

2017 - 03 - 03

## Revista de Processo

2016

REPRO VOL. 252 (FEVEREIRO 2016)

DIREITO JURISPRUDENCIAL

2. DISTINGUISHING E OVERRULING NA APLICAÇÃO DO ART. 489, § 1.º, VI, DO CPC/2015

## 2. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, § 1.º, VI, do CPC/2015

---

### Distinguishing and overruling when applying art. 489, § 1.º, section VI , of the 2015 CPC

(Autor)

WAGNER ARNOLD FENSTERSEIFER

*Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Membro do Grupo de Pesquisa CNPq - Processo Civil Norte-Americano e Brasileiro - coordenado pelo Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos. Membro do Grupo de Estudos - Processo Civil e Estado Constitucional - coordenado pelo Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero. wagnerarnold@gmail.com*

#### Sumário:

- 1 Introdução
- 2 As técnicas do distinguishing e overruling
  - 2.1 Distinguishing
  - 2.2 Overruling
- 3 A fundamentação da decisão judicial em um sistema de precedentes
- 4 Conclusões
- 5 Referências bibliográficas

**Área do Direito:** Civil

#### Resumo:

O presente estudo centra-se na inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 com o objetivo de que a fundamentação das decisões judiciais deva necessariamente levar em conta a jurisprudência, os precedentes e enunciados de súmula invocados pelas partes. Ao analisar o inc. VI do § 1.º do art. 489 do CPC/2015 percebe-se a conveniência de um estudo detalhado acerca de duas técnicas que dão dinamismo aos precedentes: o distinguishing e o overruling. O artigo almeja demonstrar que a exigência de fundamentação das decisões levando em conta os precedentes, bem como as técnicas de aplicação e confrontamento destes apresenta-se como fundamental para a coerência sistêmica de um ordenamento jurídico que já há muito tempo deixou de utilizar a mera subsunção da lei para o caso concreto. Assim,

objetiva-se demonstrar a contribuição trazida pela utilização de tais técnicas para o aumento da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, sem prejuízo da evolução jurisprudencial e do dinamismo do direito.

#### **Abstract:**

This study focuses on the innovation brought by the Civil Procedure Code of 2015 in order that the reasoning of judicial decisions must necessarily take into account the case law, precedents and statements of precedent relied upon by the parties. By analyzing section VI of § 1 of Article 489 of the CPC/15 we see the need for a detailed study on two techniques that give dynamism to the precedents: the distinguishing and overruling. The paper aims to demonstrate that the requirement to give reasons for decisions in light of the precedents, as well as application techniques and confrontation of these presents as essential to a coherent system of law that have long since stopped using the mere subsumption of the law to the case. Thus, the objective is to demonstrate the contribution brought by the use of such techniques for increasing legal certainty and predictability of decisions, without detriment to the case law developments and the dynamism of law.

**Palavra Chave:** Precedentes - Distinguishing - Overruling - Fundamentação CPC/2015 - art. 489.

**Keywords:** Precedents - Distinguishing - Overruling - Reasoning - CPC/2015, Art. 489.

#### **1. Introdução**

O art. 489 da Lei 13.105/2015 (CPC/2015) trata dos elementos essenciais da sentença, elencando - tal qual fazia o Código de Processo Civil anterior - em cada um de seus três incisos, os seguintes elementos: I - relatório, II - fundamentos e III - dispositivo. Até aqui, nada de inovador, haja vista que o art. 458 do CPC/1973 previa exatamente os mesmos elementos essenciais da sentença. A partir do § 1.º do art. 489 do CPC/2015, todavia, já se pode falar efetivamente em inovação, porquanto o legislador optou por detalhar e especificar como deve ser fundamentada a decisão judicial, sob pena de ser considerada nula.

Nesse sentido, o § 1.º do art. 489 do CPC/2015 estipula que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

No que diz respeito ao objetivo do presente artigo, é de suma importância a previsão contida no último inciso do referido parágrafo, pois é nela que se encontra a normatização da aplicação das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*. Tal previsão normativa, sem sombra de dúvidas, reflete uma preocupação doutrinária com a necessidade de se aumentar a exigência de fundamentação analítica das decisões judiciais, podendo-se afirmar que o referido dispositivo é norma expletiva em relação ao art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil. De igual modo, a exigência de fundamentação das decisões levando-se em conta os precedentes representa a positivação da pretensão de correção das decisões anteriormente proferidas<sup>1</sup> e o reconhecimento do ônus argumentativo para a superação de um entendimento anterior.<sup>2</sup> Em outras palavras, a exigência de racionalidade nas decisões, bem como o respeito ao *stare decisis* horizontal e vertical, como consequência lógica do Estado Constitucional, agora está positivada no Código de Processo Civil, de modo que se espera uma modificação de paradigma na relação entre juiz e jurisdicionados, bem como na relação destes com o próprio processo civil. Tais

relações serão exploradas posteriormente, no desenvolvimento desse artigo.

O respeito ao precedente se dá no âmbito da ordem institucional, estando estruturado para promover a unidade do direito e visando sempre à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa.<sup>3</sup> Precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores,<sup>4</sup> entretanto, sua aplicação não pode, sob hipótese alguma, deixar de apresentar fundamentação racional e analítica, a qual permite o controle intersubjetivo da decisão proferida.

Há que se enfrentar, todavia, uma das principais objeções feitas por parte da doutrina no que diz respeito à possibilidade de se instaurar um sistema de precedentes no Brasil: a solução do problema da incerteza do direito e da insegurança jurídica por meio da adoção do sistema de precedentes poderia levar a um engessamento da atividade jurisdicional, uma vez que haveria menor possibilidade de evolução e modificação dos entendimentos e interpretações, em face da obrigatória vinculação ao precedente.<sup>5</sup> Igualmente, existe temor de que a má aplicação da teoria dos precedentes venha a sustentar práticas mecanicistas e meramente estatísticas nos tribunais pátrios, que se afastariam cada vez mais da boa análise de cada caso e dos fundamentos jurídicos a ele aplicáveis.<sup>6</sup>

Pretende-se, neste artigo, responder de forma detalhada a essa objeção, por se entender que as técnicas do *distinguishing* e do *overruling* cumprem exatamente o papel de dar dinamicidade ao sistema jurídico que adota a teoria dos precedentes, permitindo que os aplicadores do direito superem entendimentos e realizem distinções entre os casos em julgamento e àqueles anteriormente julgados. A adoção de tais técnicas permite que a evolução da sociedade possa ser acompanhada tempestivamente pela prestação jurisdicional. Todavia, também é preciso enfrentar o problema dos critérios normativos que permitem que se afaste a aplicação de um precedente, bem como as exigências de fundamentação da decisão que contraria um precedente, haja vista a existência de presunção de correção em favor deste.

O próximo tópico, portanto, tratará do conceito das supramencionadas técnicas e apresentará alguns exemplos de sua aplicação e funcionamento, para que se possa, no capítulo final, tecer alguns juízos críticos sobre a sua introdução e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sobremaneira no que diz respeito à fundamentação da decisão judicial.

## 2. As técnicas do *distinguishing* e *overruling*

Antes de iniciar o estudo detalhado das técnicas de distinção e superação de precedentes é preciso tecer breves comentários a respeito da forma como se aplicam precedentes para resolução de casos, e como deve ser feita a fundamentação da decisão com base em precedentes, observando-se as exigências postas pelo § 1.º do art. 489 do CPC/2015.

De forma bastante didática - e talvez demasiadamente simplificada - afirma-se que decidir com base em precedentes consiste em aplicar uma decisão proferida anteriormente, ou as razões fundamentais daquela decisão, para decidir um caso futuro, em face das semelhanças entre os casos. Em uma frase: decidir com precedentes é tratar de forma igual casos que podem ser considerados iguais, ou, *treat like cases alike*. A teoria dos precedentes traduz essencialmente a ideia de que o julgador está obrigado a proferir a mesma decisão que foi tomada em uma ocasião anterior, quando se decidiu um caso semelhante.<sup>7</sup>

Nesse contexto, é possível depreender que "o que efetivamente vincula num precedente é a *ratio decidendi*. Diz-se que a *ratio* é uma proposição de direito necessária para a decisão".<sup>8</sup> Ainda em relação às razões de decidir, também sinaliza-se que a *ratio decidendi* não consiste apenas em uma razão de direito fundamental para a decisão do caso, mas também integram a *ratio decidendi* os elementos fáticos considerados pelo julgador na formação da decisão.<sup>9</sup>

A fórmula para decidir com base em precedentes poderia ser explicada do seguinte modo: (i) o julgador

examina o caso, considerando os fatos e sua qualificação jurídica bem como o direito pleiteado pelas partes; (ii) o julgador verifica a existência de semelhanças relevantes entre o caso que deve ser decidido e os precedentes existentes sobre o tema, tanto aqueles invocados pelas partes quanto os que já são de seu conhecimento; (iii) o julgador extrai a *ratio decidendi* do precedente e, posteriormente, (iv) decide se aplica ou não aplica o precedente, sempre de forma detalhadamente fundamentada. E é exatamente no quarto passo da decisão que se verifica a possibilidade de utilização das técnicas de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*) do precedente.

## 2.1. Distinguishing

Como se viu, a técnica de distinção entre o precedente e o caso que está sendo julgado ocorre na etapa derradeira do processo decisório com base em precedentes, haja vista que somente poderá ser aplicada após ter sido devidamente verificada a possibilidade de aplicação do precedente ao caso, e após ter sido extraída do precedente a *ratio decidendi*. Portanto, a técnica do *distinguishing* é utilizada para fundamentar a decisão de aplicar ou não o precedente para solucionar o caso em julgamento.

Tendo a compreensão do momento em que se aplica a técnica do *distinguishing*, é preciso compreender no que, de fato, consiste realizar a distinção entre o caso em julgamento e o precedente.

Aplicar a *distinguishing* é o oposto de raciocinar por analogia. Quando se distingue um caso de outro, o argumento utilizado aponta que os fatos do caso precedente são, em alguma medida, diferentes dos fatos do caso em julgamento, de tal modo que as razões fundamentais do precedente não deverão ser aplicadas ao caso em julgamento, realizando-se uma exceção que permite que o julgador se furte da aplicação do precedente.<sup>10</sup> Em suma, verifica-se que o precedente seria aplicável para solucionar o caso; todavia, a existência de alguma peculiaridade existente no caso em julgamento que não existia no caso-precedente autoriza que o julgador excepcione a aplicação do precedente, que permanecerá válido, mas terá seu sentido reduzido para se adaptar ao caso concreto.<sup>11</sup>

Pode-se vislumbrar tal conceituação mais facilmente por meio do seguinte exemplo:<sup>12</sup> existe no ordenamento jurídico a regra de que a parte pode ser obrigada a adimplir contratos não cumpridos, sendo que tal regra é extraída de um precedente. Em situação futura, o caso em julgamento trata de um negócio jurídico que foi celebrado pelas partes, mas não foi devidamente cumprido por elas. Em princípio, dever-se-ia obrigar a parte a adimplir o contrato, por aplicação da regra constante do precedente. Todavia, verifica-se que o negócio em análise possui como parte contratante um menor de idade. Assim, tendo em vista essa peculiaridade no caso a ser julgado, é possível que se realize a distinção em relação ao caso precedente, que permanecerá válido para todas as situações futuras, salvo se houver a presença de menores de idade nos contratos. Reduziu-se o sentido da regra constante do precedente, que agora passa a comportar uma exceção: a parte pode ser obrigada a adimplir contratos não cumpridos, salvo se uma das partes for incapaz.

Evidentemente, na prática cotidiana de interpretação e aplicação do direito, as complexidades que envolvem os casos em julgamento tornam a tarefa muito mais árdua do que no exemplo acima, o qual possui fins meramente didáticos. Grande parte da dificuldade de se realizar a aplicação e a distinção de precedentes situa-se no âmbito da comparação entre os casos e na definição do que deve ser considerado necessário ou contingente na verificação da semelhança entre os casos.<sup>13</sup>

Em outras palavras, uma situação fática somente pode ser considerada semelhante à outra com base em algum critério, e esse critério precisa estar claro e definido, permitindo a racionalidade e o controle do processo decisório. Ao se analisar dois casos, será possível verificar a existência de semelhanças e diferenças, pois dificilmente ambos serão exatamente iguais. É preciso compreender o que integra o núcleo do precedente e o que é irrelevante para a tese jurídica ali empregada.

Imagine-se, por exemplo, um caso envolvendo defeitos em um veículo da fabricante Ford no qual se

decidiu que esta deverá responder pelos danos causados pelos defeitos do produto. Parece razoável que em outro caso envolvendo danos causados por um veículo fabricado pela Toyota o precedente da Ford seja invocado. Note-se: em que pese exista diferença entre os casos analisados, a *ratio decidendi* que se extrai do precedente pode ser aplicada ao caso futuro, pois a peculiaridade fática - o precedente trata de veículo da Ford e o caso em julgamento de veículo da Toyota - é irrelevante para a tese jurídica aplicada, não permitindo que se afaste o precedente.

Algo diferente ocorre em uma situação envolvendo danos causados por defeitos em um veículo fabricado pela Ford na qual se verifica que os defeitos são decorrentes de manutenção realizada em contrariedade às orientações constantes do manual do veículo. Nesse caso não será possível a aplicação do precedente, muito embora em uma análise apressada, fosse possível afirmar que o precedente poderia ser aplicado ao caso, tendo em vista que envolvia danos causados por defeitos em veículo, a presença do fato peculiar de que os danos ocorreram tão somente por conta da atuação da vítima - que realizou a manutenção de forma equivocada - permite que se excepcione o precedente.

O direito classifica os fatos e objetos do mundo à sua própria maneira, pois possui seus valores e objetivos característicos.<sup>14</sup> E é exatamente por esse motivo que a *ratio decidendi* não pode ser considerada tão somente por suas razões de direito, mas necessariamente precisa levar em consideração os fatos do caso e a forma como eles foram classificados pelo direito.<sup>15</sup> Importa muito mais a verificação do critério utilizado para classificar os fatos sob o ponto de vista do direito do que propriamente a semelhança dos fatos nos casos que estão sendo comparados. Uma situação fática somente pode ser considerada semelhante a outra com base em algum critério.

Em síntese, a técnica do *distinguishing* é aquela que permite que a regra estabelecida pelo precedente sobreviva, embora seu sentido se torne menos abrangente.<sup>16</sup> O julgador faz referência ao precedente, afirmando que ele seria plenamente aplicável ao caso que está sendo julgado; contudo, em virtude de uma peculiaridade que existe no caso julgado e que não existia no caso precedente, a regra deve ser reformulada para se adaptar à circunstância.<sup>17</sup> Em outras palavras, "se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes - e, por isso, não consideradas - no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação".<sup>18</sup>

Não é possível ignorar as dificuldades na realização do cotejo entre o caso em julgamento e o caso precedente, tampouco o problema da verificação da *ratio decidendi* que será utilizada para solução do caso, motivo pelo qual as decisões precisam sempre ser fundamentadas de forma precisa e analítica, permitindo o controle das decisões do julgador pelas partes envolvidas na lide, bem como o exercício das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa.

A técnica aqui apresentada afigura-se como essencial para que um sistema judicial que aplica precedentes não seja demasiadamente rígido e, por consequência, produza um número inaceitável de injustiças. Entretanto, conforme visto, as exigências de fundamentação e demonstração analítica do raciocínio jurídico empregado no julgamento são indispensáveis para que se possa controlar ao máximo a discricionariedade do julgador.

## 2.2. Overruling

Diferentemente do que alegam as objeções realizadas pelos críticos do sistema de precedentes, no sentido de que o mesmo leva ao engessamento do ordenamento jurídico, a perspectiva moderna da teoria dos precedentes não admite que existam decisões que não possam ser superadas ou modificadas. A tradição inglesa por muito tempo defendeu que os precedentes da *House of Lords* não poderiam ser modificados, por respeito aos valores da certeza, estabilidade e previsibilidade.<sup>19</sup>

Todavia, até mesmo na Inglaterra, atualmente - após a edição do *practice statement* da *House of Lords* em 1966 - a Corte Suprema pode superar e modificar seus próprios precedentes, ainda que recaia sobre

tal atividade um ônus argumentativo considerável, em virtude da presunção de correção em favor do precedente. Esse assunto, no entanto, poderá ser aprofundado em uma futura pesquisa, haja vista que a sua análise detalhada no presente trabalho desbordaria o objetivo aqui proposto. O que importa destacar, por ora, é o seguinte: na moderna teoria dos precedentes existe uma flexibilização do *stare decisis*, sobretudo no que diz respeito à sua perspectiva horizontal, tendo em vista que uma Corte pode superar e modificar seus próprios precedentes.

É preciso, agora, verificar quais são as situações que autorizam a Corte a superar seu entendimento anterior, uma vez que não se pode admitir que essa superação de entendimento ocorra ao alvedrio dos julgadores, sob pena de mitigação total da estabilidade do sistema e da confiança gerada por ele, valores tão caros ao Estado democrático constitucional.

A técnica do *overruling* é um instrumento que permite uma resposta judicial ao desgaste da dupla coerência do precedente. Essa dupla coerência consiste em: (i) congruência social e (ii) consistência sistêmica. Assim, quando o precedente carecer de dupla coerência, ele estará violando os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* - a segurança jurídica e a igualdade - deixando de autorizar a sua replicabilidade. Nesse cenário, o precedente deverá ser superado. Ao teste de dupla coerência dá-se o nome de norma básica para superação de precedente (*basic overruling principle*).<sup>20</sup>

A seguir, serão expostos dois exemplos, a fim de demonstrar a aplicação dos conceitos acima delineados, bem como realizar o teste da norma básica para superação de precedente. No primeiro, uma situação em que o precedente carece de congruência social; no segundo, há ausência de consistência sistêmica.

Imagine-se a seguinte situação:<sup>21</sup> um pai de dois filhos, que possuem dois anos de diferença de idade entre si, determina que os seus filhos, ao atingirem a maioridade, poderão utilizar o veículo da família para passear com seus amigos. O filho mais velho, ao atingir os 18 anos e obter sua carteira de habilitação, solicita ao pai a utilização do veículo para sair com sua namorada. O jovem dirige após ter ingerido considerável quantia de álcool, ocasionando um acidente de trânsito que por muito pouco não tirou a sua vida. Cerca de dois anos depois, quando o filho mais novo atingiu a maioridade, tendo em vista o precedente aberto pelo pai para o seu irmão, solicita o veículo da família para realizar uma viagem com seus amigos. Entretanto, seu pai, em face da experiência negativa no passado, nega o empréstimo do veículo, contrariando sua determinação anterior. Pode-se afirmar, nesse caso, que o pai realizou um *overruling* em face da experiência recalcitrante gerada pela decisão anterior. Ele realizou o teste de dupla coerência e verificou que não havia mais congruência social capaz de sustentar a aplicação do precedente, haja vista que a experiência anterior demonstrou que seus filhos não possuíam maturidade suficiente para dirigir o veículo da família sem supervisão. Em suma, o pai percebeu que sua decisão anterior foi equivocada, e com base nas experiências negativas geradas por ela resolveu superar aquele entendimento.

Exemplo bastante elucidativo de *overruling* por ausência de consistência sistêmica foi promovido pela 1.<sup>a</sup> Turma do STF. A Corte possuía entendimento no sentido de admitir a utilização de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário constitucional (ROC),<sup>22</sup> o que era amplamente utilizado por advogados, tendo em vista que a tramitação de *habeas corpus* possui trâmite prioritário. Todavia, esse precedente do STF ocasionou abarrotamento de *habeas corpus* nos gabinetes do Supremo, de tal sorte que não mais havia possibilidade de dar a eles a necessária tramitação célere. Mais do que isso, os "verdadeiros" *habeas corpus* restaram prejudicados pela utilização maciça dos "*habeas substitutivos de ROC*", o que revelou um prejuízo sistêmico maior do que o benefício trazido pelo precedente. Deste modo, o Min. Marco Aurélio, no julgamento do HC 109956, sustentou que o precedente deveria ser superado, tendo em vista que não resistia ao teste de dupla coerência, ao esbarrar no requisito de consistência sistêmica.<sup>23</sup>

Os exemplos acima citados demonstram situações em que a superação do precedente poderá ocorrer,

tendo-se sempre em conta que a aplicação da técnica do *overruling* é exceção, pois a regra é que os precedentes sejam respeitados e aplicados sempre que os casos a serem julgados possuam semelhanças que permitam o seu emprego na decisão do caso.

Portanto, afirma-se a existência de presunção de correção em favor do precedente, a qual somente poderá ser superada naqueles casos em que a regra do precedente seja óbvia e seriamente injustificável.<sup>24</sup> Em outras palavras, um precedente somente poderá ser considerado superável quando os resultados produzidos por sua aplicação aos casos futuros sejam evidentemente piores do que a sua superação. A superação de precedentes deve ser considerada, nesse sentido, como um mal necessário - ainda que seja prejudicial ao sistema a superação de um precedente, em razão da quebra da confiança no precedente, por exemplo -, a manutenção de um precedente que produz maus resultados traz ainda mais prejuízos ao sistema, justificando-se a sua expurgação.

Dessa forma, conforme se demonstrou, a adoção de um sistema de precedentes não conduz de forma imediata a um engessamento das decisões. A técnica do *overruling* significa justamente a possibilidade de superação do precedente que não se encontra mais em relação de coerência com o ordenamento. Contudo, a fundamentação da decisão que supera um precedente deverá ser sempre mais detalhada e pormenorizada do que a decisão que aplica o precedente. Isso porque o ônus argumentativo da decisão que alega a superação do entendimento constante do paradigma precisa demonstrar de forma racional e convincente que, de fato, o precedente que seria aplicável ao caso não deve mais permanecer vigendo no sistema.

### 3. A fundamentação da decisão judicial em um sistema de precedentes

"Existindo um Poder Judiciário, deve haver meios de controle sobre a racionalidade de suas decisões de forma a garantir a uniformidade e a continuidade do direito para todos os casos análogos futuros."<sup>25</sup>

Tendo analisado as definições e a forma de aplicação das técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) de precedentes, podendo-se afirmar que tais técnicas abrem possibilidades de dinamização do sistema e de flexibilização do *stare decisis*, é preciso verificar quais são os requisitos no que diz respeito à fundamentação da decisão que aplica um precedente, realiza distinção ou supera um precedente. Não se pode perder de vista o objeto do presente ensaio: o § 1.º do art. 489 do CPC/2015, o qual trata das exigências de fundamentação das decisões judiciais. Nesse contexto, passa-se a analisar a fundamentação da decisão judicial em um sistema de precedentes.

Conforme adiantou a epígrafe do presente capítulo, a fundamentação das decisões judiciais é, antes de tudo, a principal forma de controle sobre a racionalidade da atuação judicial, uma vez que somente será possível o pleno exercício das garantias do contraditório e da ampla defesa por parte dos jurisdicionados, se o julgador explicitar de forma analiticamente fundamentada suas decisões acerca da interpretação e aplicação do direito - lei ou precedente - ao caso concreto.

Nesse contexto, não se pode perder de vista o impacto do constitucionalismo, juntamente com a evolução da teoria da interpretação e do desenvolvimento da argumentação jurídica<sup>26</sup> que ensejaram modificações nas funções das Cortes, as quais não mais podem ser consideradas como declaradoras do exato sentido da lei, mas sim como atribuidoras de sentido ao direito, mediante a apresentação de "razões racionalmente convincentes".<sup>27</sup>

E, dentro dessa perspectiva, afiguram-se como essenciais as exigências de fundamentação da decisão judicial, uma vez que as razões racionalmente convincentes precisam ser devidamente apresentadas e submetidas ao contraditório, não mais se admitindo decisões baseadas unicamente em argumentos de autoridade, ou que simplesmente reproduzem entendimentos sem demonstrar como se amoldam ao caso que está sendo julgado.

Em outras palavras, ainda que a teoria dos precedentes e o *stare decisis* vertical atribua às Cortes de Vértice a competência para indicar qual o sentido do direito posto, esse poder somente se legitimará quando for exercido de forma racional e convincente. A fundamentação da sentença deve operar como meio para que se possam justificar as escolhas feitas pelo julgador, que deverá expressar de forma clara e transparente suas valorações e decisões sobre a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, permitindo, com isso, o controle intersubjetivo de sua racionalidade.<sup>28</sup>

Isso posto, não se pode deixar de considerar que a *ratio decidendi* de um precedente não deixa de ser uma regra que também é veiculada por meio de um texto, e assim sendo, é passível de interpretação. Como se viu, o processo de interpretação que permite ao aplicador do direito chegar à norma, partindo do texto, deve ser realizado de forma racional e fundamentada, permitindo o controle intersubjetivo das decisões realizadas sobre a interpretação. De igual modo, a aplicação do precedente precisa levar em conta as peculiaridades do caso que o gerou, não podendo ser considerado tão somente como uma regra que, em vez de estar positivada na legislação, está estampada em decisão anteriormente proferida.

Nesse sentido, afirma-se que "para o precedente ser aplicado, deve estar fundado em um contexto, sem a dispensa de profundo exame acerca das peculiaridades do caso que o gerou. Logo, a fundamentação de um princípio através do uso da jurisprudência, em nosso sistema, não dispensa o que é mais caro para a *common law* - a justificação acerca da similitude do caso que está servindo como *holding*".<sup>29</sup>

De igual forma, o emprego de técnicas de distinção e superação de precedentes também precisa estar inserido nesse contexto de justificação e fundamentação das decisões. Em verdade, mais ainda do que a decisão que aplica um precedente, a decisão que realiza a *distinguishing* ou o *overruling* precisa apresentar todas as razões consideradas para se chegar à conclusão de distinguir ou superar o precedente.

Como visto anteriormente, em uma decisão com base em precedentes o julgador examina o caso, considerando os fatos e sua qualificação jurídica bem como o direito pleiteado pelas partes. Após, verifica a existência de semelhanças relevantes entre o caso que deve ser decidido e os precedentes existentes sobre o tema e, então, percebendo que existem semelhanças entre o caso a ser decidido e algum dos precedentes em análise, extrai a *ratio decidendi* do precedente para, finalmente, decidir se irá aplicar ou não o precedente, estando autorizado a furtar-se da aplicação do precedente somente nos casos de distinção ou superação do entendimento.

Sendo o processo decisório composto por tantas etapas diferentes, e em face da necessidade de tomada de decisões em cada uma delas, a única forma de se realizar algum controle e algum tipo de influência sobre a atividade de decisão judicial se dá por meio de uma fundamentação detalhada e analítica, de tal sorte que as partes envolvidas sejam capazes de compreender as decisões e escolhas do julgador.

#### 4. Conclusões

1.A inovação trazida pelo art. 489 do CPC/2015 diz respeito aos elementos essenciais da sentença, com ênfase para a fundamentação da decisão judicial, que deverá levar em consideração os precedentes, somente furtando-se de aplicá-los quando puder racionalmente realizar distinções ou superações.

2. A aplicação da técnica chamada *distinguishing* é uma forma de excepcionar o precedente, sem, no entanto, expurgá-lo do sistema. Sua aplicação deve ser realizada quando o caso concreto possuir particularidades fático-jurídicas não presentes - e, por isso, não consideradas - no precedente.

3. A aplicação do *overruling* pressupõe que o precedente não mais se sustenta, de modo que não poderá ser aplicado ao caso em julgamento. O teste básico realizado para verificar se o precedente pode ser superado é chamado de *basic overruling principle*. Por meio desse teste apura-se se o precedente possui consistência sistêmica e congruência social, podendo permanecer em vigência, se deverá ser superado,

caso falhe em um dos dois aspectos do teste.

4. Tais técnicas são instrumentos que permitem a atualização e o desenvolvimento dos precedentes, autorizando que a prestação jurisdicional acompanhe de forma eficaz os avanços e modificações da sociedade, sem se perder de vista a necessidade de uniformidade, segurança jurídica, igualdade e coerência normativa, valores que o sistema de precedentes almeja maximizar.

5. A forma mais adequada de se controlar a atividade dos juízes ao realizarem distinções (*distinguishing*) e superações (*overruling*) de precedentes é a fundamentação analítica da decisão judicial, de modo que o julgador explicita de forma clara e objetiva as decisões tomadas por ele em cada uma das etapas do processo decisório.

6. O Código de Processo Civil de 2015 traz importante inovação que oferece grande possibilidade para que a doutrina e a jurisprudência no Brasil voltem cada vez mais seus olhares para a boa técnica de decisão, bem como para a necessária exigência de fundamentação detalhada, objetiva e analítica, como forma de aumento da qualidade das decisões e da possibilidade de realização de controle intersubjetivo do processo de interpretação e aplicação do direito.

## 5. Referências bibliográficas

Alexander, Larry; Sherwin, Emily L. Precedent. *University of San Diego - Legal Studies Research Paper* n. 5-14.

Arruda Alvim Wambier, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 9.

\_\_\_\_\_. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*. ano. 99. vol. 893. p. 33-45. São Paulo: Ed. RT, 2010.

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

Didier Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 2.

Fruehwald, Edwin S. Legal Argument and Small-Scale Organization (2007). *Hofstra University: Legal Studies Research. Paper* n. 7-11.

Maccormick, D. Neil; Summers, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

Marinoni, L. G. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*. vol. 950. p. 165. São Paulo: Ed. RT, 2014.

Mitidiero, D. F. *Cortes Superiores e Cortes Supremas - Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 61-78. São Paulo: Ed. RT, 2012.

Schauer, Fredrick. Precedent. *Stanford Law Review*. n. 39. p. 571-605. 1987.

\_\_\_\_\_. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

Schmitz, L. Z. Compreendendo os "precedentes no Brasil" - Fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. vol. 226. p. 349-384. São Paulo: Ed. RT, 2013.

Streck, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos. In: Copetti, André; Streck, Lenio Luiz; Rocha, Leonel Severo (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Zaneti Jr., Hermes. Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o novo Código de Processo Civil. Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 235. p. 293. São Paulo: Ed. RT, 2014.

### Pesquisas do Editorial

- PRECEDENTES, JURISPRUDÊNCIA E SÚMULAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, de Daniel Mitidiero - RePro 245/2015/333
- PRECEDENTES JUDICIAIS E SEPARAÇÃO DE PODERES, de Thiago Baldani Gomes De Filippo - RePro 247/2015/423
- O SISTEMA DE PRECEDENTES DESENVOLVIDO PELO CPC/2015 - UMA ANÁLISE SOBRE A ADAPTABILIDADE DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) E DA DISTINÇÃO INCONSISTENTE (INCONSISTENT DISTINGUISHING), de Ravi Peixoto - RePro 248/2015/331

---

#### FOOTNOTES

---

1

Tal conceito será desenvolvido posteriormente; todavia, por ora, basta saber que a pretensão de correção das decisões anteriormente proferidas é um dos fundamentos de um sistema de precedentes, porquanto parte do princípio de que os casos futuros devem ser decididos conforme os casos precedentes simplesmente porque aquela decisão é correta e universalizável. Sob tal perspectiva, o ônus argumentativo da decisão que deixa de seguir o precedente sempre será maior do que aquele que recai sobre a decisão que repete um precedente.

2

Zaneti Jr., Hermes. Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil. Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da jurisprudência persuasiva como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*. vol. 235. p. 293. São Paulo: Ed. RT, 2014.

3

Mitidiero, D. F. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 61-78. São Paulo: Ed. RT, 2012.

4

Maccormick, D. Neil; Summers, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth: Ashgate, 1997. p. 2.

5

A exemplo do que ocorreu na Inglaterra até 1966, onde o sistema de precedentes era tão rígido que a *House of Lords* não podia sequer modificar seus próprios precedentes, na versão mais rígida que se conhece até hoje do *stare decisis*. A supervalorização da segurança jurídica e da estabilidade do direito levou até mesmo a casos extremos em que, por ode à igualdade, replicou-se erro cometido pelo tribunal julgando um caso, para todos os casos subsequentes, por aplicação acrítica do precedente formado. Veja-se, por todos: Cruz e Tucci, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

---

6

Schmitz, L. Z. Compreendendo os "precedentes no Brasil" - Fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. vol. 226. p. 349-384. São Paulo: Ed. RT, 2013.

---

7

Schauer, F. Precedent. *Stanford Law Review*. n. 39. p. 571-605. Stanford: Stanford University, 1987.

---

8

Arruda Alvim Wambier, Teresa. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. *Revista dos Tribunais*. ano. 99. vol. 893. p. 33-45. São Paulo: Ed. RT, 2010.

---

9

Idem, *ibidem*.

---

10

Fruehwald, Edwin S. Legal Argument and Small-Scale Organization. *Hofstra University: Legal Studies Research. Paper* n. 7-11.

---

11

Didier Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 2, p. 402-403.

---

12

O exemplo é de autoria de Melvin A. Eisenberg e foi citado pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier (Arruda Alvim Wambier, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Doutrinas essenciais de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 9).

---

13

Tal preocupação é compartilhada por: Schauer, Fredrick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

---

14

Idem, p. 47.

---

15

Cruz e Tucci, José Rogério. *Op. cit.*, p. 171.

---

16

Arruda Alvim Wambier, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade... *cit.*, p. 10.

---

17

Idem, p. 11.

---

18

Mitidiero, D. F. Fundamentação e precedente... *cit.* p. 61-78.

---

19

Cruz e Tucci, José Rogério. Op. cit. p. 160.

---

20

Mitidiero, D. F. Fundamentação e precedente... cit. p. 61-78.

---

21

O exemplo, aqui adaptado, foi utilizado pelo Prof. Dr. Hermes Zaneti Jr. em aula aberta proferida no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS em 09.05.2015.

---

22

Não existe um precedente específico sobre o tema, mas a prática da Corte indicava para a aceitação pacífica da utilização de um instrumento em substituição ao outro, conforme se pode verificar na própria fundamentação da decisão que superou esse entendimento.

---

23

Conforme consta do voto do Min. Marco Aurélio, no HC 109956, "com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o STJ estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários". E ainda, "o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inc. LXVIII do art. 5.º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos arts. 102, II, *a*, e 105, II, *a*, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o STJ contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça".

---

24

Alexander, Larry; Sherwin, Emily L. Precedent. *University of San Diego: Legal Studies Research Paper* n. 5-14.

---

25

Zaneti Jr., Hermes. Op. cit., p. 3.

---

26

Aqui é preciso ter em mente a elaboração teórica da Escola de Gênova, cujos principais expoentes são Tarello, Guastini e Chiassoni, segundo a qual existe separação estrutural entre texto e norma, sendo a última o produto final do processo de interpretação. Conforme afirmou o professor Luiz Guilherme Marinoni (Marinoni, L. G. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. *Revista dos Tribunais*, vol. 950, p. 165. São Paulo: Ed. RT, 2014). No mesmo sentido: Mitidiero, D. F. *Cortes Superiores e Cortes Supremas - Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

---

27

Marinoni, L. G. Op. cit., p. 165.

---

28

Mitidiero, D. F. *Cortes Superiores...* cit., p. 59.

---

29

Streck, Lenio Luiz. Da interpretação de textos à concretização de direitos. In: Copetti, André; Streck, Lenio Luiz; Rocha, Leonel Severo (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 172, n. 2.

