogação ou os processos pendentes.

Mas para avaliar a aplicação dos efeitos é necessário entender quando esta confiança justifica a proteção. Para isto Humberto Ávila⁷⁶ apresenta requisitos da proteção da confiança: a) base da confiança; b) confiança; c) exercício da confiança; e d) frustração da confiança.

Base da confiança são os pilares nos quais serão erguida a confiança. Serve de fundamentos para o exercício dos direitos nela representados.

⁷⁵ ÁVILA, op. cit., p. 502.

⁷⁶ Ibid., p. 373-408.

Para tanto, é necessário que esta base seja sólida de tal modo a proporcionar a confiança, sendo através de critérios orientadores⁷⁷ que se avaliará o grau de confiabilidade em uma determinada base da confiança.

Dentre estes critérios se encontram, somente a título de exemplificação: a) o tribunal de que proveio o precedente; b) o tempo em que o precedente está vigente; c) como se deu a votação dos julgadores na construção do precedente, se houve divergência, ou não, se foi por maioria de votos ou unânime; d) se tem eficácia vinculante, ou não; e) se há reiteração deste precedente pelo próprio tribunal e por outros; f) se a doutrina apóia a tese do precedente, ou não.

Além da base, é necessário a confiança e seu efetivo exercício. Não basta uma confiança em tese. Se fosse assim, somente pelo fato de um julgamento ser proferido pelo Poder Judiciário estaria configurada a confiança. É indispensável que o cidadão tenha agido em conformidade com o precedente, requisito este que demonstra que a confiança depositada naquele julgado foi, de fato, exercida.

Por fim, para que a confiança mereça tutela, é necessário que a revogação com efeitos retroativos cause uma efetiva frustração no cidadão. O jurisdicionado tem que ter agido com base naquele precedente e sua alteração venha a configurar como desvantajosa a atitude anteriormente tomada.

Restando demonstrado esses quatro requisitos a confiança deve ser tutela. Contudo, pode ocorrer de a confiança do cidadão ser abalada

⁷⁷ Ibid., 2012, p.

antes da revogação em si, quebrando a relação de confiança existente entre o jurisdicionado e o precedente.

Tal abalo pode se dar de algumas formas como, por exemplo, a criação de uma nova lei que contradiga o precedente, a existência de julgados que contrariem o precedente posteriormente a sua formação, mas reformado em para se alinhar ao precedente.

Também se configura a quebra da confiança quando a doutrina tece severas críticas ao precedente, demonstrando seu equívoco ou incongruência. Quando estas críticas são oriundas de professores ou juristas respeitados e, sobretudo, se são pacíficas⁷⁸, a confiança no precedente é abalada de tal maneira que o jurisdicionado reduz paulatinamente a previsibilidade de conseqüências de suas ações baseadas neste julgado.

Em ambos os casos há uma sinalização de abalo das estruturas que sustentam a confiança naquele precedente. Pode ser que esta venha aplicada pelo próprio Poder Judiciário (*signaling*) ou por órgãos alheios a esta estrutura, como o legislativo e o executivo, ou, ainda, por meio da doutrina.

Desta forma, pode-se afirmar que os efeitos da revogação do precedente se darão a partir do momento em que não houver confiança justificada neste precedente. Se esta confiança já estava abalada antes de sua revogação, os efeitos desta serão retroativos a partir de quando isto aconteceu. Se, entretanto, a confiança depositada no precedente estava sólida ao tempo de sua revogação, os efeitos desta serão

⁷⁸ MARINONI, op. cit., p. 337.

prospectivos. Até porque, a aplicação dos efeitos da revogação do precedente ao caso revogador não deixa de ser, em essência, um efeito retroativo, já que o fato sobre o qual incidirá efeito ocorreu no passado.

Também na questão relativa a se a revogação do precedente deve ser aplicado ao caso revogador e aos casos pendentes, a medida é a mesma. Isto porque, inobstante a revogação ter sido proporcionada pelo autor ou recorrente, o que se deve avaliar é se havia confiança justificada no precedente ao tempo da revogação, caso a resposta seja positiva os efeitos serão prospectivos, caso seja negativa serão retrospectivos a partir de quando a confiança justificada foi abalada.

Infere-se daí a maior importância da sinalização. Seja na forma do *signaling* praticado pelos tribunais, seja a partir de outros meios, é o que Ben Juratowich chama de *fair warning*⁷⁹ (aviso justo) que possibilita a retroação dos efeitos da revogação de um precedente, pois sem ele torna-se impossível contar com a lei e fazer planos para o futuro.

Assim, algumas regras podem ser constatadas no caso dos efeitos da revogação dos precedentes: a) quem determina o tipo de efeito (retroativo ou prospectivo) é a existência, ou não, de confiança justificada ao tempo da revogação do precedente; b) em caso de efeitos retroativos, estes passarão a incidir a partir de quando a

⁷⁹ JURATOWITCH, op. cit., p. 58.

confiança justificada foi abalada, e não para todos os casos do passado.

7. Conclusão

A partir das considerações aqui expostas, o presente artigo chega a conclusão de que é necessário diferenciar a técnica de aplicação dos precedentes (*distinguishing* método) de um dos possíveis resultados desta aplicação (*distinguishing* resultado), já que o confronto de casos consiste em técnica através da qual se distinguem (compara) casos para avaliar a sua aproximação ou diferenciação.

Sendo constatada a semelhança entre casos, há hipóteses que impõem a superação do precedente que se aplica ao caso em julgamento. São situações que legitimam a utilização de uma das técnicas de superação de precedentes (*overturning*). Para tanto, tais casos devem apresentar inconsistência sistêmica e/ou incongruência social, sendo a primeira caracterizada pela incompatibilidade do precedente perante outras normas e a segunda pela incompatibilidade entre a norma expressa no precedente e a realidade social, cultural e tecnológica identificada na sociedade ao tempo da análise.

A partir desta identificação, é possível sistematizar pormenorizadamente as hipóteses de superação da seguinte forma: a)

precedentes contraditórios; a.1) precedentes obscuros; a.2) precedentes inoperáveis; a.3) precedentes inconsistentes; b) precedentes obsoletos; b.1) em razão de mutação social; b.2) em razão de mutação jurídica; c) precedentes errados; d) precedentes em tempos de exceção. Cumpre observar acerca desta tentativa de sistematização que as hipóteses de superação dos precedentes não são estanques, não ocorrem de maneira isolada, podendo acontecer de um mesmo precedente demandar sua superação amparada em mais de uma hipótese.

A partir daí foi feita a análise das técnicas de superação de precedentes, as quais incidem sobre as hipóteses acima citadas. São elas: *overruling*, quando há uma modificação radical do precedente, na medida em que este deixa de regular os fatos em questão e um novo precedente o substitui; e o *overriding*, no qual um novo julgamento restringe a incidência de um determinado precedente, criando-lhe uma verdadeira exceção. Em ambos os casos, há de se ter em mente que seu uso deve ser esporádico, bem como que devem ser aplicados princípios constringentes, tudo no intuito de demonstrar que a superação de precedentes não deve ser algo rotineiro e trivial, mas sim uma necessidade imposta.

Também foi analisada a técnica de sinalização, pela qual o tribunal segue um precedente, mas avisa que este não é mais confiável. Apesar de aparentemente pouco importante, verificou-se que a técnica de sinalização é de fundamental importância para a análise da confiança, na medida em que pode ela representar o momento exato em que a confiança em um determinado precedente foi abalada.

Por fim, foram analisados os efeitos da revogação dos precedentes (retroativos e prospectivos), apurando as críticas a cada um deles. Desta análise conclui-se que a questão chave acerca do tema é a proteção da confiança justificada, sendo ela a responsável pela determinação de qual efeito deve incidir na revogação de um determinado precedente. Não há padrão a ser seguido, mas sim a averiguação de a partir de quando, se é que existiu, a confiança deixou de ser legítima a ponto de dispensar a tutela do Estado e assim possibilitar a incidência dos efeitos decorrentes da superação do precedente em questão.

8. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

COHEN, Harlan Grant. "Undead" Wartime Cases: *Stare Decisis and the Lessons of History*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551415>. Acesso em 10/04/2013.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JR., Fredie. Editorial 69. Disponível em:
<<http://www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?CIId=339>>.
Acesso em 04/03/2013.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael.
Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2010.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*.
Cambridge: Harvard University Press, 1998.

HARRIS, J. W. *Towards principles of overruling – when should a final Court of Appeal second guess? In: Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 10. Disponível em
<<http://ojls.oxfordjournals.org/content/10/2/135.full.pdf>>. Acesso em
11/04/2013.

JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTr, 2001.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. In *A força dos precedentes: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni (org.). Salvador: JusPodivm, 2012.

RAMIRES, Maurício. *A aplicação de precedentes no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

STRECK, Lenio Luis; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARANTO, Caio Márcio Guterres. *Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.