

A TEORIA DO OVERRULING À LUZ DE ROBERT ALEXY: DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONSENSO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Leonardo Bolelli da Rocha

THEORY OF OVERRULING IN THE LIGHT OF ROBERT ALEXY: FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSENSUS AND OVERCOMING THE PRECEDENT

RESUMO

Neste artigo, propõe-se que seja desenvolvida uma teoria do *overruling* incorporada à percepção de concretização dos direitos fundamentais. Por *overruling* entende-se a mudança de entendimento de determinado tribunal acerca de tema jurídico anteriormente pacificado, por alteração no ordenamento jurídico ou por evolução fática histórica. Nesse contexto, definiu-se como problema de investigação o seguinte: é possível sistematizar e conferir maior legitimidade e racionalidade ao instituto do *overruling*? Desta feita, o objetivo do estudo é analisar a possível sistematização e legitimação racional do instituto da superação total (*overruling*) do precedente, a fim de chegar a uma “fórmula consenso” à luz da “fórmula peso”, de Robert Alexy. Justifica-se a pesquisa no fato de ser necessário demonstrar que a referência teórica de Robert Alexy aos direitos fundamentais dos Estados Democráticos de Direito como paradigma constitutivo do direito constitucional contemporâneo repercute diretamente na práxis jurisdicional, projetando efeitos sobre as estruturas e a dinâmica de materialização desta. Sobre o método de estudo, optou-se pela revisão de literatura por meio de pesquisa bibliográfica. As conclusões finais evidenciam ser possível adaptar a linguagem técnica ou formal desenvolvida por Robert Alexy, a fim de aplicar raciocínio semelhante na superação total (*overruling*) do precedente, visando conferir racionalidade ao sistema de vinculação aos precedentes (*stare decisis*) e garantir unidade e estabilidade ao direito em prol da segurança jurídica e da isonomia.

» PALAVRAS CHAVE: TEORIA. OVERRULING. SUPERAÇÃO. PRECEDENTE. ROBERT ALEXY.

ABSTRACT

This article proposes the development of a theory of *overruling*, embodied in a perception of the achievement of fundamental rights. *Overruling* is understood to be the change of comprehension of a certain court on a previously pacified legal issue, by alteration in the legal framework or by historical evolution. In this context, the following question was defined as a research problem: is it possible to systematize and give greater legitimacy and rationality to the *overruling* institute? The purpose of this study is to analyze the possible systematization and rational legitimation of the *overruling* in order to arrive at a “consensus formula” in the light of Robert Alexy’s “weight formula”. This research is required to show that Robert Alexy’s theoretical reference to the fundamental rights of democratic states of law as a constitutive paradigm of contemporary constitutional law has a direct impact on jurisdictional practice, projecting effects on the structures and dynamics of their materialization. Regarding the method of study, we opted for literature review through bibliographic research. The final conclusions pointed that it is possible to adapt the technical or formal language developed by Robert Alexy to apply similar reasoning to overcome a previously pacified legal issue, aiming at conferring rationality to the system of binding precedents (*stare decisis*) and guaranteeing unity and stability to law, bringing legal certainty and isonomy.

» KEYWORDS: THEORY. OVERRULING. OVERCOMING. PRECEDENT. ROBERT ALEXY.

INTRODUÇÃO

Neste estudo, trata-se da legitimação racional do instituto do *overruling*, ou seja, discorre-se sobre a respectiva teoria, que enfatiza, sobretudo, a superação do precedente; e, ao mesmo tempo, sugere-se a possível sistematização dessa teoria, a fim de chegar a uma “fórmula consenso” à luz da “fórmula peso”, de Robert Alexy.

Assim, o objetivo principal, neste artigo, é verificar se é possível sistematizar uma teoria da superação total (*ouerruling*) do precedente que confira racionalidade ao sistema da vinculação aos precedentes (*stare decisis*) e garanta unidade e estabilidade ao direito, trazendo segurança jurídica e isonomia.

Considera-se como *ouerruling* a mudança de entendimento de um tribunal acerca de tema jurídico anteriormente pacificado. Essa mudança jurisprudencial se dá (i) por alteração no ordenamento jurídico ou (ii) por evolução fática histórica. Quando o Tribunal profere decisão que não aplica a jurisprudência da Corte, porque o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam adequadamente à jurisprudência consolidada, ocorre o *distinguishing*.

Quanto aos objetivos específicos no artigo, destacam-se: identificar se a reafirmação ou a superação total (*ouerruling*) dos precedentes judiciais é papel das cortes constitucionais de vértice; analisar se o sistema de vinculação aos precedentes (*stare decisis*) está garantindo unidade e estabilidade ao direito e trazendo segurança jurídica e isonomia; e apresentar os requisitos para a superação total (*ouerruling*) do precedente.

Em relação ao método de estudo, optou-se pela revisão de literatura por intermédio da pesquisa bibliográfica, e a justificativa para a realização desse trabalho é evidenciar que a referência teórica de Robert Alexy aos direitos fundamentais dos Estados Democráticos de Direito como paradigma constitutivo do direito constitucional contemporâneo repercute diretamente na práxis jurídica, projetando efeitos sobre as estruturas e a dinâmica de materialização desta.

A pesquisa torna-se relevante, por ser o assunto novidade em termos de implementação do sistema da vinculação aos precedentes (*stare decisis*) no Brasil, onde existem problemas pragmáticos, escassez doutrinária específica e ausência de teoria para a superação total (*ouerruling*) do precedente.

A importância social do tema consiste na necessidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo.

Assim, percebe-se que há possibilidade de sistematizar e legitimar racionalmente o instituto da superação total (*ouerruling*) do precedente, a fim de chegar a uma “fórmula consenso” à luz da “fórmula peso”, de Robert Alexy.

1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 O DIREITO ROMANO-GERMÂNICO E O *COMMON LAW* EM CRESCENTE APROXIMAÇÃO

O intercâmbio de experiências e, na Europa, as marcantes influências do direito romano e do cristianismo levaram, a partir dos séculos finais da idade média, ao surgimento de dois grandes sistemas jurídicos, os quais, em razão das posteriores experiências coloniais, acabaram por se estender para muito além do velho mundo, especialmente para o continente americano (BORGES; VANDRESEN, 2015).

Desse modo, no mundo ocidental, diferenciam-se os sistemas denominados pela doutrina de romano-germânico (*civil law*) – utilizado nos países europeus de língua latina bem como naqueles de cultura germânica e disseminado, em especial, na parte da América colonizada pelas nações ibéricas –, e de anglo-saxônico (*common law*), surgido inicialmente na Inglaterra e levado aos locais por ela colonizados, marcadamente aos Estados Unidos (BORGES; VANDRESEN, 2015).

Para René David (2002, p. 25), assim se caracteriza o sistema anglo-saxônico:

A regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. As regras respeitantes à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos dos *common lawyers* um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras respeitantes ao fundo do direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade.

Segundo Ronald Dworkin (2016, p. 91), o termo:

common law designa o sistema de direito de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas da Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. De maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através de processo legislativo.

Prevalece, portanto, o direito casuístico, fundamentado nos precedentes judiciais. A obrigação de recorrer às regras que já foram estabelecidas pelos juízes é denominada de *stare decisis*.

Marinoni (2016, p. 25) destaca que, no *common law*,

Discutiu-se intensamente sobre o significado da decisão judicial, ou, mais propriamente, sobre o significado da função jurisdicional. Desejava-se esclarecer se a decisão judicial criava o direito ou somente o declarava e, bem por isso, intuiu-se que se estava discutindo uma teoria da jurisdição.

Parte importante das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro diz respeito à adoção de institutos originados da *common law*, cabendo assinalar a curiosa situação de que sua inclusão no mundo jurídico brasileiro se dá por meio de uma norma legal tão pouco afeta a esse sistema, como é a codificação (BORGES; VANDRESEN, 2015).

O sistema da *common law* se baseia fortemente, portanto, no precedente judicial, ou no conjunto de decisões pretéritas dos magistrados, com base nas quais, por meio de comparações e analogias, busca-se o entendimento que melhor se encaixe à demanda levada à seara judicial (BORGES; VANDRESEN, 2015). Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 828) afirmam que:

Os países que pertencem à tradição do *common law* construíram a prática do precedente judicial vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a *ratio decidendi* de um alto tribunal ser, em princípio, obrigatória para os tribunais inferiores. A criação predominantemente judicial do direito concorreu positivamente para o estabelecimento dessa racionalidade. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado, como referido.

A formalização indicada nesse trecho é criticada por alguns autores como deturpação do sentido da teoria dos precedentes judiciais existente no sistema da *common law*. Lenio Luiz Streck e Georges Abboud (2014, p. 70) assim exprimem tal situação:

Ocorre que a riqueza do precedente no *common law* é justamente a problematização que permite a investigação histórica de sua *ratio decidendi* em relação ao caso a ser solucionado (DNA institucional e jurídico). Desse modo, se fosse possível transformar em enunciado assertórico a *ratio decidendi* das decisões por meio de súmulas, qual seria, então, a função do precedente? O precedente é trabalhado no *common law* justamente porque não é possível prescrutar

sobre a *ratio decidendi* sem confrontá-la com a decisão judicial (precedente) em relação ao caso concreto a ser decidido. Ou seja, da mesma forma que a súmula vinculante não pode entificar o sentido interpretativo da lei para suas hipóteses de aplicação, ela também não pode pretender abstratamente indicar a *ratio decidendi* a ser utilizada para solução dos casos futuros.

Por fim, já há muito o mundo jurídico brasileiro recebe influências de países que tradicionalmente adotam a *common law*, notadamente dos Estados Unidos, sendo certo, por exemplo, que a organização política do Estado brasileiro, desde a proclamação da República, é fortemente calcada na norte-americana, não apenas no Poder Judiciário como também no Legislativo e no Executivo. A mais marcante e polêmica alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil, pautada pela adaptação de postulados da *common law*, é, claramente, a maior força dada aos precedentes pela nova norma processualista (BORGES; VANDRESEN, 2015).

2 ROBERT ALEXY: OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O *STARE DECISIS*

A princípio, Robert Alexy verifica que o conceito correto ou adequado de direito é resultado da relação entre três elementos: (i) a legalidade conforme o ordenamento, (ii) a eficácia social e (iii) a correção material. Sem esses três elementos, obter-se-á um conceito de direito positivista ou jusnaturalista.

Assim, Alexy elaborou sua Teoria dos Direitos Fundamentais com base na tipologia das “normas jurídicas”, cujas espécies são as regras e os princípios. Ele preparou o conceito de norma – denominado conceito semântico –, tendo em vista a importância deste para a compreensão dos direitos fundamentais e para suplantar as dúvidas existentes sobre a diferenciação entre princípios e regras (LIMA, 2014).

Esse autor sustenta a tese de que princípios e regras são normas com base no argumento de que ambos expressam um dever ser. Para ele, a diferença entre os dois não é de grau, mas qualitativa. A novidade da teoria de Alexy, ao distinguir princípios e regras, localiza-se no conceito de princípio: uma norma ordenadora de que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Constituem “deveres – ou mandamentos – de otimização”.

De outra forma, é visto nas palavras de Alexy que a invalidação de uma regra é feita eliminando-se do ordenamento jurídico a regra invalidada:

A validade jurídica não comporta gradação, pois uma norma é válida ou não é válida. Sempre que são verificadas situações em que duas regras cabíveis exprimem juízos de dever ser contraditórios entre si, é necessário que uma delas seja declarada inválida, a não ser que seja possível a introdução de uma cláusula de exceção. A invalidação de uma regra segue critérios clássicos para solução de antinomias, como “norma posterior deroga norma anterior” ou “norma superior deroga norma inferior” (ALEXY, 2002, p. 88).

Nota-se que a solução para os princípios é encontrada de maneira diferente. Ao colidirem, um dos princípios deve ceder frente ao outro, em vez de ser invalidado ou de ser introduzida cláusula de exceção. Em certas circunstâncias, alguns princípios têm preferência sobre outros, uma vez que certo princípio terá maior peso do que outro no caso concreto. Essa é precisamente a diferença em relação ao conflito de regras. É que tais conflitos são resolvidos na dimensão de validade, enquanto as colisões são resolvidas na dimensão de peso (ALEXY, 2002).

Considerando que é possível sistematizar uma teoria da superação total (*ouerruling*) do precedente que confira mais racionalidade ao sistema da vinculação aos precedentes (*stare decisis*) e garanta unidade e estabilidade ao direito, trazendo segurança jurídica e isonomia, identificou-se a possibilidade de se estabelecer uma “fórmula consenso” à luz da “fórmula peso”, de Robert Alexy, para atribuir mais racionalidade ainda à teoria da superação total (*ouerruling*) do precedente por meio da utilização de uma linguagem formal.

Não existe a petrificação dos precedentes, e a própria doutrina oferece alguns instrumentos pelos quais podem ser solucionados casos em que a simples aplicação da decisão anterior não represente o melhor desfecho, circunstâncias em que registradas, se assim se pode dizer, antinomias entre o precedente e o caso concreto. Duas das mais importantes ferramentas para tais fins são aquelas conhecidas como *distinguishing* e *ouerruling* (BORGES; VANDRESEN, 2015).

A primeira delas, o *distinguishing*, cuja raiz semelhante à da língua portuguesa já denota o que significa, é o cenário em que o magistrado distingue a situação fática levada a seu conhecimento do precedente avocado por alguma das partes ou comumente utilizado em casos análogos, dando relevo, assim, às diferenças entre ambos, a fim de justificar a adoção de solução diversa (BORGES; VANDRESEN, 2015).

Não obstante a refinada dogmática construída em torno do tema do *ouerruling*, há parte da doutrina que considera a técnica da revogação como “forma de institucionalizar a prática de juízes adeptos da prática defendida pelo realismo jurídico de utilizar-se das convicções pessoais para construir a fundamentação de suas decisões e justificar racionalmente seus argumentos” (GENNAIOLI; SHLEIFER, 2007, p. 315).

Sobre o tema, Augusto César Moreira Lima (2001, p. 66-67) faz esclarecimentos importantes às correspondentes compreensão e delimitação:

Acreditamos que essa impossibilidade de determinação de uma série de fatos que montariam uma diferença legalmente relevante é exatamente o que dá aos juízes a liberdade necessária para manter o direito atualizado. De outro lado, muita liberdade na procura de diferenças legalmente relevantes pode tirar muito do valor da previsibilidade e da confiabilidade do sistema jurídico. Então, distinções (como aplicada ao desenvolvimento legal) deveriam ser usadas apenas como uma válvula de escape.

Nesse norte, é de notar a importância do *distinguishing* para o bom funcionamento do regime de precedentes. Se, no sistema da *civil law*, é notório não ser factível que o legislador preveja, de antemão, toda a miríade de comportamentos humanos, fatos da natureza e outras matérias que possam ser objeto de lides levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, também não se deve imaginar que, no sistema da *common law*, possa existir tão grande quantidade de precedentes, que acoberte todo o conjunto de relações jurídicas (MARINONI, 2016).

A doutrina assinala dois tipos diferentes de *distinguishing*, pelos quais ou se restringe ou se amplia o sentido do entendimento tomado por base. Haroldo Lourenço (2015, p. 12-13) assim apresenta ambos:

Assim, percebendo o magistrado que há distinção entre o caso em análise e aquele que ensejou o precedente, pode restringi-lo, dando uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da tese jurídica consagrada no precedente, julgando o caso concreto livremente. Há, nessa hipótese, *restrictive distinguishing*. [...] De igual modo, mesmo percebendo que no caso concreto há peculiaridades em relação aos casos anteriores, pode o magistrado estender à hipótese *sub judice* a mesma solução conferida aos casos anteriores, por lhe entender aplicável. Há, nessa hipótese, *ampliative distinguishing*.

Outro ponto relevante a destacar é o fato de que a doutrina do *stare decisis* não significa que se deva tomar integralmente o que ficou decidido no caso anterior, a fim de fundamentar aquele apreciado no momento, cabendo dissociar dois conceitos que, de acordo com a doutrina, compõem uma decisão judicial e que têm efeitos diversos para o regime de precedentes, quais sejam, a *ratio decidendi* (também conhecida como *holding*) e o *obiter dictum* (BORGES; VANDRESEN, 2015).

O *obiter dictum* caracteriza-se por conter os elementos inseridos na decisão, lançados especificamente para aquele caso concreto, sem que venham a influir na resolução da demanda; não são, pois, extrapoláveis às futuras lides em que se analise aquele caso, pelo que, em não sendo parte daquilo que se entende como precedente judicial, carece tal conceito de maior interesse para o estudo aqui realizado (BORGES; VANDRESEN, 2015).

Outro ponto marcante do estudo é o fato de que, na doutrina do *stare decisis* (precedentes obrigatórios), afirma-se que os juízes e os tribunais devem seguir os precedentes existentes, mas, na realidade, eles devem seguir a *ratio decidendi* (razão de decidir) dos precedentes. Por esse motivo, torna-se muito importante identificar a *ratio decidendi*, porque apenas esta tem o efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-la nos julgamentos futuros (MARINONI, 2016).

Existe muita discussão na doutrina a respeito da definição da *ratio* e também em relação à escolha do método mais eficaz para identificá-la nos precedentes. São muitos os conceitos existentes, mas pode-se apontar alguns mais comuns, como: (i) a regra de direito explicitamente estabelecida pelo juiz como base de sua decisão, isto é, a resposta explícita à questão de direito do caso; (ii) a razão explicitamente dada pelo juiz para a decisão, ou seja, a justificação explícita para a resposta dada à questão do caso; (iii) a regra de direito implícita nas razões do juiz para justificar sua decisão, isto é, a resposta implícita à questão de direito do caso (SOUZA, 2011).

O novo Código de Processo Civil deveria ter avançado quanto a essa definição, visando disciplinar o procedimento de votação em colegiado, para obter a decisão resultado de plena deliberação pelos tribunais, e estabelecer critérios para a definição da *ratio decidendi* e a efetiva criação de precedentes, o que, infelizmente, não ocorreu (PANUTTO, 2017, p. 65).

O juiz deve “manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário. Além disto, não deve transformar a sua própria decisão, aos olhos do jurisdicionado, em um ‘nada’” (MARINONI, 2009, p. 207), forçando a parte derrotada a interpor recurso, para fazer valer o entendimento da matéria de direito já definida em precedente (PANUTTO, 2017, p. 65).

De acordo com Macedo, o precedente, em sentido amplo, “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Em sentido ainda mais amplo, “o precedente é um evento passado que serve como um guia para a ação presente” (MACEDO, 2015, p. 88).

De acordo com Didier, Braga e Oliveira (2015), o precedente judicial deve ser analisado como um ato-fato-jurídico, pois, “embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como um fato pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos *ex lege*. São, pois, efeitos anexos da decisão” ou seja, “produz efeitos jurídicos, independentemente da vontade de quem o pratica”.

A grande distinção entre o *stare decisis* inglês e o sistema de precedentes implementado pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro, é que, na Inglaterra, as decisões não nascem como precedentes, sendo proferidas e futuramente podendo ser invocadas como tal. No Brasil, se a decisão proferida tipifica uma das hipóteses do art. 927 do NCPC, ela já nasce como precedente. Desta forma, a adoção da decisão *seriatim* na Inglaterra dificulta a futura aplicação da decisão como precedente, pela dificuldade de se identificar sua *ratio decidendi*; no Brasil, este modelo de decisão gera dificuldade tanto na criação (vez que a decisão já nasce como precedente, por disposição legal), como na sua futura aplicação (PANUTTO, 2017, p. 214).

A propósito das hipóteses da necessidade e das formas de superação de precedentes, resume Daniel Mitidiero: “[...] as Cortes Supremas podem, para promover a unidade do Direito prospectivamente, afastar-se justificadamente dos próprios precedentes, superando-os total (*overruling*) ou parcialmente (*overturning*) mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*) do precedente” (MITIDIERO, 2013, p. 105). Ainda no dizer desse autor, “o papel do precedente é de reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade” (MITIDIERO, 2016, p. 28).

Sua vinculação vertical e horizontal, portanto, está diretamente ligada à segurança jurídica, pilar do estado constitucional (ao lado da dignidade da pessoa humana e da isonomia), (MITIDIERO, 2018). O autor arremata, concluindo que:

A segurança jurídica impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo (MITIDIERO, 2018, p. 17).

Em obra especializada, o mesmo professor destaca que:

As tarefas de uniformizar (das Cortes de Justiça) e de dar unidade (das Cortes Supremas) são diferentes: “é imprescindível notar que a regra do *stare decisis* entre nós não decorre propriamente dos arts. 926 e 927 do CPC. A regra (...) – em suas duas dimensões horizontal e vertical – decorre da compreensão do papel adstritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda em densificar a segurança jurídica a partir não só da atuação de um *juge inanimé* ou de um juiz *oracle of the law*, mas levando-se em consideração a conjugação do trabalho do legislador, da doutrina e do juiz (MITIDIERO, 2016, p. 86).

A regra do *stare decisis* constitui a referência da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação. Essa é a razão pela qual as cortes supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando todas as cortes de justiça e todos os juízes de

primeiro grau obrigados a observar – isto é, a aplicar – os precedentes das supremas cortes e a jurisprudência vinculante das próprias cortes a que vinculados (*stare decisis* vertical) (MITIDIERO, 2018).

Outro destaque importante é a questão da *ratio decidendi*. Na primeira classificação, *ratio decidendi* pode significar:

- (i) a norma jurídica geral que representa a regra, o critério, o princípio, a premissa normativa sobre a qual se funda a decisão do caso concreto (perspectiva normativa abstrata);
- (ii) a norma jurídica geral contextualizada, usada por um juiz para justificar a decisão de um caso concreto (perspectiva normativa concreta);
- (iii) elemento de argumentação criado pelo juiz para motivar a decisão (CHIASSONI, 2014, p. 81).

Na segunda classificação, *ratio decidendi* pode ser:

- (i) elemento da motivação que é necessário para a decisão de um caso; (ii) princípio de Direito que é suficiente para a decisão de um caso concreto; (iii) argumentação necessária e suficiente para decidir um julgamento; (iv) norma (regra ou princípio) que constitui, alternativamente, condição não necessária, mas suficiente, ou necessária, mas não suficiente de uma decisão; (v) norma que o Tribunal tem efetivamente estabelecido ou seguido; (vi) norma que o Tribunal afirma expressamente ou acredita ter estabelecido ou seguido; (vii) norma tratada explícita ou implicitamente como necessária para a decisão do caso; (viii) norma que deve ser considerada pelo Tribunal para que decida adequadamente a controvérsia; (ix) norma que, segundo um juiz sucessivo, deveria ter sido estabelecida pelo julgador anterior; (x) norma que, segundo um juiz sucessivo, foi, de fato, estabelecida pelo julgador anterior; (xi) norma que, segundo um juiz sucessivo, deve ser considerada como estabelecida pelo julgador anterior (CHIASSONI, 2014, p. 81).

Para Pierluigi Chiassoni, portanto, a *ratio decidendi* é a norma jurídica geral de uma decisão judicial, entendida como precedente.

A *ratio decidendi* não se confunde com nenhum dos elementos da decisão judicial (relatório, fundamentação e dispositivo), “mas é formulada a partir desses elementos, sendo que os fatos narrados no relatório, a moldura jurídica eleita pelo magistrado na fundamentação e a norma jurídica individual indicada no dispositivo servem também na identificação da *ratio decidendi*” (SOUZA, 2011, p. 138).

Em primeiro lugar, quando o *overruling* é exigido, deve-se verificar a falta de conformação do precedente à realidade social ou ao sistema jurídico. Em alguns casos, o precedente pode ter nascido contrário ao sistema jurídico, apenas se chegando a essa conclusão posteriormente (ALBUQUERQUE, 2018, p. 407).

[...] O precedente se torne inadequado com o decurso do tempo. Nesse caso, seja em razão da edição de norma posterior que venha retirar o fundamento do precedente, seja em razão da modificação da conduta social que possibilita a permanência do precedente, torna-se necessária a modificação do entendimento. [...] Quando a doutrina já faz crítica à tese cristalizada em um precedente ou apresentou razões para se acolher uma teoria que a contradiz, há motivos para ver a força do precedente com cautela. [...] Além disso, como segundo pressuposto, pode ser apresentada a *necessidade de proteção da segurança jurídica*. [...] Como visto anteriormente, faz-se necessária a divisão de segurança jurídica em confiança ou confiabilidade e estabilidade. Enquanto esta traz aspecto objetivo de permanência do precedente e sua prolongação no tempo; a confiança é manifestação subjetiva da segurança jurídica, transmitindo o sentimento dos jurisdicionados em razão do precedente. (ALBUQUERQUE, 2018, p. 409).

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. Precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões posteriores, entretanto, a aplicação deles não pode, sob hipótese alguma, deixar de apre-

sentar fundamentação racional e analítica, a qual permite o controle intersubjetivo da decisão proferida (MITIDIERO, 2018).

3 O OVERRULING

Neste estudo, procura-se investigar o precedente judicial tanto em seu papel como limitador da argumentação na decisão judicial, no qual desempenha a função de elemento de justificação externa, quanto como oxigenador do ordenamento jurídico, na medida em que a argumentação ocorrida no âmbito do precedente permite que a norma adquira novos significados em virtude de mudanças políticas e sociais (PORTES, 2013).

Com suporte na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, será analisado o papel do precedente como elemento de justificação externa e investigada sua colaboração para o controle de racionalidade da decisão judicial, principalmente quando esta se apresenta como fator de desenvolvimento do direito, como é o caso das hipóteses de divergência, em especial do *distinguishing* e do *overruling* (PORTES, 2013).

O *overruling* funda-se na ideia de que os precedentes judiciais estão sujeitos excepcionalmente à modificação ou à revogação, quando estiverem presentes determinadas circunstâncias especiais ou particularidades cujo exame dependa de valoração judicial. “Significa que, ocorrendo mudança na valoração das circunstâncias relevantes de casos similares, o julgador está autorizado a adotar entendimento diverso, desde que assumida a devida carga de fundamentação” (ROSITO, 2002, p. 80).

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*) (MITIDIERO, 2015, p. 379).

O *distinguishing* e o *overruling* constituem as duas técnicas mais conhecidas e desenvolvidas para divergir de precedentes, representando os extremos da manutenção, com afastamento para o caso e justificação para a criação de outra regra, e da revogação, com a exclusão da regra de direito formulada no precedente do mundo jurídico. Entre uma e outra, encontram-se outras técnicas para divergir de um precedente (PORTES, 2013).

Nesse contexto, impõe-se o estudo crítico dos direitos fundamentais, do consenso e da superação do precedente na atividade jurisdicional, a fim de promover a construção de uma sólida teoria do *overruling*, que ultrapasse o ainda difundido formalismo lógico, para conciliá-lo com uma virada ontológica.

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 deste, apura-se se o precedente

possui consistência sistêmica e congruência social, podendo permanecer em vigência; ou se deverá ser superado, caso falhe em um dos dois aspectos do teste (MITIDIERO, 2015).

No âmbito dessa complexa estrutura do direito, sobressaem temáticas jurídico-filosóficas, como a da interpretação e compreensão do (e no) direito, as teorias da argumentação jurídica, a teoria da mutação constitucional, a teoria dos precedentes e a teoria do balanceamento de Robert Alexy.

Assim, os precedentes sobre os quais Alexy escreve em sua teoria dos direitos fundamentais estão sujeitos ao *distinguishing* (diferenciação do caso presente com outros casos precedentes) e ao *overruling* (superação do precedente). Se o precedente não se encaixar ao caso em hipótese, será necessário diferenciá-lo ou entender por sua superação, conferindo legitimidade ao sistema judicial.

Poder-se-ia definir a teoria de *overruling* como o conhecimento especulativo, metódico e organizado, de caráter hipotético e sintético, que visa conferir racionalidade e unidade ao direito e estabilidade ao sistema da vinculação aos precedentes (*stare decisis*) por meio da densificação da segurança jurídica e da promoção da liberdade e da igualdade da ordem jurídica, numa perspectiva lógico-argumentativa de interpretação, que impõe a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação de precedentes e o respeito a eles, como meio geral para obtenção da tutela dos direitos.

Desta feita, é possível adaptar as teorias da ponderação dos direitos fundamentais e da “fórmula peso”, ambas desenvolvidas por Robert Alexy, para aplicar raciocínio semelhante à superação total (*overruling*) do precedente, visando conferir mais racionalidade ao sistema da vinculação aos precedentes (*stare decisis*) e garantir unidade e estabilidade ao direito em prol da segurança jurídica e da isonomia.

No *overruling* retrospectivo clássico (eficácia retroativa parcial ou *partial retroactive application*), “o novo precedente se aplica aos fatos ocorridos antes e depois de sua publicação, excluindo aqueles que já foram objeto de sentença transitada em julgado, e também aos fatos do caso que o gerou” (SOUZA, 2011, p. 160).

No *prospective overruling*, o precedente substituído poderá ser aplicado aos casos ocorridos antes da substituição; ou seja, o novo precedente somente se aplica aos casos futuros. Trata-se de instituto desenvolvido nos Estados Unidos (BUSTAMANTE, 2012), e alguns fatores o favorecem:

- (i) a ideia de que a revogação importa estabelecimento de nova norma, que não pode ser aplicada de imediato;
- (ii) a verificação de que se faz necessário tempo para que haja a promoção da operação da norma;
- (iii) o fato de que a revogação poderá produzir desigualdades, caso o novo precedente seja aplicado retroativamente;
- (iv) o desestímulo para as partes buscarem a modificação do precedente, já que não serão atingidas pela razão de decidir, ao menos, no caso presente; e
- (v) a lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada ocasionada pela revogação retrospectiva (TARANTO, 2010, p. 302).

No *retrospective overruling*, o precedente substituído não poderá ser invocado no julgamento de casos ocorridos antes da substituição, que ainda estejam pendentes de apreciação e julgamento:

“É dizer, o entendimento inovador se aplica a fatos e situações ocorridos no passado e ainda não decididos (e a fatos e situações ocorridos no passado, ainda que não deduzidos em juízo) e aos casos futuros” (ROSITO, 2012, p. 331).

Finalmente, é importante destacar que a forma mais adequada de 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, clara e objetivamente, as decisões tomadas por ele em cada uma das etapas do processo decisório (MITIDIERO, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões sobre o problema investigado são as de que a reafirmação ou a superação total (*overruling*) dos precedentes judiciais é papel da corte constitucional de vértice – no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto relevante do estudo é o fato de o sistema da vinculação aos precedentes (*stare decisis*) não estar garantindo unidade e estabilidade ao direito, nem trazendo segurança jurídica e isonomia. O que se observou é que tal situação acontece, possivelmente, pela falta de sistematização de uma teoria para a superação total (*overruling*) do precedente.

Torna-se útil explicitar que os requisitos para a superação total (*overruling*) do precedente podem ser definidos por intermédio da possível sistematização de uma teoria da superação total (*overruling*) do precedente. Para que a superação total de precedente (*overruling*) da Suprema Corte ocorra, é preciso demonstrar as circunstâncias (fáticas e jurídicas) indicadoras de que a continuidade de sua aplicação implica, ou implicará, inconstitucionalidade. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado.

Desta maneira, mudar a orientação vigente sem alterações fáticas ou normativas para tanto é agir em desacordo com a unidade e a estabilidade que se espera de uma Suprema Corte. Logo, devem ser verificadas, na hipótese, as condições para a mudança de orientação da Corte, que demonstrem a necessidade de “evolução” do precedente por meio de sua superação total ou parcial.

O que se verifica é que a superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou ao equívoco evidente na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado, e são equivocados os princípios básicos que sustentam a sua replicabilidade (*replicability*), ele deve ser superado sob pena de o processo de contínua evolução do direito ser estancado. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para a superação de precedentes (*basic overruling principle*).

O *overruling* ou a superação total é técnica que pressupõe justamente a força vinculante do precedente e que, portanto, impõe à Corte responsável pela sua formulação complexo encargo argumentativo, que indique ter se tornado, ou estar se tornando, inconstitucional a antiga interpretação.

É importante frisar que o juiz deve concluir, quanto à tese, pela contenção da Corte, para prestigiar o precedente fixado ou, por outro lado, verificadas, na hipótese, as condições para a mudança de orientação da Corte, pela demonstração da necessidade de “evolução” do precedente, a fim de promover a unidade do direito; prospectivamente, deve afastar-se justificadamente dos próprios precedentes, superando-os total (*overruling*) ou parcialmente (*overturning*) mediante as respectivas transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*), uma vez que a superação total deles (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou ao evidente equívoco na sua solução.

Assim, identificou-se que é possível adaptar a teoria da ponderação dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy, para aplicar raciocínio semelhante à superação total (*overruling*) do precedente, visando conferir mais racionalidade ao sistema da vinculação aos precedentes (*stare decisis*) e garantir unidade e estabilidade ao direito, trazendo segurança jurídica e isonomia.

Com efeito, a adaptação da linguagem formal adotada na “fórmula peso” desenvolvida por Robert Alexy para uma “fórmula consenso” é de imprescindível importância para consolidar a sistematização da superação total (*overruling*) do precedente.

Por fim, conclui-se ser necessário que se desenvolva uma “fórmula consenso” em linguagem formal, que utilize a “fórmula peso” de Robert Alexy como suporte teórico para uma teoria do *overruling* incorporada à percepção de concretização dos direitos fundamentais.

Aprovado em: 10/1/2019. Recebido em: 5/9/2018.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Alberto. A sinalização na superação do precedente. *Revista de processo*, 2018.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BORGES, Márcio Ribeiro; VANDRESEN, Thais. *Common law e o novo código de processo civil*: teoria dos precedentes vinculantes e outras influências. 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10154/5701>>. Acesso em: 3 jul. 2018.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Il precedente giudiziale*: tre esercizi di disincanto. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/07chiassoni.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2018.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradutor: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- DWORKIN, Ronald *apud* ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. *Direito processual metaindividual do trabalho*: a adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos de dimensão transindividual. Salvador: JusPODIVM, 2016.
- GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. *Overruling and the instability of law*. *Journal of Comparative Economics*, Elsevier, v. 35(2), p. 309–328, jun. 2007.

- LIMA, André Canuto de F. A teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4078, 31 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31472>>. Acesso em: 7 ago. 2018.
- LIMA, Augusto César Moreira. **Precedentes no direito**. São Paulo: LTr Editora, 2001.
- LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte do direito**: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. 2015. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>>. Acesso em: 22 jul. 2018.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. Função das cortes supremas e o novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- _____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, p. 175-232, jun. 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- _____. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. **Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.
- OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa**. Petrópolis: Vozes, 2007.
- PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo código de processo civil. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, maio/ago. 2017.
- PORTES, Maira. **O desenvolvimento jurisprudencial do direito**: aspectos da teoria dos precedentes sob a perspectiva da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Universidade Federal do Paraná. Dissertação (Pós-Graduação em Direito). Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31017/R%20-%20D%20-%20MAIRA%20PORTES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 6 ago. 2018.
- ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Leonardo Bolelli da Rocha

*Aluno especial de mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais pela
Faculdade de Direito de Vitória – FDV/ES.
Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho – UGF/RJ.
Advogado e Juiz Leigo no Espírito Santo.*

leonardo@bolelli.com.br