

A NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS CRITÉRIOS QUE AUTORIZAM A REDISCUSSÃO DOS PRECEDENTES COMO QUESTÃO PRÉVIA¹

THE NEED FOR ANALYSIS OF CRITERIA THAT AUTHORIZES OVERRULING AS A PRELIMINARY MATTER

Francisco Emilio de Carvalho Posada

Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Rio de Janeiro/RJ. *E-mail*: francisco_ecp@hotmail.com

RESUMO: Diante das inovações trazidas pelo Código de Processo Civil referentes ao sistema de precedentes judiciais, o objetivo deste artigo é discutir a necessidade de que seja tratada como questão prévia a existência ou não de critérios que possibilitem ou autorizem a revisão de um precedente judicial, conferindo-lhe maior grau de estabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Código de Processo Civil. Precedentes. Revisão. Questão Prévia. Critérios.

ABSTRACT: In view of the innovations brought by the Code of Civil Procedure regarding the system of judicial precedents, the purpose of this article is to discuss the need to treat as a preliminary matter the existence or not of criteria that allow or authorize the overruling, in order to guarantee more stability.

KEY WORDS: Law. Code of Civil Procedure. Precedents. Overruling. Preliminary Matter. Criteria.

I – Introdução

¹ Artigo recebido em 02/09/2019 e aprovado em 30/12/2019.

É inegável a aproximação – e até mesmo a simbiose – dos sistemas calcados nas tradições da *civil law* e da *common law*, fato que teve por uma de suas expressões, no ordenamento jurídico brasileiro, justamente a consolidação de um sistema de precedentes no novo diploma processual.

Em seus art. 926 a 928, o Código trouxe a base de um sistema de respeito às orientações jurisprudenciais consolidadas e de sua aplicação e alteração. As novas disposições do Código de Processo Civil de 2015 exortaram, portanto, os operadores do Direito a se debruçar de modo mais profundo sobre o tema dos precedentes judiciais.

O legislador relacionou o respeito aos precedentes a um dever dos juízes e tribunais (CPC, art. 927, *caput*). Tal previsão tem amparo na observância aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Em relação ao primeiro, é inegável que, diante da atividade notoriamente criativa da jurisdição, a igualdade a ser perseguida entre os cidadãos é aquela que advém não apenas do texto legal, mas da norma aplicada pelo Poder Judiciário após o processo interpretativo. No que tange à segurança jurídica, é assente que o indivíduo pauta seu comportamento – de novo em razão da atividade criativa da jurisdição – não apenas com base na previsão genérica do texto legal, mas também com lastro nos precedentes dos tribunais.

Não apenas a aplicação, mas a revisão dos precedentes é tema tormentoso e vivo na doutrina, principalmente no que toca aos critérios para revisão dos precedentes e aos efeitos da alteração jurisprudencial, aí incluídas as técnicas de minoração dos efeitos decorrentes da alteração ultimada.

Este breve trabalho tem, assim, o objetivo de discorrer sucintamente sobre tais temas e, ao final, contribuir com uma sugestão que, a nosso ver, pode reforçar o respeito aos precedentes, bem como mitigar os efeitos negativos de eventuais alterações jurisprudenciais consolidadas.

II – Texto e Norma. A atividade criativa da jurisdição

A tradição do sistema *civil law* tem raízes na Revolução Francesa e, em razão disso, foi embebida dos ideais à época propalados². Como os juízes franceses eram vistos pelos revolucionários como defensores do *status quo* e mantenedores de relações espúrias com a aristocracia sustentada pelo Antigo Regime,³ a imposição de limites ao Poder Judiciário era verdadeira *conditio sine qua non* para o sucesso dos ideais daquele movimento revolucionário⁴. De um lado, tinha-se o Parlamento – *locus* de representação da vontade popular – e, de outro, o juiz, que era tido por umbilicalmente conectado ao *Ancien Régime*, de modo que tornou-se imprescindível a sua subordinação ao Parlamento. Por via de consequência, o juiz foi impedido de interpretar a legislação, limitando-se sua atividade a aplicá-la, a fim de que não houvesse espaço para subverter a vontade do Parlamento; o julgador converteu-se em verdadeira *bouche de la loi*⁵.

O *civil law*, portanto, teve presente que a certeza jurídica decorreria da existência da legislação e de sua invariável aplicação pelos juízes, que, diante da vedação de interpretação decorrente da sua submissão à vontade do Parlamento, seria uniforme para todos. Daí a despreocupação com a criação de um sistema de respeito aos precedentes; a igualdade decorreria diretamente da previsão legal genérica e abstrata, já que a sua aplicação não sofreria, idealmente, quaisquer variações ou distorções⁶.

A tradição do *common law*, por sua vez, é de origem inglesa e, na Inglaterra, por razões históricas, o juiz se encontrava ao lado do Parlamento no combate ao arbítrio monarquista. Dessa forma, não foi uma preocupação do Legislativo inglês, mesmo após a Revolução Gloriosa, amarrar o juiz à letra fria da legislação, pois não havia o temor de que, por meio da interpretação, houvesse um desvirtuamento da vontade do Parlamento⁷. Com o tempo, a fim de conferir segurança jurídica aos indivíduos e proporcionar a eles mais racionalidade e previsibilidade, adotou-se no *common law* a ideia do *stare decisis*, ou seja, do respeito àquilo que já fora decidido anteriormente⁸.

No entanto, a ideia francesa de aplicação uniforme da lei – expressão da vontade do povo representado no Parlamento – por parte dos juízes não subsistiu. Com o advento do

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 11.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 45.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 47.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 49.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 52-53.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 33-34 e 41.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 53.

constitucionalismo, “a lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais”⁹.

A atividade legislativa também passou a se valer de forma mais intensa da técnica das *cláusulas gerais*, que têm alto grau de vagueza e indeterminação. Em tais circunstâncias, demanda-se uma atividade judicante claramente mais ativa e criativa, incompatível com o aprisionamento interpretativo pretendido pelas raízes da tradição do *civil law*.¹⁰⁻¹¹

A atividade judicante passou, assim, por relevantes transformações ao longo do tempo. A figura do juiz que apenas declara a vontade da lei, idealizada pelo *civil law*, se tornou incongruente com o novo papel desempenhado pela jurisdição. O juiz não mais se limita a declarar a vontade da lei, mas a interpretá-la e a conformá-la de acordo com a Constituição¹².

Some-se a isso a evolução do pensamento jurídico no sentido de apresentar a distinção entre norma e texto, entendendo-se por norma o resultado da interpretação do texto¹³. Todo texto necessita e depende de interpretação para que dele se retire o conteúdo da norma, o que revela que ambos os conceitos não se confundem; são claramente distintos. A norma é, assim, o resultado da interpretação do texto¹⁴.

De acordo com Humberto Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”¹⁵.

Ou seja, a norma não se confunde com o texto do dispositivo legal elaborado pelo Poder Legislativo, pois se caracteriza como o resultado do processo interpretativo do julgador. Texto e norma são, portanto, figuras distintas, de modo que se passa a ter presente

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 56-57.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm. 2018. pp. 60-61.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 117.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 58.

¹³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 43.

¹⁴ ZANETI JR. Hermes. *Precedentes (Treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. n. 235. ano 2014. p. 298.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16 ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 50.

a inarredável conclusão de que a atividade jurisdicional está imbuída de determinada carga criativa.

Não por outro motivo, Fredie Didier Jr. registra que, dentre as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo, sobressai o papel criativo e normativo da atividade judicante, que se dedica à interpretação do texto legal e à aplicação da norma ao caso concreto¹⁶. A ideia da criação de algo novo por meio da atividade judicante é reforçada diante do fato inarredável de que as questões postas sob julgamento não se resolvem com uma aplicação pura simples do texto abstrato, como num raciocínio automatizado dedutivo. O julgador cria uma norma jurídica diante do caso concreto – distinta da previsão legal abstrata – que fundamenta a decisão tomada.¹⁷

Na mesma linha, Humberto Ávila deixa claro que o julgador não atua apenas como legislador negativo, pois, no processo racional interpretativo do texto há verdadeira reconstrução de sentidos, que culmina na aplicação e concretização do ordenamento jurídico.¹⁸

Pontue-se que a carga criativa do julgador não é, contudo, ilimitada. O juiz tem como ponto de partida o texto legal e, mediante o processo de interpretação, extrai dele a norma. Assim, a reconstrução do significado do texto – parte integrante do processo interpretativo – não permite que o julgador abandone o núcleo do sentido das expressões sob o pretexto de exercitar sua atividade criativa, afinal “*o Poder Judiciário e a ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado*”¹⁹.

A atividade judicante tem, portanto, inegável grau criativo, que decorre do destacamento entre o texto legal e a norma produzida pela decisão judicial. Há *conteúdo jurídico distinto*, portanto, na decisão judicial formada após a interpretação do texto legal pelo julgador.

III – A necessidade de um sistema de aplicação dos e respeito aos precedentes

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 43.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. Op., cit., p. 159-161.

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16 ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 54.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. Op., cit., p. 54.

Pois bem, uma vez assentado que texto e norma não se confundem, bem como que a atividade judicial possui carga criativa, justamente por exprimir a norma após o processo de interpretação do texto – apresentando *conteúdo jurídico distinto* do texto – conclui-se por um natural deslocamento do interesse do estudo do operador do Direito do texto para a decisão judicial. Tão importante quanto o estudo do texto será o estudo da decisão, que exprime a norma. Afinal, ao fim e ao cabo, a explicitação da norma é a concretização do texto.

A igualdade de todos perante a lei buscada pelo *civil law* deve ser perseguida não mais apenas perante o texto, mas perante as decisões judiciais que, do texto, fazem norma. De nada adianta a previsão de isonomia formal perante a lei se o Poder Judiciário, quando chamado a interpretar o mesmo texto em situações símiles, aplica aos jurisdicionados normas distintas. Ou seja, além da igualdade perante o texto da lei, impõe-se garantir igualdade perante as decisões judiciais²⁰⁻²¹.

É inegável que a orientação jurisprudencial dos tribunais impacta as relações sociais e econômicas desempenhadas pela sociedade como um todo, o que faz surgir a natural preocupação com os efeitos de sua eventual alteração²². Dessa forma, assim como a produção e alteração legislativa alteram o comportamento social e têm forte impacto no seu desenvolvimento e continuidade, a fixação de uma orientação jurisprudencial e sua posterior revisão têm o mesmo efeito.

Justamente por isso, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, nos art. 926 a 928, a base de um sistema de aplicação, respeito e revisão dos precedentes, “*visando a alcançar a maior igualdade possível nos resultados dos processos que tratam da mesma questão de fato e de direito*”²³. O rol do art. 927 do CPC traz a discriminação das decisões judiciais e enunciados sumulares no bojo dos quais, exprimido o *precedente*, torna-se ele de observância e aplicação obrigatórias²⁴.

²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 11 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 481.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. pp. 68 e 115.

²² CABRAL, Antônio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*. In Revista de Processo n. 221. Ano 2013. p. 17.

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 87.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 13 ed. Salvador: JusPodivm. 2018. p. 528 e 534.

Precedente 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”²⁵, ou, ainda, “o resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”²⁶. Já o conceito de jurisprudência se vê intimamente ligado ao aspecto quantitativo de decisões judiciais reiteradas em determinado sentido²⁷. A ideia de súmula teve origem na necessidade de organização e racionalização dos trabalhos nos tribunais, em especial para a solução de casos mais fáceis e repetitivos. No entanto, abandonou-se pouco a pouco tal ideia e passou-se a ver os enunciados como normas gerais e abstratas, sem correlação com os precedentes que lhe deram origem²⁸.

Ainda que os conceitos de precedente, enunciado de súmula e jurisprudência consolidada não se confundam, é certo que, dado o aspecto particular do sistema de precedentes brasileiro, bem identificado por Fredie Didier Jr.²⁹, a orientação jurisprudencial que pauta a atuação da sociedade pode decorrer de qualquer um deles.

Dessa forma, dada a simbiose dos institutos, em particular no sistema brasileiro, quando referir-se à *orientação jurisprudencial consolidada* ou *precedente* estarão abrangidos os pronunciamentos judiciais e enunciados sumulares referidos no art. 927 do CPC, os precedentes – em sua acepção tecnicamente correta –, e a jurisprudência dominante, pacificada ou estável.

Pois bem, o sistema de respeito à orientação jurisprudencial consolidada está diretamente relacionado ao tratamento isonômico entre os sujeitos, bem assim à segurança jurídica³⁰. A segurança jurídica, sob os aspectos da estabilidade e continuidade da ordem

²⁵ DIDIER JR., Fredie. Op., cit., p. 455.

²⁶ ZANETI JR. Hermes. *Precedentes (Treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. n. 235. ano 2014. p. 310.

²⁷ ZANETI JR. Hermes. Op., cit., p. 310.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. pp. 309-310.

²⁹ O autor esclarece que “à luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em um tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado de súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 11 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 500).

³⁰ WAMBIER. Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 87.

jurídica, bem como da previsibilidade de consequências jurídicas oriundas da atuação do indivíduo, é determinante para a construção do Estado de Direito³¹.

A estabilidade da ordem jurídica não deve ser refletida apenas na produção legislativa do direito, mas também em sua produção judicial. De nada adianta a continuidade do direito legislado se ela for aliada à instabilidade das decisões judiciais que o interpretam. Tanto a atividade legiferante como a atividade judicante são expressões de poder, de modo que a estabilidade deve permear o desenvolvimento de ambas a fim de legitimar seu exercício³².

Até porque, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina especializada afirma que o Brasil adotou um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes, fazendo deles fonte primária do direito no ordenamento jurídico nacional, assim como o é o direito legislado³³⁻³⁴. Assim, sendo certo que texto e norma não se confundem, o indivíduo que quiser desvendar seu espaço de liberdade e atuação para pautar seu comportamento com segurança deverá pensar a interpretação judicial como fonte primária do direito³⁵.

A previsibilidade, como aspecto da segurança jurídica, deve permitir ao indivíduo que pautar sua conduta com base em comportamento adotado pelo Estado. Comportamento esse que pode ser decorrente da atuação judicante – expressão de poder do Estado – assegurando-se ao sujeito não apenas o respeito a situações já consolidadas, como às expectativas legítimas que surjam justamente a partir do comportamento presente. Em outros termos, o respeito à orientação jurisprudencial consolidada garante ao indivíduo que a sua atuação pautada no entendimento atual consolidado não será qualificada de forma juridicamente distinta em momento posterior³⁶.

O sistema de observância e aplicação dos precedentes, portanto, é fundamental na jurisdição contemporânea, em que o juiz se depara com conceitos indeterminados, normas abertas e com a necessidade de conformação da lei à Constituição. Ademais, sem o sistema

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 96.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 103.

³³ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 1.311.

³⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 13 ed. Salvador: JusPodivm. 2018. p. 528.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 868.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 11 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 483.

de respeito aos precedentes, não há como conferir segurança jurídica aos indivíduos no que tange às suas atuações jurídicas, econômicas, sociais e políticas³⁷.

IV – Métodos para mitigação dos efeitos decorrentes da alteração de orientações jurisprudenciais consolidadas

Apesar da necessidade de estabilidade e respeito às orientações jurisprudenciais consolidadas, não há como negar que o desenvolvimento do direito pressupõe a possibilidade de mudança³⁸, tanto do direito legislado como do direito jurisprudencial³⁹. Afinal, não se pode confundir a desejada e necessária *estabilidade* da interpretação jurídica com a *imutabilidade* da decisão, que é garantia das partes decorrente da coisa julgada⁴⁰; em outros termos, a coisa julgada garante às partes que o resultado daquilo que lhe foi conferido pela jurisdição é imutável, enquanto que a aplicação dos precedentes garante a previsibilidade dos indivíduos⁴¹.

Como cediço, no que tange à legislação, tem-se por regra – e aqui não há espaço para esmiuçar-se as diversas exceções ou digressões sobre retroatividade máxima, média ou mínima – a sua irretroatividade (CRFB, art. 5º, XXXVI; LINDB, art. 6º, *caput*). Ocorre que, quando se trata de orientação jurisprudencial, a regra, no que tange à sua alteração, é a aplicação do novo entendimento aos casos ainda não julgados, ainda que tenham por base relações jurídicas iniciadas quando da vigência de entendimento jurisprudencial anterior, salvo disposição expressa em contrário do órgão julgador.

Assim, a possibilidade de alteração das orientações jurisprudenciais, ainda que consolidadas, é verdadeira parte integrante do sistema de respeito aos precedentes. A estabilidade que deve ser conferida à jurisprudência não suprime a possibilidade – e, até mesmo, a necessidade – de alteração de entendimentos anteriores, mas sim impede a

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 69.

³⁸ Todo sistema de respeito aos precedentes admite a possibilidade de modificação das orientações jurisprudenciais anteriores. A exceção ficava a cargo do sistema inglês, pois a *House of Lords*, “no período de 1898 – quando foi decidido *London Tramways v. London County Council* – e 1966, a Câmara considerou-se absolutamente vinculada pelas suas decisões passadas”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 91 e 228).

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 253.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 90.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 221.

mudança injustificada da orientação até então consolidada⁴². Não há como negar tal possibilidade; é preciso, então, conformá-la, à luz da segurança jurídica que deve ser dispensada a todos aqueles que, de acordo com a orientação jurisprudencial então dominante, pautaram suas atuações.

Em razão da reconhecida relevância que as orientações jurisprudenciais consolidadas possuem nos cenários jurídico, político, econômico e social, diversos mecanismos foram criados para mitigar os efeitos da guinada jurisprudencial, de modo a implementar a segurança-continuidade na alteração das referidas orientações⁴³. Dentre tais técnicas, tem-se (i) a sinalização (*technique of signaling*); (ii) a *transformation*; (iii) o *overriding*; (iv) a elaboração de distinções inconsistentes⁴⁴; e (v) a técnica do julgamento-alerta⁴⁵.

Ultrapassadas, no entanto, as técnicas de mitigação dos efeitos de alteração da orientação jurisprudencial consolidada, e, de fato, ultimada tal alteração mediante a superação de um precedente (*overruling*), põe-se a questão referente à eficácia temporal dos efeitos do julgamento que alterou a orientação jurisprudencial consolidada então vigente.

A regra, consoante já referido, é a retroatividade da norma oriunda do novo precedente que revogou a orientação jurisprudencial anteriormente consolidada. No entanto, em razão da tutela do princípio da segurança, em especial em seu viés da previsibilidade e da confiança, a regra deve ser mitigada⁴⁶.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe previsão expressa acerca da possibilidade de *prospective overruling* (art. 927, §3º) quando se tratar de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, bem como quando for objeto da superação julgamento proferido em sede de casos repetitivos. O ordenamento jurídico já continha previsão de aplicação do *prospective overruling* nas Leis nºs 9.869 e 9.882, ambas de 1999, que regulam, respectivamente, o julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Em 2014, foi incluído dispositivo legal (art. 896-C, §17) na CLT

⁴² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 11 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 509.

⁴³ CABRAL, Antônio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*. In Revista de Processo n. 221. Ano 2013. p. 33.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 238-252.

⁴⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*. In Revista de Processo n. 221. Ano 2013. pp. 34-43.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 271.

também com expressa previsão de possibilidade de modulação de efeitos na hipótese de superação de precedente firmado em sede de recurso de revista repetitivo.

V – Critérios para alteração dos precedentes

Os critérios para a superação de um precedente também constituem tema de extrema importância. Afinal, o dever de estabilidade da jurisprudência pressupõe a impossibilidade de alterações frívolas ou injustificadas, de modo que a definição do que constitui ou não razão justificável para a mudança de um entendimento jurisprudencial consolidado traduz-se em matéria de absoluta relevância.

A alteração de concepções moral, política e de experiência – aí inseridas as proposições decorrentes da evolução tecnológica – podem ensejar a perda de congruência social do precedente e, assim, informar a necessidade de sua superação. A perda de consistência sistêmica também é fundamento para a revogação de um precedente, o que ocorre quando o precedente não guarda mais coerência com as decisões internas do próprio órgão jurisdicional que o proferiu⁴⁷.

Ademais, a mudança na concepção geral do direito, retratada em trabalhos acadêmicos de peso por doutrina abalizada, também pode justificar a superação de um entendimento jurisprudencial consolidado. Do mesmo modo, quando resta evidente a existência de erro ou impropriedade no precedente que também sejam retratados em ambiente acadêmico, há justificativa para a sua revisão⁴⁸. O precedente deve ser superado ainda quando se torne patente sua obsolescência ou desfiguração, bem como quando for inexecutável⁴⁹.

O art. 896-C, §17, da CLT prevê expressamente que o precedente firmado em sede de recurso de revista repetitivo apenas será superado mediante alteração da situação econômica, social ou jurídica, possibilitando-se, ainda, a modulação de efeitos da decisão por parte do Tribunal Superior do Trabalho em prol da segurança jurídica das relações iniciadas sob a égide do anterior entendimento⁵⁰.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 260.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 358.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 11 ed. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 511.

⁵⁰ § 17. Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a

No mesmo sentido é a dicção do enunciado nº 322 do FPPC, que alude à alteração legislativa, bem como a mudanças econômicas, políticas, culturais ou sociais como razões suficientes para a superação de um precedente.

Vale registrar que não serve como razão suficiente para a alteração de um precedente a mudança de composição de um órgão julgador ou de um tribunal⁵¹. Do mesmo modo, não basta que não se esteja concorde com o precedente anteriormente firmado para que haja sua superação; é necessário que seja evidenciado que a *ratio decidendi* então vigente não mais prevalece, cedendo espaço às novas razões adotadas⁵².

VI – A aferição dos critérios como questão prévia

A questão que finalmente se põe, com o escopo de reforçar a estabilidade e a coerência dos precedentes, é a seguinte: *não deveria a existência de critérios justificadores para a superação do precedente ser tratada de forma preliminar num julgamento que se proponha a superar o precedente?*

Não há dúvidas de que um sistema de respeito aos precedentes está fincado racionalmente na lógica da universalização, da isonomia e da tutela da segurança jurídica. Não por outro motivo, o próprio legislador previu que a alteração de precedentes vinculantes observará a necessidade de fundamentação adequada e específica (CPC, art. 927, §4º). Essa fundamentação *adequada e específica* deve demonstrar a ocorrência de um dos critérios já referidos no tópico acima que se revele suficiente para justificar a revisão do precedente.

Ao se realizar o destacamento da existência ou não de critérios que autorizem a rediscussão do tema pela Corte, haverá um incremento na proteção ao precedente, pois aquilo que poderia ser confundido com o julgamento de mérito do caso tem sua apreciação antecipada, evitando-se – ou dificultando-se – por exemplo, a alteração do precedente por mera mudança de composição ou por simples discordância superveniente com a *ratio decidendi* então vigente. Já referiu-se aqui que tais fatos não são suficientes para a revisão de um precedente. No entanto, sabe-se também que é impossível realizar controle e ter

égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado. (Incluído pela Lei nº 13.015, de 2014). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 260.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Op., cit., p. 358-359.

ingerência sobre o fundamento a ser utilizado pelo julgador quando o tema lhe for submetido à apreciação no órgão colegiado. Até porque, tratando-se de órgão colegiado, o julgador pode limitar-se a declinar anuência ao relator ou à eventual divergência.

Veja-se que é possível que um julgador – tanto um novo integrante do colegiado, como um antigo componente que tenha evoluído de pensamento – afirme a impossibilidade de rediscussão do tema diante, por exemplo, da inexistência de alteração da situação social ou econômica, em que pese não concordar com as razões expostas no precedente que se pretendia rediscutir.

A apreciação prévia da conformação ou não de um cenário autorizador à reanálise do tema posto em determinado precedente reforça a sua estabilidade. Por vezes, apenas o fato de se estar rediscutindo determinado tema já decidido anteriormente já é suficiente para inquietações e alterações políticas, econômicas, sociais e jurídicas, afinal a rediscussão pode ensejar a revisão do precedente e as regras de transição para mitigação dos efeitos da guinada jurisprudencial são sempre imprevisíveis.

Não é difícil ter presente tais cenários. Quando o Supremo Tribunal Federal passou a analisar a restrição ao foro por prerrogativa de função, uma Proposta de Emenda Constitucional foi aprovada no Senado Federal e remetida à Câmara dos Deputados (PEC 337/2017). É fácil imaginar, ainda, que eventual rediscussão de tema já pacificado referente à remuneração de categorias de servidores públicos possa ensejar greves país afora, mesmo sem que se saiba o resultado do julgamento. Do mesmo modo, a revisitação de um tema tributário anteriormente superado pode culminar com uma breve retração econômica diante do cenário de incerteza sobre o deslinde da revisão ou não do precedente.

Por outro lado, a análise da existência ou não dos critérios que possibilitam a revisão de precedentes como questão prévia pode ensejar valiosa economia de tempo, que é especialmente caro quando se trata principalmente do Supremo Tribunal Federal, dado o conhecido volume de processos liberados para julgamento, mas não incluídos em pauta, além dos processos pautados, mas não apregoados e, por fim, dos apregoados, mas não definitivamente julgados.

O julgamento da questão prévia poderia se dar, por exemplo, por meio eletrônico, como ocorre com o reconhecimento ou não de repercussão geral (RISTF, art. 324)⁵³. A

⁵³ Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de vinte dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

adoção de tal critério impediria que um processo naturalmente relevante, por prestar-se a revisitar um precedente vinculante, fosse incluído em pauta e subtraísse do órgão colegiado um tempo precioso em sua análise, em que pese já fadado ao insucesso, diante do fato de que a maioria dos julgadores entende não estarem presentes, sequer, critérios que admitam a rediscussão do tema.

Ainda pelo ângulo da otimização do julgamento, o relator do processo cujo julgamento pretende alterar um precedente vinculante poderia submeter à apreciação do colegiado a questão prévia antes mesmo de, por exemplo, convocar audiências públicas para tratar do tema (CPC, art. 927, §2º). Reconhecida a existência de critérios que admitissem a rediscussão do tema, passar-se-ia, então, à convocação de audiências públicas e à oitiva de órgãos e entidades especializadas. Nada impediria que o relator julgasse, contudo, que a audiência pública ou a oitiva de entidades especializadas justamente fosse necessária para a apreciação da questão prévia, quando, então, o procedimento antecederia, logicamente, à sua análise.

Outro efeito positivo poderia advir, ainda, do destacamento da possibilidade de rediscussão do tema como questão prévia. A partir da análise da questão prévia e de seu acolhimento pelo órgão julgador no sentido da existência de critérios que possibilitem a rediscussão do precedente, pode-se considerar que há uma sinalização do tribunal acerca da *possibilidade* de revisão do precedente. Ou seja, em momento anterior ao do julgamento da questão principal – atinente à revisão ou não do precedente – a maioria do órgão julgador já teria reconhecido a presença de requisitos que, ao menos em tese, autorizariam nova deliberação acerca do tema, servindo o acolhimento da questão prévia como um alerta à comunidade jurídica e aos jurisdicionados.

Tal circunstância supriria, assim, a sinalização proposta pelo enunciado nº 320 do FPPC⁵⁴, bem como poderia alcançar, de certo modo, os mesmos objetivos buscados pelas técnicas de *signaling* ou do julgamento-alerta.

Em suma, o tribunal analisaria, sob a forma de questão prévia, a presença ou não, de critérios que, em tese, poderiam autorizar a revisitação de tema já decidido em precedente

⁵⁴ 320. (art. 927). Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros. (Grupo: Precedentes).

de cunho vinculante (*v.g.* alteração legislativa, social ou econômica, perda da congruência ou da consistência sistêmica).

VII – Da natureza da questão

Por fim, cumpre estabelecer a natureza da questão prévia que ora se propõe seja sempre analisada antes que se realize a alteração de (i) enunciados de súmula vinculante (CPC, art. 927, II) e de súmulas que versem matérias constitucionais e infraconstitucionais (CPC, art. 927, IV); (ii) decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (CPC, art. 927, I); (iii) decisões proferidas em sede de casos repetitivos (CPC, art. 927, III); e (iv) decisões proferidas pelo plenário ou pelo órgão especial dos Tribunais.

Como se sabe, as questões podem ser de fato e de direito. Será questão de fato aquela relacionada aos pressupostos fáticos da hipótese de incidência da norma, ligados às características do suporte fático concreto; enquanto as questões de direito se relacionam à norma, fato jurídico ou efeito jurídico⁵⁵. As questões podem, ainda, ser classificadas de acordo com a relação de subordinação entre elas havida; a questão prévia será subordinante em relação à questão que lhe suceder, podendo ser prejudicial ou preliminar.

Ensina José Carlos Barbosa Moreira⁵⁶ que as questões não são em si mesmas prejudiciais ou preliminares, mas assim o são quando cotejadas com outras questões. Desse modo, o critério para distinção entre questões prejudiciais e preliminares se dá no âmbito da aferição do tipo de influência que a questão terá no caso concreto. Qualificam-se as questões como *prejudiciais* quando sua solução influenciar o *teor* ou o *conteúdo* da questão subsequente. Já as questões tidas por preliminares são aquelas cuja solução afeta o próprio *ser* de outra questão, e não apenas seu *modo de ser*, de sorte que, a depender do sentido da resolução da questão preliminar, haverá a oposição ou a remoção de um obstáculo à solução de outras, sem que haja, contudo, influência quanto ao conteúdo da questão posterior.

⁵⁵ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil vol I: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 310.

⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. Rio de Janeiro, 1967, p. 75.

A questão prévia que ora se propõe, portanto, tem qualificação de preliminar, pois, a depender da solução que lhe der o Tribunal, o próprio *ser*, e não o *modo de ser*, do julgamento do feito submetido à análise será afetado. Acolhida a questão e decidido que não há falar em revisão da jurisprudência, o julgamento do feito – recurso ou processo de competência originária – não ocorrerá, havendo obstáculo intransponível que impede sua apreciação, reafirmando-se o precedente firmado. Rejeitada a preliminar, o Tribunal prosseguirá com o julgamento com absoluta liberdade quanto ao resultado, pois a solução da questão em nada influenciará o *modo de ser* de qualquer questão superveniente.

VIII – Conclusão

O tema dos precedentes judiciais, em razão das inovações do Código de 2015 e da proeminência do Poder Judiciário nos últimos anos, está ainda mais em voga. Há uma clara conscientização da comunidade jurídica como um todo da necessidade de respeito aos precedentes firmados, como forma de conferir isonomia e segurança jurídica ao cidadão e racionalidade ao próprio sistema judicial.

Nessa toada, a alteração da orientação jurisprudencial consolidada toma relevo significativo, pois, consoante exposto neste breve trabalho, os indivíduos e os atores sociais, econômicos e políticos pautam suas atuações, comportamentos e escolhas com base não apenas no produto da atividade legiferante, mas também no resultado da atividade judicante. A atividade judicante, portanto, como verdadeira expressão do exercício do poder estatal, não deve estar sujeita a alterações frívolas que violem a confiança depositada pelo cidadão no Poder Público. O respeito ao quanto decidido anteriormente impede que haja uma requalificação de posições jurídicas tomadas sob a vigência certo entendimento jurisprudencial.

A submissão da alteração da orientação jurisprudencial consolidada a uma análise prévia da presença ou não de pressupostos que autorizem a revisitação de um entendimento firmado contribui, sobremaneira, a nosso ver, para o reforço da estabilidade jurisprudencial. Ademais, impede que a simples retomada do debate acerca de tema antes consolidado – ainda que sem previsão de resultado – enseje alterações políticas, sociais ou econômicas abruptas e indesejadas.

Some-se a isso o fato de que a superação da questão preliminar poderá fazer as vezes de sinalização ao público de que determinado tema estará, a partir daquele momento, sob

possibilidade de revisitação. Por fim, há o benefício para a racionalização do trabalho nos tribunais, em especial no Supremo Tribunal Federal, dado o volume de processos pendentes de análise.

REFERÊNCIAS:

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16 ed. São Paulo: Malheiros. 2015.
- CABRAL, Antônio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*. In Revista de Processo n. 221. Ano 2013.
- CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. Salvador: JusPodivm. 2018.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18 ed. Salvador: JusPodivm. 2016.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 11 ed. Salvador: JusPodivm. 2016.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 13 ed. Salvador: JusPodivm. 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967.
- ZANETI JR. Hermes. *Precedentes (Treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. n. 235. ano 2014.
- WAMBIER. Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.