



TRANSFORMAÇÃO, SINALIZAÇÃO E SUPERAÇÃO ANTECIPADA E SUA PERTINÊNCIA AO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO

Transformation, signaling and anticipatory overruling and brazilian precedential system
Revista de Processo Comparado | vol. 3/2016 | p. 89 - 120 | Jan - Jun / 2016
DTR\2016\20467

Lucas Buril de Macêdo

Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – Unicap. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Professor de Direito Processual. Advogado. lucasburilmb@gmail.com

Área do Direito: Processual

Resumo: A proposta específica deste trabalho é avaliar algumas técnicas estadunidenses de aplicação de precedentes, nomeadamente a transformação, a sinalização e a superação antecipada, e a possibilidade de seu transplante jurídico para o stare decisis brasileiro. Partindo da noção de recepção jurídica e das razões que fundamentam o sistema de precedentes brasileiro e a concepção de cada uma das ditas “técnicas”, conclui-se que a transformação e a sinalização não devem ser transplantadas para o sistema jurídico brasileiro, enquanto a superação antecipada deve ser ajustada.

Palavras-chave: Precedentes - Transplante jurídico - Transformação - Sinalização - Superação antecipada

Abstract: The specific purpose of this study is to evaluate some US technics for precedent application, in particular the transformation, signaling and anticipatory overruling, and the possibility of their legal transplantation to Brazilian stare decisis. From the reasons that underlie the Brazilian precedential system and the concept of each of said “technics”, it reaches the conclusion that they do not serve the purposes of the juridical system, concluding, finally, that the transformation and signaling should not be transplanted to Brazil, while the anticipatory overruling must be adjusted.

Keywords: Precedents - Legal transplant - Transformation - Signaling - Anticipatory Overruling

Sumário:

1 O sistema de precedentes brasileiro - muito feito e muito mais a fazer - 2 Três técnicas que devem ser analisadas com cuidado - a transformação (transformation), a sinalização (signaling) e a superação antecipada (anticipatory overruling) - 3 A recepção de tecnologia jurídica - 4 Filtro específico: os fundamentos e a função da positividade da obrigatoriedade dos precedentes no Brasil - 5 Avaliação da pertinência da transformação, da sinalização e da superação antecipada ao sistema de precedentes brasileiro - 6 Conclusão

1 O sistema de precedentes brasileiro - muito feito e muito mais a fazer

A Lei 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, trouxe consigo o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. É certo que a instauração do stare decisis ficou aquém do que poderia vir, mesmo a partir de uma análise que leve tão somente em conta o histórico legislativo. De fato, a regulação realizada pelos arts. 926 e 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), e espraiada por toda a legislação processual, não é a melhor.¹

Nada obstante, é forçoso que se diga: ainda assim, trata-se de um grande avanço. A regulação constante do Código de Processo Civil de 2015 descortina uma série de possibilidades: há fonte normativa com a potencialidade de alterar efetivamente o



quadro da distribuição de Justiça brasileira, tornando-a mais segura e coerente, com maior participação dos sujeitos interessados - portanto, mais legítima -, e, com institutos tendentes à solução coletivizada de demandas, o que deve resultar em uma prestação mais rápida. Enfim, é possível, com os instrumentos outorgados pelo legislador, uma justiça melhor.

Todavia, é bom que fique claro, está-se a falar de uma potencialidade, ou seja, em uma possibilidade. Para que isso se concretize, o papel central é dos aplicadores do direito, que precisam tratar com seriedade e eficiência os problemas que não de se revelar perante a riqueza de situações apresentadas na aplicação do Código de Processo Civil.² Aliás, numa das coletâneas mais relevantes que já foi publicada sobre o tema dos precedentes obrigatórios, já se afirmou, de modo peremptório, que muito mais vale uma teoria dos precedentes bem desenvolvida do que a positivação de um sistema de precedentes.³ É justamente aí que se encontra o problema para o ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, a teoria dos precedentes - se não os próprios precedentes, ao menos de um modo conceitualmente adequado - é desconhecida por significativa parcela dos juristas brasileiros. No entanto, o labor com os precedentes já ocorre há bom tempo - basta lembrar o recurso especial para uniformização da jurisprudência (art. 105, III, c, da CF/1988 (LGL\1988\3)) -, embora normalmente se passa ao largo dos seus conceitos e técnicas de aplicação. Agora, com a fortificação dos precedentes realizada pelo Código de Processo Civil de 2015, a operação mais intensa com tais conceitos e técnicas já deveria estar sendo realizada atualmente, e diuturnamente.

Pois bem. É certo que o Código de Processo Civil de 2015 traz uma sistemática de precedentes, determinando a uniformidade, estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência, com a edição de súmulas representativas da jurisprudência dominante do tribunal, e listando precedentes que são reputados obrigatórios, delineando também vários contornos da sua forma de aplicação, superação e publicidade. Todavia, dizer isto, embora signifique muito, ainda é muito pouco para a real efetivação de um sistema de precedentes.

Isso fica claro a partir de algumas poucas perguntas: qual o conteúdo normativo do dever de uniformização? E do dever de estabilidade? Como definir os deveres de coerência e integridade?⁴ A lista de precedentes obrigatórios é exaustiva? Como definir a ratio decidendi deles? Podem ser estabelecidos critérios de correção para a realização de distinções? E quais os critérios para determinar a eficácia temporal de uma superação de precedentes?⁵

As perguntas poderiam continuar e a verdade é que, embora todas elas sejam essenciais para a operação adequada com precedentes obrigatórios, nenhuma delas é respondida pela lei processual. E nem poderiam ser. O papel de solucionar tais questões é da doutrina e da jurisprudência. Isso significa que, muito embora o Código de Processo Civil tenha avançado bastante, a construção do sistema de precedentes está longe de ser uma obra concluída, carecendo intensamente da concretização dos próximos passos, todos eles fundamentais, definidos pelo trabalho doutrinário e pela consagração jurisprudencial das respostas às várias questões que a operação com precedentes suscita.

As dúvidas tipicamente provenientes da vivência de um sistema de precedentes envolvem, sobretudo, questões de definição e as técnicas aplicativas. Entre tantos pontos problemáticos, destacam-se as técnicas que envolvem aplicação, distinção ou superação de precedentes de modo peculiar, específico, diferenciado. É justamente neste ponto que surgem as técnicas de transformação (transformation), sinalização (signaling) e superação antecipada (anticipatory overruling).

Tais técnicas, pode-se dizer, são especiais ou excepcionais; isto é, fogem ao que é comum na aplicação de precedentes - definição ou interpretação do precedente para



identificação da sua ratio e afastamento de eficácia normativa do que é obiter dictum, juízo distintivo para aplicação ou afastamento do precedente no caso e avaliação de novas teses levantadas para a superação de norma de precedente. No Brasil, há uma tendência doutrinária à recepção da transformação, da sinalização e da superação antecipada, como manifestações da rica experiência estadunidense na aplicação dos precedentes obrigatórios.

Para que a análise seja feita adequadamente, faz-se necessário, primeiramente, conhecer o conteúdo de tais conceitos, definindo as referidas técnicas. Após isso, passa-se a avaliar, ainda que brevemente, os critérios gerais para recepção de tecnologia jurídica e, em seguida, os critérios específicos para as técnicas ligadas aos precedentes judiciais obrigatórios no Brasil. Finalmente, e com base nos pontos estabelecidos, avalia-se a adequação ou não da transformação, sinalização e superação antecipada ao stare decisis brasileiro.

2 Três técnicas que devem ser analisadas com cuidado - a transformação (transformation), a sinalização (signaling) e a superação antecipada (anticipatory overruling)

2.1 A transformação (transformation)

A ideia de transformação é defendida especialmente por Melvin Eisenberg. Para chegar à transformação, o jurista norte-americano trata, antes, de três teorias sobre o como se estabelece uma norma de um precedente. Para Eisenberg, diante dos métodos de definição da ratio decidendi ou holding, têm-se as seguintes abordagens: a minimalista, a centrada no resultado e a da proclamação.⁶

O autor, inicialmente, categoriza os métodos preponderantes em dois: os minimalistas e os centrados no resultado, aos quais soma o seu próprio método. Pelo método minimalista, em referência não expressa à teorização de Rupert Cross, a norma do precedente consistiria em parte da norma anunciada pelo precedente na fundamentação do tribunal, enquanto todo o resto seria obiter dictum.⁷ Percebe-se que essa compreensão do método de definição da ratio elimina a regra anunciada pelo precedente para o mínimo possível.⁸ Já no método centrado no resultado, a norma do precedente consiste na proposição jurídica que deve ser alcançada a partir dos fatos do precedente, o que se assemelha à ideia de Goodhart, e, segundo o jurista norte-americano, diferencia-se do outro método por se preocupar notadamente com o que o tribunal realmente fez, e não com o que ele disse que fez.⁹ Segundo Eisenberg, ainda, os dois métodos advêm de uma percepção da função judicial tão somente como de decisão de casos, no qual a produção de normas seria apenas um subproduto, e, muito embora os tribunais norte-americanos - e, acrescente-se, do mundo ocidental como um todo - comumente perfilam suas atividades dessa forma, nenhuma das duas teorias serve para descrever a atividade judicial de forma completa, pois só raramente uma norma do precedente é reduzida apenas ao mínimo ou alcançada a partir dos fatos substanciais descritos. Eisenberg elenca como razão para isso o fato de que esses métodos ensejariam grande insegurança, pois, no mais das vezes, aplicando-os rigorosamente, sequer seria possível construir uma única norma do precedente a partir deles.¹⁰

Por outro lado, conforme Eisenberg, é possível conceber uma terceira forma de aproximação do método de definição da ratio decidendi: o da proclamação (announcement). Esse método seria fundado na concepção de que é um papel dos tribunais estabelecer normas jurídicas. Assim sendo, chega-se a duas conclusões: por um lado o método da proclamação dá peso às normas determinadas pelo tribunal apenas na medida em que elas expressamente o são, e, por isso mesmo, atribui-se valor à função dos juízes subsequentes na construção de normas jurídicas; noutro sentido, esse método insiste na relação entre a norma e a resolução de disputa, e, portanto, reconhece que o papel de criar e enriquecer normas jurídicas, embora possua valor por si mesmo, ainda assim é conectado de forma relevantíssima com o dever de prestar a tutela jurisdicional dos direitos. Essa forma de compreensão da determinação das



normas advindas de precedentes judiciais, conforme Melvin Eisenberg, possui um caráter descritivo muito mais forte do que os métodos minimalistas ou centrados no resultado. Poucos precedentes escapariam de seus quadrantes.¹¹ Ao fim e ao cabo, conforme se percebe, o que efetivamente faz o chamado método da proclamação (announcement approach) é fugir de critérios rígidos para chegar à norma do precedente, destacando o papel construtivo dos juízes subsequentes.

Muito embora o método da proclamação seja - conforme o jurista norte-americano - o mais adequado para a descrição da atividade judicial, os tribunais algumas vezes utilizam-se de abordagens moderadas das teorias minimalistas e centradas no resultado. Interessante notar que, nesses casos, as próprias técnicas minimalistas ou centradas no resultado são empregadas para reformular a norma anunciada pelo tribunal do precedente. Em alguns desses casos, inclusive em alguns dos mais importantes precedentes norte-americanos, percebe-se a utilização desses métodos para radicalmente reconstruir a norma do precedente e, até mesmo, para realizar uma reviravolta na direção jurisprudencialmente assumida, ou seja, supera-se a norma do precedente a pretexto de aplicá-la. Esse uso das teorias de definição da ratio decidendi, que tem como resultado uma construção completamente distinta daquela realizada no precedente, é chamado de transformação.¹²

A transformação (transformation), portanto, consiste justamente na afirmação de que se está aplicando determinado precedente ou lhe dando continuidade, quando, o que se faz é, na verdade, a prolação de nova norma jurídica. Há uma distinção essencial entre o que o tribunal afirma e o que ele faz.¹³

Pode-se dizer, portanto, que a transformação ocorre quando um tribunal supera completamente um precedente, mas não anuncia que o fez.¹⁴ Seria uma superação implícita, realizada em várias oportunidades pelos tribunais.¹⁵ Nela, embora o tribunal cumpra seu dever de autorreferência,¹⁶ isto é, lide diretamente com sua história institucional tratando do precedente incidente no caso, ele trata apenas formalmente do precedente, pois, em substância, atribui-lhe um significado que não possui.

A transformação é uma forma de, por qualquer razão, evitar fazer formalmente uma superação de precedente (overruling), embora substancialmente existam poucas diferenças - a transformação e a superação são duas diferentes realidades da revogação das normas dos precedentes. Muito embora o tribunal afirme que está a aplicar a regra de determinado precedente, ao reconstruí-la equivocadamente, acaba por aplicar uma nova norma, ou seja, ele origina uma ratio decidendi distinta daquela do precedente que se afirma aplicar. Trata-se, na verdade, de uma superação de precedente disfarçada, é uma nova norma sob a capa do antigo precedente. Assim, cria-se uma falsa aparência de que há consistência entre a nova decisão e o precedente ou a linha de precedentes que se diz aplicar.¹⁷

Desta forma, na transformação há uma completa dissociação entre o que o tribunal anuncia, e o que efetivamente acontece no plano normativo. Isto é, muito embora a Corte afirme que está aplicando o precedente, ou seja, mantendo a sua história institucional, um olhar mais apurado - e menos preocupado com o que ela disse que fez do que com o que ela efetivamente fez - demonstrará que houve uma modificação no plano normativo. Então, o tribunal afirma que está aplicando uma ratio decidendi quando, na verdade, aplica uma nova ratio, incompatível com a anterior.

2.2 A sinalização (signaling)

Ao se avaliar a superação de precedentes, é possível identificar a perda de suporte social e a inconsistência sistêmica como os principais fatores para possibilitá-la - rectius, exigi-la. A ausência de qualquer fator de desgaste da segurança jurídica é, no entanto, um efetivo óbice ao desvio jurisprudencial, que pode ser, muitas vezes, inapropriado.

Para que se proceda com a superação do precedente judicial, é necessário que as razões para a mudança sejam mais fortes do que as razões para a continuidade. É dizer, não é



suficiente o entendimento dos magistrados de que uma nova norma seria mais conveniente ou oportuna do que a consagrada no precedente, ou ainda que o precedente esteja fundado em um erro.¹⁸ A inadequação da ratio decidendi a proposições sociais e ao sistema jurídico é um argumento essencial, mas, imprescindível reconhecer, não constitui fundamento suficiente para a superação.¹⁹

Realmente, em casos nos quais tais fatores não se apresentem, não existiria qualquer dado objetivo, institucionalmente reconhecido, que tornasse a confiança do jurisdicionado na solução determinada pelo precedente ilegítima. De fato, a confiança depositada em um precedente que não ostenta qualquer erosão, causada pela apresentação de inconsistência sistêmica ou perda de suporte social, é legítima e merecedora de tutela. Por sua vez, é evidente que a capacidade do precedente de outorgar segurança jurídica ao sistema judiciário e à sociedade constitui um forte elemento que dificulta a superação, já que as razões de segurança são um fator determinante em contrário à superação.

É muito provável que, mesmo que a norma se torne socialmente infundada ou sistemicamente inconsistente, quando não houver qualquer condição que demonstre objetivamente as vias da mudança, a sociedade ou os grupos sociais continuem a aplicar a ratio decidendi e a confiar no precedente para guiar suas ações. Aliás, a ausência de fatores institucionais de desgaste pode erroneamente conotar a consistência sistêmica e congruência social da norma defasada. Além disso, é plausível que, em alguns casos, especialmente nas áreas do direito nas quais a segurança jurídica é mais importante, a existência de alguns dos fatores de desgaste não seja tida como suficiente para eliminar a juridicidade da confiança depositada pelos jurisdicionados e, assim, o tribunal não possa simplesmente superar o precedente.²⁰

Para realizar a superação de precedentes nessas hipóteses, a técnica de sinalização (signaling) é tida como um importante meio para preservar a segurança jurídica na mudança, tutelando a confiança legítima do passado e afastando-a do futuro.

A sinalização é uma técnica pela qual o tribunal, muito embora continue a seguir o precedente, esclarece à sociedade que ele não é mais confiável. Assim, a partir desta técnica, o tribunal abre caminho para uma futura superação, afastando o embaraço da proteção da confiança legítima à sua realização. Para sua utilização, o tribunal não precisa evidenciar que está fazendo uso da técnica, mas é suficiente apenas apontar que, caso o precedente não fosse dotado de relevante estabilidade e previsibilidade, a solução seria outra e que a sua superação é provável em um futuro próximo, demonstrando as razões de sua afirmação.²¹

Ressalta-se que, como percebeu Marinoni, ao buscar preservar a segurança jurídica e tutelar a confiança dos jurisdicionados que planejaram suas atuações conforme o precedente, seria possível a utilização da superação do precedente com eficácia temporal plenamente prospectiva, ou seja, enunciar uma nova ratio decidendi que só irá incidir em situações posteriores à decisão. O jurista paranaense, entretanto, não conclui pela desnecessidade da técnica de sinalização, pois enxerga nela uma funcionalidade adicional: com a sinalização, o tribunal tem a vantagem de levar a questão a debate, pela comunidade jurídica ou pela sociedade em geral, podendo aferir cuidadosamente a necessidade e os parâmetros da mudança.²²

Desse modo, nos casos posteriores à sinalização (signaling), o tribunal poderá superar o precedente com maior tranquilidade, pois terá apontado que ele já não era, desde então, confiável. Qualquer sujeito que confiar no precedente para guiar suas ações, após a sinalização, fá-lo-á de forma injustificada, não merecendo, portanto, ter sua expectativa juridicamente tutelada. Há a transferência dos riscos dos prejuízos gerados pela superação do precedente, que passa a ser do jurisdicionado.²³ Assim, a superação do precedente geralmente deve ser realizada com eficácia retroativa, alcançando qualquer ato que tenha sido realizado após a sinalização da defasagem do precedente.²⁴



A sinalização não precisa ser declarada expressamente no precedente, é suficiente que a Corte, ao debater a questão, portanto na justificativa da decisão, teça as considerações que levam à identificação de um verdadeiro juízo de impertinência da ratio decidendi firmada ao sistema jurídico, do que se extrai a necessidade de sua revogação. Enfim, a sinalização não precisa ser realizada de modo expresse.

2.3 A superação antecipada (anticipatory overruling)

A superação antecipada (anticipatory overruling) é um instrumento utilizado pelos tribunais de apelação dos Estados Unidos, desde 1942, para evitar a aplicação do precedente, mediante a previsão de que a Supreme Court não mais irá segui-lo, e, assim, antecipar a ação do tribunal competente com a superação do precedente.²⁵

Deve-se compreender, com base na prática norte-americana, que a superação antecipada ocorre quando um tribunal inferior desvia de um precedente de tribunal superior, ao qual aquele estaria normalmente vinculado, e concretiza uma norma jurídica que não foi explícita ou implicitamente anunciada por este. Assim, a superação antecipada do precedente não se confunde com o overruling implícito, pois há uma diferença fundamental de competência.²⁶ Também não se confunde com a mera falha de aplicação de uma norma do precedente incidente no caso, pois a fundamentação da superação antecipada é específica e deve tratar explicitamente do preenchimento dos requisitos para sua utilização, o que desloca o debate sobre a incidência da norma no caso para a questão da pertinência da norma ao sistema jurídico.²⁷

Nesses casos, percebe-se que os tribunais inferiores não funcionam simplesmente seguindo o precedente regulador do caso, ainda válido e eficaz, mas se antecipam à superação. Em vez de observar a fonte do direito, o juiz ou tribunal inferior segue a Corte de precedentes, antecipando-se à atuação daquela. Esse tipo de atuação foi chamado por Evan Caminker de "modelo de procuração" (proxy model), em contraposição ao modelo de precedente, como forma de tomada de decisão.²⁸

Para a realização da superação antecipada (anticipatory overruling), a doutrina estadunidense, muito com base em precedentes em que se realizou a prática, indica a necessidade de existência de alguns fatores que o autorizem, que se passa a expor. Primeiro, deve-se mencionar a erosão do precedente, que se dá pela modificação de normas correlatas ou que compartilhem dos mesmos fundamentos, retirando a consistência sistêmica da ratio decidendi, ou por mudanças sociais que a tornem incongruente.²⁹ Outra possibilidade é a existência de novas tendências nas decisões da Supreme Court, e o caso se assemelha aos precedentes superados, fazendo notar que há incongruência social e inconsistência sistêmica da ratio decidendi, mas, ainda assim, o precedente foi deixado intacto e isolado do atual pensamento do tribunal.³⁰ A terceira hipótese permissiva da superação antecipada é a ciência, pelos tribunais, de que a Corte está aguardando o melhor momento para a superação do precedente, conforme fora sinalizado anteriormente; assim, a sinalização pelo tribunal superior de que a superação está por se realizar é uma hipótese permissiva para a conseguinte superação antecipada pelos tribunais inferiores.³¹ Outro fator levantado é a mudança de membros nos tribunais superiores, utilizado geralmente em combinação com outras razões, que aponte para uma previsão de provável mudança de posicionamento pelo tribunal.³² O quinto fator é a inconsistência entre precedentes do tribunal superior, ou seja, quando um precedente específico esteja em desarmonia com um conjunto de decisões do mesmo tribunal.³³ Finalmente, elenca-se como fator o insucesso do precedente para alcançar os fins que lhe foram expressamente atribuídos pelo tribunal prolator.³⁴

Os fatores elencados não são exaustivos, sendo certo que é possível a ocorrência da superação antecipada a partir de circunstâncias não expostas.

Ademais, deve-se perceber que nem todos os fatores explicitados são suficientes ou lúdicos, sozinhos, para a antecipação da superação do precedente (anticipatory overruling). Certamente, nos casos em que há erosão do precedente, sinalização de sua



superação ou inconsistência com os precedentes do tribunal superior, a superação antecipada deve ser mais facilmente defensável. Todavia, parece que a mera mudança na composição do tribunal não deve ser utilizada como fundamento para a superação de um precedente obrigatório - e muito menos para a sua antecipação.³⁵

A superação antecipada é uma manifestação do conflito entre justiça e segurança jurídica. Certamente, a sua aplicação é pautada numa tentativa de garantir uma tutela mais justa para as situações de direito material, afastando um precedente que provavelmente será superado pelo tribunal superior, o que é feito com base na falta de congruência com proposições sociais ou pela inconsistência com o sistema jurídico como um todo. Assim, evita-se a prolação de uma decisão injusta ou inadequada (contrária a razões substanciais) por razões de segurança já não tão fortes.³⁶

Por outro lado, deve-se reconhecer que se origina insegurança com esse tipo de decisão, e pode-se falar em injustiça, inclusive, caso a decisão ofenda a confiança legítima de um dos sujeitos, surpreendido com um provimento em seu desfavor. Diante desse conflito, é importante que o desejo de fazer justiça da Corte leve em conta também as razões de segurança ao ponderar acerca da superação antecipada do precedente aplicável, caso contrário, o tribunal pode - a pretexto de concretizá-la - acabar ferindo a própria justiça.

Realmente, a segurança é um importante objetivo a se alcançar em qualquer sistema jurídico, todavia, ela não é absoluta, pelo que a antecipação da superação, embora reduza a segurança, promove uma mudança desejada no direito, atendendo a exigências sociais, e, assim, ao próprio sistema jurídico.³⁷

Todavia, como o próprio instituto tem uma faceta consequencialista, defende-se que é importante evitá-lo quando uma decisão sobre a matéria esteja em vias de ser prolatada pelo tribunal superior. Isto é, caso a Corte responsável pela superação já tenha admitido recurso que sustente a mudança jurisprudencial e, sobretudo, iniciado o julgamento, atrasar a decisão pode ser a melhor solução, visto que os custos da mudança antecipada são evitados.³⁸

O dever de fundamentação para a antecipação da superação de um precedente é ainda maior do que o que se apresenta para a própria superação. Na antecipação, as razões de segurança ou a confiança legítima depositada no precedente precisam ser nulas ou, mais ainda, exigir o estabelecimento de uma nova *ratio decidendi*. Caso contrário, a antecipação é perigosa e pode acabar se confundindo com um erro de aplicação.

Realmente, nesses casos há a pretensa realização de uma superação por uma Corte incompetente para isso, embora o faça com razões específicas e diante de um contexto especialmente problemático. Assim sendo, a garantia de fundamentação adequada é medida imprescindível para o controle da adequação do uso da técnica.

3 A recepção de tecnologia jurídica

Em tempos recentes, com o surgimento de numerosos problemas transnacionais e internacionais, cada vez mais numerosos, e com a facilidade de conhecimento das leis, decisões, doutrina e outros dados jurídicos de sistemas estrangeiros, o tráfego de institutos e o diálogo entre países torna-se ainda mais comum, sobretudo no que toca à organização do Estado e problemas de direitos fundamentais. O debate do direito, em diversos aspectos, inclusive no institucional, é levado a ambiente que trespassa os limites de uma única nação.³⁹

Assim, o jurista, com olhos na solução dos problemas que se apresentam em sua cultura, observa no direito comparado institutos e técnicas que possam servir como um bom ponto de partida para a construção da solução que procura.⁴⁰ Esta é uma importante função do direito comparado, especialmente no que se refere à reforma legislativa, tendo em vista sua importância para a construção dos direitos nacionais, sendo comum que grandes reformas, como novos Códigos, sejam precedidas de amplos estudos comparativos, buscando fornecer as melhores respostas para os problemas do



ordenamento jurídico nacional.⁴¹

A internalização de técnicas, conceitos ou institutos estrangeiros ao sistema jurídico de um país é chamada de recepção jurídica, transplante normativo ou circulação jurídica.⁴² Esta ideia consiste na introdução, em um sistema jurídico, de parte de outro sistema jurídico; é o que se chama de circulação de normas.⁴³ A recepção pressupõe a compreensão do instituto recepcionado e sua alteração parcial, para que assim seja devidamente moldado para que melhor se encaixe e se harmonize ao ordenamento receptor. É dizer, a recepção é uma assimilação, um processo próprio de desenvolvimento: "um povo só pode adoptar e desenvolver um direito estranho, se ele transformar esse direito num elemento da própria vida e pensamento", modificando-o, portanto.⁴⁴

A grande importância da adaptação precisa ser destacada: o direito como produto de uma cultura não pode simplesmente receber a construção realizada por outra cultura: é indispensável que haja uma adequação do conceito, técnica ou instituto importado às particularidades do sistema jurídico receptor.⁴⁵ Nesse sentido, reconhece-se que há verdadeira impossibilidade de "transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos".⁴⁶

Dessa forma, pode-se afirmar que, com a recepção do *stare decisis*, tipicamente adotado nos sistemas de *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se imprescindível a delimitação das fronteiras do que foi recepcionado; isto é, definir o que da sistemática de precedentes obrigatórios do *common law* deve efetivamente ingressar no sistema jurídico brasileiro. Como foi dito, o sistema de precedentes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 está longe de ser completo, necessitando de trabalho integrativo da doutrina e jurisprudência. E é neste ponto que se coloca: como devem ser feitas as adaptações? O que efetivamente deve ser transplantado para o sistema processual brasileiro?

O ponto central para a resposta a tais perguntas é o contexto sistêmico no qual os institutos e técnicas pretendem ingressar, servindo de filtro à recepção. Neste ponto é que se alcança o ponto nevrálgico: para definir se a transformação, a sinalização e a superação antecipada devem ser utilizadas no direito brasileiro é preciso, antes, compreender as razões para a recepção do próprio sistema de precedentes no Brasil.

4 Filtro específico: os fundamentos e a função da positivação da obrigatoriedade dos precedentes no Brasil

A chegada do sistema de precedentes no direito brasileiro veio para suprir um reclame por maior segurança jurídica, igualdade na decisão judicial e eficiência jurisdicional. São esses os parâmetros que devem guiar a concretização do sistema de precedentes, seja para a resolução do problema posto nesta pesquisa, seja para a resolução de qualquer outro problema - sendo certo, porém, que os princípios suscitados não podem ser encarados de forma isolada, sem comunicação com o resto do ordenamento jurídico.

Passa-se a analisá-los.

A segurança jurídica no direito brasileiro é um dos princípios que mais carece de efetivação. Fala-se, com razão, em jurisprudência lotérica⁴⁷ para se referir à inexistência de racionalidade na atividade dos juízes e tribunais brasileiros, que se manifestam desordenadamente e desalinhadamente, dando um sem número de interpretações para os mesmos dispositivos e não sendo incomum ver-se o mesmo tribunal, mediante seus órgãos internos, sustentar posicionamentos opostos ou variar injustificadamente suas decisões em curtos espaços de tempo.⁴⁸ Conquanto seja a segurança jurídica um importante princípio consagrado na Constituição Federal brasileira, e certamente gerador de direitos fundamentais, ela não vem recebendo a devida atenção no tratamento da atividade jurisdicional, diante da ilusão, evidenciada pelo caos jurisprudencial, de que a lei é fonte suficiente para determinar o direito.⁴⁹



Assim, a estabilidade do direito brasileiro e, sobretudo, sua previsibilidade, são muito limitadas. Há manifesto esquecimento de que os jurisdicionados têm direito à segurança, à previsibilidade e à estabilidade, e, sobretudo, à tutela de sua confiança legítima; direito esse que é notavelmente fundamental. Esses são componentes imprescindíveis para o Estado de Direito, e não podem ser olvidados ou suprimidos.

Consoante as finalidades do princípio da segurança - cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade -, percebe-se que se trata de norma essencial ao direito, pois se trata de uma característica funcional necessária, e quanto maior a efetividade do direito (regularidade de aplicação), maior sua satisfação.⁵⁰

Cabe, no entanto, um alerta: muito embora a segurança, por si só, seja já um imprescindível valor a alcançar no direito, para que possa regular condutas adequadamente, é preciso destacar que ela não trata da substância das normas que irá assegurar. De fato, é possível assegurar, mediante a cognoscibilidade, a estabilidade e a previsibilidade, uma norma jurídica que seja inadequada ou injusta. Não é a função da segurança jurídica controlar a adequação ou justiça do conteúdo das normas jurídicas. Isso cabe a outros elementos do ordenamento jurídico.

Isso pode ser explicado em uma interessante analogia. Uma qualidade atribuída às facas bem-feitas é ser afiada, logo, uma boa faca é aquela que, acima de tudo, corta bem. Ainda que a faca seja utilizada para maus propósitos, não se pode dizer que a faca é ruim. Algo semelhante acontece na relação entre direito e segurança jurídica: a segurança é elemento intrínseco da qualidade do ordenamento jurídico, como forma de organização social, é indispensável que o princípio de segurança atue em um grau mínimo para que haja juridicidade, apesar de não se pode dizer que um sistema jurídico seguro seja moralmente ou substancialmente valoroso.⁵¹

O *stare decisis* é meio de tornar o Direito mais seguro, tornando relevantes elementos ligados à própria aplicação da norma e criando ônus argumentativos importantes para a construção racional das normas jurídicas. O respeito aos precedentes é uma forma fundamental de dar coerência ao Direito.⁵² Assim como a segurança, principal princípio na concretização do sistema de precedentes obrigatórios, o seu valor é instrumental. Mais ainda: o *stare decisis* é instrumento para tornar a segurança mais forte. Retomando a analogia realizada, os precedentes obrigatórios seriam uma pedra de amolar, serve efetivamente - caso seja bem utilizada - para manter a faca bem afiada, e assim para que seja uma boa faca, mas não pode garantir que será utilizada para bons propósitos. Seguir precedentes não pode garantir, da mesma forma que negá-los, a aplicação da melhor ou mais justa norma jurídica possível.⁵³

Realmente, o sistema de precedentes obrigatórios reforça a previsibilidade e a estabilidade do direito e, nos ordenamentos da tradição de *common law*, é indissociável da segurança jurídica e do próprio Estado de Direito. Não há texto expresso na Constituição norte-americana que preveja o *stare decisis*, todavia lhe é conferida dignidade constitucional, porquanto é corolário do princípio da segurança jurídica e do Estado de Direito. Configura forma imprescindível de dar coerência ao sistema jurídico, uniformizando o direito e garantindo-lhe a necessária integridade.⁵⁴ Ressalte-se, nesse sentido, que historicamente a institucionalização dos precedentes obrigatórios no direito inglês está fortemente ligada ao requerimento prático por segurança jurídica e à necessidade de previsibilidade.⁵⁵

Assim sendo, é notável que a recepção do sistema de precedentes no Brasil visa, sobretudo, garantir maior segurança jurídica. Para isto, enfim, trata-se de uma medida de excelência.

Pois bem. Além da segurança jurídica, o *stare decisis* propõe um sistema mais isonômico e eficiente - o que vem à reboque, juntamente com a previsibilidade e a estabilidade que são proporcionadas.



O princípio da igualdade é baseado em uma contrafactualidade, na medida em que se utiliza de critérios para o tratamento jurídico equivalente de pessoas e situações distintas, tornando, nesta medida, tais diferenças juridicamente irrelevantes. Em outras palavras, a igualdade é o que norteia quais circunstâncias são ou não são relevantes para ensejar uma tratativa jurídica própria, ou seja, designa aos olhos do direito os critérios válidos para caracterização de diferenças jurídicas.⁵⁶

A igualdade é garantida na Constituição pátria, já no caput do art. 5.º, e é amplamente aplicada pelo STF, embora não exista efetiva preocupação com a igualdade nas decisões judiciais. A ideia de igualdade está ligada nos países de direito codificado, como o Brasil, com os precedentes chamados interpretativos, e uma das razões marcantes para atribuir-lhes força é a unidade ou uniformidade do direito, nomeadamente na tomada de decisões, acerca de todo sistema jurídico: não é suficiente a vigência do mesmo corpo de normas, mas é indispensável que o direito seja aplicado igualmente em todas as regiões judiciais, ou seja, a mesma interpretação deve ser dada em diferentes as localidades e independente do jurisdicionado que se apresente perante o tribunal, ressalvado algum fator juridicamente importante que enseje uma distinção.⁵⁷

A contribuição de Luiz Guilherme Marinoni sobre o ponto é extremamente relevante. Aduz o jurista paranaense que a doutrina brasileira, ao analisar o princípio da igualdade, questiona "aspectos internos ao processo", nomeadamente os elementos relativos à participação das partes, em conexão ao contraditório, sendo tais pontos elencados sob o título do subprincípio da paridade de armas. Esta seria a igualdade no processo. Outrossim, há plena preocupação com a igualdade no acesso à jurisdição, isto é, a facilitação da entrega jurisdicional para "aqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à Justiça e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados". Esta seria a igualdade ao processo. Muito embora a igualdade seja vista como fundamental para o início e o desenvolvimento da atividade jurisdicional, há uma grave e inadmissível lacuna: não há qualquer preocupação com o fim, isto é, com a prestação da jurisdição, com a decisão. A igualdade diante das decisões jurisdicionais é negligenciada no direito brasileiro e o respeito aos precedentes é uma forma eficaz de implementá-la.⁵⁸

Realmente, a teoria dos precedentes é amplamente fundamentada no adágio *treat like cases alike*, que nada mais é do que a representação do princípio da igualdade pelo Judiciário no *common law*. A igualdade preceitua que os litigantes de hoje sejam tratados da mesma forma que foram os do passado.⁵⁹ A ideia é que, onde existem as mesmas razões, as mesmas decisões precisam ser proferidas, o que é uma consequência direta do princípio da igualdade.⁶⁰ Os precedentes obrigatórios, portanto, sempre representaram no *common law* uma forma - a mais relevante delas - de concretização do princípio da igualdade, o que lhes garante uma característica intrinsecamente boa.⁶¹ Sua significação para o direito brasileiro, caso bem aplicado, deve ser a mesma.

Eficiência como princípio significa, em síntese, o dever de chegar ao melhor resultado com o menor custo possível.⁶² O princípio da eficiência guia o Estado em todas as esferas e não é diferente com a própria atividade jurisdicional. A administração e a distribuição de justiça devem ser guiadas por este princípio, fazendo com que, dentre as opções processuais que porventura existam, seja eleita aquela que traz o melhor resultado possível com os menores custos. A economia processual, por sua vez, é o traslado daquele princípio especificamente para o processo, geralmente enunciado como o dever de cumprimento dos escopos processuais com o menor número de atos possível.⁶³

Os precedentes obrigatórios buscam evitar que os juízes e servidores ocupem-se em encontrar soluções para questões jurídicas já resolvidas, tornando a solução de novos casos menos dispendiosa.⁶⁴ Dessa forma, ao existir manifestação do tribunal competente sobre uma matéria, da perspectiva do litigante, ocorre algo próximo de uma preclusão, que o impede de utilizar argumentos já refutados, devendo possuir novo elemento para o debate.⁶⁵



De fato, eficiência e economia são também razões para a utilização da doutrina dos precedentes. É amplamente reconhecido no common law que prolatar decisões ex novo mesmo quando casos similares já houverem sido julgados é uma perda de esforço que provavelmente levaria à quebra do próprio sistema Judiciário.⁶⁶ O que é inconcebível no direito estadunidense é o que efetivamente vem ocorrendo aqui. O stare decisis, ao aliar a segurança jurídica a determinadas técnicas processuais sumarizantes, torna mais facilitada a prolação de decisões em determinados casos e garante deveres aos demandantes que evitam a reprodução irracional de processos. Em uma visão macro do funcionamento do sistema de administração de justiça, há uma substancial contribuição dos precedentes obrigatórios para a eficiência jurisdicional e para a economia processual.⁶⁷

Assim sendo, o stare decisis vem para agregar segurança, igualdade e eficiência à distribuição de justiça no Brasil. Tais princípios devem servir de filtro específico para a adaptação de técnicas aplicativas dos precedentes obrigatórios. Ou seja, no Brasil, o sistema de precedentes obrigatórios serve para contrabalancear um sistema demasiadamente fluído - que gera déficit de segurança, igualdade e eficiência -, pelo que as técnicas próprias para garantir certa mobilidade no sistema estadunidense (como também no inglês), não necessariamente devem ser importadas, especialmente aquelas que causam grave redução de racionalidade e consistência do sistema.

Passa-se a analisar a transformação (transformation), sinalização (signaling) e superação antecipada (anticipatory overruling), justamente para aferir se se tratam de técnicas condizentes com o contexto brasileiro de outorga de obrigatoriedade aos precedentes judiciais.

5 Avaliação da pertinência da transformação, da sinalização e da superação antecipada ao sistema de precedentes brasileiro

5.1 Transformação

A transformação deve ser evitada. Com efeito, ela deve ser compreendida como uma prática, e não como uma técnica da teoria dos precedentes.⁶⁸ Bem vistas as coisas, ela é uma técnica paraburlar os critérios de superação dos precedentes e, conseqüentemente, enseja grave ofensa à segurança jurídica e suprime a tutela da confiança legítima, que são a própria ratio essendi do stare decisis.⁶⁹

Perceba-se: o que, precisamente, faz essas decisões problemáticas não é a realização de uma superação de um precedente, mas que isso é feito sem se admitir, veladamente. Pode-se afirmar que, nesses casos, há uma superação "por-debaixo-dos-panos", que ofende gravemente a segurança jurídica.⁷⁰

Sua utilização, portanto, ao contrário de pertencer à teoria dos precedentes, é uma realidade observada na prática norte-americana, que configura, na verdade, uma ofensa ao princípio do stare decisis, e ao seu maior alicerce, a segurança jurídica. Não só isso, a superação disfarçada de aplicação, ao invés de preservar o stare decisis, enseja uma série de prejuízos aos seus alicerces, ainda maiores dos que os advindos da superação. É possível lista-los: (i) quebra a igualdade, pois desfaz a uniformidade proporcionada pela aplicação generalizada da ratio decidendi transformada; (ii) desfaz a segurança, porquanto os jurisdicionados não têm como saber se, de fato, houve a superação - o que é concluído pela reconstrução racional da norma do precedente - ou se foi um mero erro do tribunal superior, tornando imprevisível a aplicação posterior; (iii) a incerteza gerada acaba por minar a eficiência jurisdicional, pois enquanto alguns juízes perceberão a mutação, outros continuarão a aplicar a norma antiga, levando a uma confusão quanto ao direito vigente; (iv) pela mesma imprevisibilidade, prejudica-se a possibilidade de autogoverno dos particulares, que poderão fazer decisões com base em falsas premissas, o que prejudica a própria democracia; (v) igualmente pela insegurança que a transformação gera, origina-se uma frustração grave da confiança legítima, que, na superação expressa, é ou tutelada ou abertamente tratada como juridicamente



insuficiente; (vi) a superação disfarçada fere o Estado de Direito, eis que o tribunal utiliza uma determinada fonte do direito para chegar a resultado distinto do que lhe foi atribuído pela experiência, sem qualquer justificativa, minando a própria legitimidade do Judiciário.⁷¹

Diante dessa percepção, deve-se concluir que a transformação não deve ser internalizada como uma técnica própria do stare decisis, o que seria um contrassenso. Não se pode ter como permitido aos tribunais, diante dos precedentes obrigatórios, realizar a transformação de uma norma de precedente em outra, mantendo-se o mesmo referencial e evitando a consideração da confiança legítima ensejada pela norma que, na verdade, foi superada. Isso é, certamente, algo que se deseja evitar no stare decisis. A correta compreensão da transformação, portanto, é de um conceito para descrever essa anomalia prática.⁷²

Cumprir insistir: a transformação deve ser evitada e compreendida como um conceito para se referir a uma possível prática dos tribunais que é contrária ao stare decisis e, portanto, ilegal. Nos casos em que as transformações são realizadas, na verdade, o tribunal deveria ter realizado, conforme a teoria dos precedentes obrigatórios, a explícita superação, enfrentando a carga argumentativa para tanto e tutelando a confiança legítima dos jurisdicionados que planejaram suas vidas conforme a norma revogada.⁷³

5.2 Sinalização

A utilização da técnica de sinalização (signaling) é geralmente justificada pela preocupação geral de proteger a confiança legítima dos jurisdicionados. Todavia, é de se notar que a sinalização acaba por gerar, na verdade, uma gravíssima insegurança jurídica: a rigor, os jurisdicionados saberão que não podem confiar, simplesmente, no precedente vigente e eficaz, mas não sabem o que efetivamente devem fazer (!). Instaura-se, pela sinalização, a insegurança consciente, mas que não deixa de ser insegurança.

A técnica da sinalização é, bem vistas as coisas, um meio de afastar a segurança de uma regra, sem estabelecer a segurança em outra. Com isso, cria-se a possibilidade de a Corte de precedentes agir como bem entender, sem se preocupar com a tutela da confiança dos jurisdicionados, o que se afigura uma violência aos próprios princípios que fundamentam o stare decisis.

Não se pode ver com bons olhos uma técnica que serve à Corte, que deveria garantir segurança, para transferir para os jurisdicionados o ônus da insegurança, tirando-lhes o norte. Lembre-se que, no íterim da sinalização para a efetiva fixação do novo paradigma decisório, os jurisdicionados ficarão em completo estado de incerteza, sem qualquer condição de antever como devem comportar-se.

Ademais, sequer a justificativa do "tempo para debate" serve no direito brasileiro. Cabe ao tribunal suspender o julgamento - se já houver o iniciado - e, sendo o caso, determinar a realização de audiências públicas e instar a manifestação de amicus curiae que possam ajudar no esclarecimento da controvérsia (art. 927, § 2.º, do CPC (LGL\2015\1656)). Esta, sim, é uma atitude responsável com a função social das Cortes.

Diante desse quadro, a sinalização não deve ser recepcionada no direito brasileiro, trata-se de uma técnica impertinente às razões que fundamentaram a adoção do stare decisis, já que traz apenas insegurança jurídica, podendo ensejar quebra de igualdade e ineficiência jurisdicional. Realmente, a sinalização precisa ser evitada, sob pena de se consagrar uma técnica que permite aos tribunais, sob o pretexto de implementar o stare decisis, violá-lo em seus princípios fundantes.

5.3 Superação antecipada

A superação é medida fundamental para o bom funcionamento do stare decisis. Permitir sua antecipação é uma forma de dar maior flexibilidade ao direito, sem abrir mão das



garantias típicas do uso da superação - sobretudo, a fundamentação adequada e específica (art. 927, § 4.º, do CPC (LGL\2015\1656)), que, aliás, nesses casos é ainda mais rigorosa, pois precisa demonstrar o preenchimento dos requisitos próprios para a antecipação da superação. Assim, a superação antecipada é uma medida que outorga maior flexibilidade ao sistema jurídico, sem abrir mão da coerência e integridade (art. 926).

Trata-se de técnica importante para o direito brasileiro. É importante que os tribunais e juízes possam evitar os precedentes do STJ e do STF nos casos em que eles se apresentem objetivamente desgastados.⁷⁴ Embora ela seja admissível no *stare decisis* brasileiro, é preciso que seja aplicada com contenção - sob pena de descaracterizar o sistema de precedentes - e respeitando rigorosamente as regras de fundamentação específica.

Realmente, não faz sentido permitir a superação antecipada por mudança de composição de Corte ou por outros critérios que não levem em conta aspectos objetivos e seguros. Por não ser admissível o uso da sinalização no direito brasileiro, que deve se preocupar em fornecer precedentes firmes e que garantam segurança jurídica aos jurisdicionados, a única hipótese efetiva em que a superação antecipada pode ser utilizada é quando houver, no tribunal competente, a revogação de precedente que implique, por suas razões, na necessidade de revogar outros, seja porque o precedente revogado lhe servia de suporte ou porque as razões que serviram à sua superação são extensíveis à superação de outro.

De toda forma, atente-se que esta técnica de superação não foi aprovada no direito inglês. A maior rigidez do *stare decisis* naquele país impede que os juízes e tribunais inferiores possam se antecipar à decisão do tribunal superior. Ao contrário, a prática é, ao invés da superação antecipada pelos tribunais e juízes inferiores, a possibilidade de recursos per saltum nas decisões que negam o precedente obrigatório, essas impugnações são direcionadas diretamente para a Supreme Court of United Kingdom, já que o resultado do caso depende efetivamente do *overruling*.⁷⁵

Cumprir destacar que a prática inglesa não é condizente com o direito brasileiro, pois o Estado Constitucional Democrático, representado pelo processo colaborativo, faz importante a contribuição dos juízes e tribunais, que fornecem sua interpretação do precedente e consignam razões para a manutenção, desvio ou mesmo superação da norma e, excepcionalmente, devem proceder com a superação antecipada. A exclusão da contribuição dos juízes e tribunais inferiores, no direito brasileiro, ofende o devido processo legal e o princípio da cooperação, além disso acaba por instaurar uma prática socialmente incongruente e bastante autoritária de aplicação dos precedentes.

Conforme o Código de Processo Civil de 2015, no entanto, há a viabilidade de propor reclamação constitucional em contrário à decisão que supera antecipadamente o precedente obrigatório (art. 988, III e IV, e § 5.º, II, do CPC (LGL\2015\1656)). Quando o precedente advier de recurso extraordinário ou de recursos excepcionais repetitivos, diante de regra expressa, a reclamação somente será admissível após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Há, portanto, viabilidade na recepção da superação antecipada, mas ela deve ser vista com ressalvas, fortalecendo o dever de fundamentação e apenas sendo aplicada em casos onde existam substanciais dados institucionais que apontem para a iminência da superação. Caso contrário, não é possível realizar a antecipação da superação. A superação antecipada, enfim, deve ser transplantada com adaptações, tornando mais estreitos os casos em que pode ser aplicada: apenas quando os precedentes recentes da Corte Superior tornem outros precedentes insustentáveis, viabilizando tal reconhecimento pelos tribunais e juízes inferiores.

6 Conclusão

Como se vê, nem todas as técnicas desenvolvidas no sistema de precedentes



norte-americano podem ser importadas para o sistema jurídico brasileiro. É preciso avaliar a recepção a partir das razões que fundamentam o estabelecimento da obrigatoriedade dos precedentes, evitando institutos inadequados ou adaptando-os, se for possível.

Ora, se o sistema de precedentes é fundado na segurança jurídica, na igualdade e na eficiência jurisdicional, pelo que não faz sentido algum transplantar para o ordenamento brasileiro técnicas desenvolvidas no sistema jurídico estadunidense que servem justamente para a quebra da segurança e da igualdade, com reflexos negativos mediatos na eficiência jurisdicional. Muito embora a transformação e a sinalização possam fazer sentido naquele contexto - se é que efetivamente fazem -, entre nós não há justificativa para, ao importamos um mecanismo para garantir maior coerência e racionalidade ao sistema, tão carente de tais atributos, trazermos conjuntamente meios tão bruscos de quebra desses valores almejados.

Aliás, trazer tais técnicas é apenas um incentivo, muito eficaz, para que o sistema de precedentes simplesmente não funcione, diante da aplicação contínua de técnicas inconsistentes com a função do *stare decisis*. Assim sendo, não há viabilidade da recepção da transformação e da sinalização.

Finalmente, a superação antecipada é aplicada de modo muito abrangente nos Estados Unidos, devendo ser importada com adaptações, estreitando a permissão para que tribunais e juízes inferiores antecipem-se à manifestação da Corte Superior.

1 O histórico legislativo foi analisado de modo aprofundado, demonstrando-se o retrocesso que sofreu a regulação do tema no retorno do projeto ao Senado Federal: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, no prelo.

2 Sobre o papel do intérprete na concretização do direito, em especial a partir da operação com princípios, conferir: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. Já se destacou que esse papel é reforçado no pós-positivismo, mesmo nos países de direito codificado, e ainda que se adote uma retórica de descrição objetiva do direito. Nesse sentido: CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile - metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999. p. X. Nas palavras do autor: "Per i 'non-positivisti', in particolare, la giurisdizione non giocherebbe affatto in ruolo secondario, meramente applicativo, che le attribuiscono le teorie 'positivistiche'. Né le sentenze servirebbero soltanto a produrre norme individuali, logicamente derivate da premesse preconstituite al giudizio. Al contrario, nelle sentenze verrebbero spesso formulate e utilizzate regole di non meno di due tipi diversi: de un lato, regole generali e astratte di comportamento, prodotte dai giudici mediante procedimenti di auto-integrazione o di etero-integrazione del diritto positivo; dall'altro, definizioni, formulate dagli stessi giudici, di concetti giuridici non definiti - o non definiti compiutamente, o non definiti 'bene' - dal legislatore. Pertanto, così concludono i 'non-positivisti', anche nei paesi a diritto codificato di tradizione romanistica, nei quali il precedente giudiziale non è vincolante, la giurisprudenza sarebbe, quantomeno di fatto, ovvero da un punto di vista sociologico, o non 'formale', una vera e propria fonte del diritto".

3 MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are*. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 157. Também destaca o problema, sobretudo no contexto da utilização cada vez maior dos precedentes no civil law: TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaio*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 131.



4 Sobre tais deveres, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro (org.). Precedentes. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 1, p. 383-398. MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil cit.

5 Sobre este último problema, conferir: PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

6 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 52-55.

7 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Precedent in English law. 4. ed. Oxford: Oxford University Press. p. 40-47.

8 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 52.

9 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 52-53.

10 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 53.

11 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 55.

12 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 55-56, com exemplos às p. 56-61.

13 Ver, nesse sentido, a aplicação dessa ideia: SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). Interpreting precedents. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997. p. 401-403. No mesmo sentido: PETERS, Christopher J. Under-the-table overruling. Wayne Law Review, n. 54, p. 1090, 2008.

14 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 132. Complementa o autor: "In *Macpherson v. Buick Moto Co.*, for example, Cardozo substituted a new rule, that the principle of negligence was fully applicable to manufacturers, for the old rule, announced in a number of precedents, that it was not. Rather than overruling, however, Cardozo radically reconstructed the precedents through a result-based technique and then purported to follow them. Similarly, in *Sherlock v. Stillwater Clinick* the Minnesota court substituted a new rule, that a negligent physician was liable for wrongful birth, for the old rule, announced in *Christensen v Thornby*, that he was not. Rather than overruling, however, the court radically reconstructed *Christensen* through a minimalist technique and then purported to follow it" (p. 132-133).

15 Ver, com muitos exemplos: PETERS, Christopher J. Under-the-table overruling cit., p. 1067-1073.

16 "Observe-se, por outro lado, que o estilo de julgamento, no âmbito do common law, é caracterizado pela 'autorreferência' jurisprudencial. Na verdade, pela própria técnica do precedente vinculante, impõe-se, na grande maioria das vezes, a exigência de que a corte invoque, para acolher ou rejeitar, julgado ou julgados anteriores. Em outras palavras, a fundamentação de uma decisão deve, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte" (TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 105).



17 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 60-61 e, especialmente, 133.

18 Sobre a concepção de que o erro da decisão não é suficiente para sua superação, ver: NELSON, Caleb. Stare decisis and demonstrable erroneous precedents. *Virginia Law Review*, vol. 87, n. 1, p. 1-3, 2001.

19 Essa percepção não é estranha à House of Lords, como destaca Cross: "In many other cases it (a House of Lords) has declined to exercise the Practice Statement power. It has been frequently asserted that the mere conclusion that, in the view of the present panel, an earlier decision was 'wrong' is not of itself sufficient warrant for departing from it. The Practice Statement indicates that the House will treat its former decisions as 'normally binding'. It speaks of adherence to precedent being too rigid when it 'may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law'. Even when these conditions are met, however, it has been said that the House should not necessarily depart from an earlier decision" (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law cit.*, p. 136-137). A preocupação da Corte inglesa é justamente de proteger a segurança, sobretudo por conta da retroatividade das decisões judiciais, assumida naquele país, o que leva à consideração que "legislation may be the better course".

20 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of common law cit., p. 121.

21 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of common law cit., p. 122-123. No mesmo sentido, porém tratando do tema como "julgamento-alerta": CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *RePro*, vol. 221, p. 34-35, ano 38, São Paulo: Ed. RT, 2013. O autor, entretanto, entende que a chamada técnica do julgamento alerta não se confunde com a sinalização, pois naquela existiria diálogo institucional, enquanto nesta não. A diferenciação realizada não se sustenta. Defender a existência de diálogo institucional num ou noutro instituto, colocando-o como característica ontológica da técnica é equivocado. A intenção de estabelecer o diálogo institucional pode se fazer ou não presente, o que não descaracteriza as duas técnicas. Bem vistas as coisas, colocar o diálogo institucional como característica de qualquer das técnicas é passar uma percepção do observador de como algo deve ser para a essência do instituto. Não há diferenciação semântica ou pragmática entre o que se chama de julgamento-alerta e sinalização, as duas coisas consistem exatamente na mesma prática e atribuir uma suposta vontade de dialogar institucionalmente em uma e não noutra é uma diferenciação inconsistente.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: ed. RT, 2011. p. 342-344. A conclusão do autor é a seguinte: "Quando é difícil saber, diante das particularidades das relações que se basearam no precedente, se o imediato overruling com efeitos prospectivos é suficiente para garantir a justificada confiança, torna-se prudente apenas sinalizar para a revogação futura, dando aos advogados tempo para preparar seus clientes no sentido de que não mais poderão se pautar no precedente. Afirmado-se, na sinalização, esta circunstância, os efeitos retroativos do futuro overruling não terão como deixar de considera-la, restando limitados a um instante posterior àquele em que ocorreu a sinalização" (p. 343-344).

23 CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada cit., p. 36.

24 EISENBERG, Melvin Aron. The nature of common law cit., p. 124.

25 KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals. *Fordham Law Review*, vol. 51, p. 53, 1981. Importante notar que, embora a prática seja efetivamente utilizada, em vários casos, pelos tribunais de apelação, a Supreme Court não se manifestou especificamente acerca dela, o que a



autora aponta como uma possível estratégia para evitar a disseminação indiscriminada da superação antecipada (p. 59-61). A autora ressalta, ainda, que a técnica também foi utilizada nas cortes distritais, embora tenha sido refutada, por elas mesmas, em outros precedentes (p. 54, nota 10).

26 KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals cit.*, p. 57-59.

27 Em sentido contrário, afirmando que "em verdade, o correto seria aludir a não aplicação de precedente em vias de revogação pela Suprema Corte", MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios cit.*, p. 403. O autor, com a devida venia, vincula o instituto à "vontade da Suprema Corte" (p. 413), o que parece inapropriado, por dar mais ênfase ao trabalho do tribunal superior do que às proposições sociais que fundamentam as normas jurídicas e à consistência do sistema jurídico.

28 "According to the proxy model, an inferior court discharges its duty to 'say what the law is' by applying the dispositional rule that the superior court enjoying revisory jurisdiction predictably would embrace. This model invokes imagery of a judicial system built from the top down. The United States Supreme Court, the court of last resort for both federal and state systems, is properly considered to be the oracle that authoritatively divines and articulates the meaning of federal law. As such, in a world without transaction costs, the Supreme Court ideally would entertain all disputes raising questions of federal law through the exercise of original jurisdiction" (CAMINKER, Evan H. *Precedents and Prediction: The forward-looking aspects of inferior court decisionmaking. Texas Law Review*, vol. 73, n. 1, p. 16, 1994, sobre o tema, ver: p. 16-22).

29 "This Court, of course, must follow the Supreme Court, but there are occasional situations in which subsequent Supreme Court opinions have so eroded an older case, without explicitly overruling it, as to warrant a subordinate court in pursuing what it conceives to be a clearly defined new lead from the Supreme Court to a conclusion inconsistent with an older Supreme Court case" (Estados Unidos - Court of Appeal 4th Circuit - *Rowe v. Peyton*, 1967, p. 714).

30 KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals cit.*, p. 63. Nesse sentido, afirmou-se que "when a lower court perceives a pronounced new doctrinal trend in Supreme Court decisions, it is its duty, cautiously to be sure, to follow not to resist it" (Estados Unidos - Court of Appeal 2nd Circuit - *Perkins v. Endicott Johnson Corporation*, 1948, Judge Frank, p. 218).

31 Assim, afirmou-se que a Suprema Corte, ao apontar a necessidade de mudança e se negar a fazer o overruling no caso, "raised the overruling axe so high that its falling just about as certain as the changing of seasons" (Estados Unidos - United States Supreme Court - *Republic Steel Corp. v. Maddox*, Justice Black (opinião dissidente), 1965, 379 , p. 667).

32 "In discounting the likelihood that the Supreme Court would adhere to one of its precedents, the Court of Appeals for the Seventh Circuit, in *United States v. White*, in addition to finding erosion of the precedent, noted that four Justices had declined to agree with the decision when it was made. The court of appeals pointed out, further, that in a subsequent case four Justices had criticized the precedent, the Chief Justice having stated that it was 'wrongly decided and should not be revitalized', and three other Justices having said that it 'should be considered a dead letter'. The court of appeals appeared not to have questioned the precedential force of a divided opinion; rather, it probably believed that subsequent erosion of the precedent by other Supreme Court opinions presaged a sufficient change in the views of the already sharply divided Court to produce a different outcome" (KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals cit.*, p. 67).



33 KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals cit., p. 68-69.

34 KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals cit., p. 69.

35 Uma série de circunstâncias que não foram elencadas são tidas como inapropriadas, como a intenção do tribunal inferior de evitar uma reforma de sua decisão. Sobre isso, ver: KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals cit., p. 71-73.

36 Em defesa do "modelo de procuração", no qual os juízes e tribunais inferiores devem decidir conforme os tribunais superiores ainda que em desprezo a precedentes e, conseqüentemente, também do anticipatory overruling, como significante expressão desse modelo, ver: CAMINKER, Evan H. Precedents and Prediction: The forward-looking aspects of inferior court decisionmaking. *Texas Law Review*, vol. 73, n. 1, 1994, p. 36-43. Caminker defende que esse modelo fornece mais economia, eficiência e uniformidade para o direito. O autor também analisa os perigos desse sistema (p. 43-51). A conclusão é otimista: "In the end, if judges employ the proxy model in good faith or are constrained in their ability to abuse it by such a prophylactic rule, then their efforts to predict decisions when probative data are available will achieve at least the same, and most probably a much higher, correspondence rate as the precedent model, thereby serving the hierarchy values discussed earlier" (p. 51).

37 Aproximadamente: KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory actions by United States Courts of Appeals cit., p. 75-83. Conclui a jurista norte-americana: "Stability of law, an end sought by means of stare decisis, may decrease when a lower court anticipates. To the degree that stability results from deliberate and orderly change, the leap-frogging effect of acting in advance of the highest court lessens stability. The value of stability as a goal in itself must be assessed, however, in relation to other desirable factors, such as growth. A tension can arise between these two elements if the desire for deliberate and orderly change impedes growth of the law when the latter is called for by the current needs of society" (p. 83).

38 "Waiting not only avoids the palpable risk that the lower court ends up being wrong, but it also averts the less obvious costs that a decision creates even when the court guesses right" (BRUHL, Aron-Andrew P. Deciding when to decide: how appellate procedure distributes the costs of legal change cit., p. 240).

39 Sobre isso: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. O problema foi ressaltado por Dinamarco no que toca ao direito processual: "A ciência processual civil brasileira vive, em tempos presentes mais do que nunca, uma grande necessidade de tomar consciência das realidades circundantes representadas pelos institutos e conceitos dos sistemas processuais de outros países, para buscar soluções adequadas aos problemas de nossa Justiça" (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Processo civil comparado*. RePro, n. 90, p. 46, ano 23, São Paulo: Ed. RT, 1998).

40 Como se destaca, "O legislador sempre utilizou, ele próprio, o direito comparado para realizar e aperfeiçoar a sua obra" (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* cit., p. 7. Da mesma forma: VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. 4. ed. Torino: Giappichelli, 2000. vol. 1, p. 16).

41 VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 24-25. PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de derecho comparado*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 87. GRAZIADEI, Michele. *Legal transplants and the frontiers of legal knowledge. Theoretical inquiries in law*. Tal Aviv, 2009. vol. 10, p. 696-700. Ligando a recepção à eficiência: MATTEI, Ugo. *Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and*



economics. International review of law and economics. Elsevier, 1994. vol. 3, p. 13-14.

42 Sobre o tema, ver, amplamente: DANTAS, Ivo. Novo direito constitucional comparado . 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 173-198.

43 WATSON, Alan. Legal Transplants. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993. p. 21.

44 WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010. p. 134.

45 Ver NICHOLS, Philip M. The viability of transplanted law: Kazakhstani reception of a transplanted foreign investment code. Journal of international economic law. Philadelphia, 1997. vol. 18, p. 1236-1248. O autor menciona uma tentativa que ocorreu nas décadas de 60 e 70 do século passado, motivada pelo entendimento de que o direito é fator essencial para o desenvolvimento econômico, de transplantar institutos jurídicos estadunidenses para países na África, Ásia e América Latina, além do envio de jovens juristas para esses lugares, buscando reformar o ensino jurídico. A empreitada, previsivelmente, foi considerada um grande fracasso. Watson, por sua vez, defende que os transplantes legais são relativamente fáceis no mundo ocidental, e que não haveria problemas, por exemplo, na construção de um código de direito civil aplicável a todo o Ocidente (WATSON, Alan. Legal transplants. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993. p. 100-101). Em sentido oposto, defendendo a impossibilidade de transplantes legais: LEGRAND, Pierre. The impossibility of legal transplant. Maastricht journal of European and comparative law. Maastricht, 1997, n. 4, p. 116-120. O autor, com razão, defende que é impossível transplantar uma norma, pois para a sua construção é indispensável o ofício dos intérpretes, que por sua vez estão culturalmente condicionados, e assim seria impossível levar uma norma de uma cultura para outra diferente, salvo se se concebesse levar, além do texto normativo, toda a cultura que o circunda. Muito embora o autor tenha razão ao se referir a "norma", o mesmo não sucede quando se pensa em modelos, técnicas ou institutos, e na adaptabilidade essencial que a recepção impõe. Em suma, ao se pensar a recepção como o recebimento de uma norma, com sentido construído, a recepção é realmente impossível; entretanto, em uma acepção menos rígida, adotada nesta obra, o transplante pode significar a importação de um modelo, que, entretanto, será modificado conforme a cultura receptora.

46 DANTAS, Ivo. Novo direito constitucional comparado cit., p. 102.

47 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. RT 78/111. São Paulo: Ed. RT, 2001.

48 No próprio STJ, que é Corte constitucionalmente destinada a uniformizar a jurisprudência nacional, o desrespeito aos próprios precedentes e a falta de uniformidade é mais preocupante. O problema é de tal monta que a expressão "jurisprudência banana boat" foi utilizada para fazer referi-lo, inclusive foi utilizada pelo ministro Humberto Gomes de Barros, em conferência proferida na própria Corte. É de extrema significância que um ministro tenha criticado o proceder da Corte em uma manifestação interna, o que só denuncia a necessidade premente de modificar o estado de coisas. O fato foi noticiado pelo tribunal: "Para o Min. Humberto Gomes de Barros, não é aceitável que o Tribunal afirme durante anos, por exemplo, que um imposto incide em determinada operação e, de repente, diga que a orientação estava errada. 'Isso é brincar de 'banana boat' com o contribuinte. Depois de seguir reto em uma direção, o piloto da lancha dá uma virada brusca para derrubar todos os que estão em cima da banana. Nós temos feito isso com o contribuinte', comparou o Ministro. 'O STJ foi concebido como um farol e não como uma boia à deriva. Ele precisa indicar ao navegante, ao cidadão, qual é o caminho. Mas esse caminho há que ser definitivo'. A preocupação do Ministro é importantíssima e demonstra a crescente preocupação com problemas relativos à segurança jurídica no Brasil. Nesse sentido, ainda, foi reportado que: "De acordo com o



presidente do STJ, os magistrados precisam ter consciência de que a segurança jurídica não é apenas um princípio, mas um bem fundamental do cidadão. Para o Min. Humberto Gomes de Barros, se a sociedade e os costumes sofreram alterações ao longo do tempo, não é o Judiciário que deve mudar a interpretação da lei. Cabe ao Congresso Nacional mudar a própria lei". Notícia disponível em:

[www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=88261]. Acesso em: 11.11.2013, às 11h 00. Apenas se ressalva que a ideia de que o "caminho deve ser definitivo" não se coaduna com a teoria aqui proposta ou com a teoria dos precedentes: a mudança é natural e necessária, o que se deve é tutelar a confiança legítima do jurisdicionado que agiu com base no precedente superado.

49 Apontando a questão no direito brasileiro: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Precedentes e evolução do direito. _____ (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 36-38. Esse problema é levantado por Muñoz como um dos principais defeitos do sistema jurídico espanhol, cf. MUÑOZ, Martín Orozco. La creación judicial del derecho y el precedente vinculante cit., p. 279-280.

50 GOMETZ, Gianmarco. La certeza giuridica come prevedibilità cit., p. 266-268.

51 RAZ, Joseph. The Rule of Law and its virtue cit., p. 225-226. Note-se que o autor faz uso do Rule of Law em vez da segurança (legal certainty), o que não prejudica a analogia, já que a característica ressaltada está diretamente ligada à segurança. Nesse sentido, vale a pena frisar que o Estado de Direito pode ser visto como equivalente à segurança jurídica (cf. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito cit., p. 279). Utilizando a mesma imagem: MARMOR, Andrei. The ideal of the Rule of Law cit., p. 668. Importante destacar que, enquanto Joseph Raz não vê requisitos materiais para o Rule of Law, Marmor acaba por admitir uma dimensão material deste ideal: "Any form of governance that meets the conditions of the rule of law necessarily promotes certain things that we morally value; that is, by actually complying with these conditions the law attains something morally good" (p. 669).

52 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed.). Interpreting precedents. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 487. Contrariamente, entendendo o argumento da consistência lógica como justificativa para o stare decisis como insuficiente: BENDITT, Theodore M. The rule of precedent. GOLDSTEIN, Laurence (ed.). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 89-90.

53 DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 154.

54 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent cit., p. 487.

55 WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of stare decisis. In: GOLDSTEIN, Laurence (ed.). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 82-85.

56 NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 30-31. O autor, com base em Fabio Konder Comparato, afirma que a igualdade material, em contraposição à isonomia, refere-se à igualdade de condições sociais, mas seria uma simples meta político-jurídica, que "pretende imunizar o direito da injunção de diferenças que, embora sejam relevantes e legítimas em outras esferas, não são relevantes no âmbito dos direitos". Com isso não se concorda, pois a ideia de igualdade material contraposta à igualdade formal refere-se à própria norma da igualdade, mais propriamente à evolução da interpretação do dispositivo normativo que se refere à igualdade, que nada obstante ainda expresso na velha fórmula da igualdade perante a lei, é tida de forma completamente diferente no Estado liberal e no Estado social. Sobre a importância da igualdade em geral e sua importância para o Direito:

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. t. IV, p. 303-305. Vale destacar que o autor já admitia a eficácia desse princípio na relação entre particulares, o que hoje comumente chama-se de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

57 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent cit., p. 486.

58 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 141-149.

59 ALEXANDER, Larry. Precedent. In: PATTERSON, Dennis (ed.). A companion to philosophy of law and legal theory. 2. ed. Blackwell, 2010. p. 495.

60 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica cit., p. 462-463.

61 DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent cit., p. 170-171. Anteriormente, afirmou o autor que, "when decision-makers treat precedents as constraints they increase the likelihood that like cases will be treated alike" (p. 24-25).

62 Com outras palavras, mas no mesmo sentido: "Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. RePro, vol. 105, p. 181, ano 27, São Paulo: Ed. RT, 2002).

63 Nesse sentido: SCARPARO, Eduardo. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2013. p. 124-126. O autor utiliza largamente o princípio para as nulidades no processo civil, tendendo para a preservação de atos processuais que tenham cumprido com sua finalidade, ainda que tenham sido realizados de forma viciada. Outro importante método de concretizar a economia é o judicialcase management, fundamentado no princípio da adequação processual. Sobre o assunto: SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010 (sobre a relação com a economia/eficiência, p. 35-37).

64 "In this respect, efficiency may justify a rule of precedent. This argument properly relies on the fact that a regime of precedent allows less reconsideration of questions already considered than a system containing no rule of precedent" (SCHAUER, Frederick. Precedent cit., p. 599).

65 "Indeed, when viewed from the perspective of an individual litigant, stare decisis often functions like the doctrine of issue preclusion-it precludes the relitigation of issues decided in earlier cases" (BARRETT, Amy Coney. Stare decisis and due process. University of Colorado Law Review, vol. 74, p. 1012, 2003). Note-se que a autora não faz uso do termo preclusão no sentido próprio, sequer pro direito norte-americano. Sobre os conceitos de issue preclusion e claim preclusion, ver: YEAZELL, Stephen C. Civil Procedure. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2008. p. 668-722. SPENCER, A. Benjamin. Civil Procedure. St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 875-924. HAZARD JR., Geoffrey C. Preclusion as to issues of law: The legal system's interest. Iowa Law Review, vol. 70, p. 81-91, 1984. RICHARDSON, Eli J. Taking issue with issue preclusion: reinventing collateral estoppel. Mississippi Law Journal, vol. 65, p. 41-76, 1995. TARUFFO, Michele. Collateral estoppel e giudicato sulle questioni. Rivista di diritto processuale, vol. 26,



1971.

66 CARDOZO, Benjamin Nathan. Nature of judicial process. New Haven: Yale University Press, 1960, p. 149.

67 Justificando o fortalecimento dos precedentes no Brasil com base na "exigência prática diretamente relacionada ao aprimoramento da atividade jurisdicional": LEONEL, Ricardo de Barros. Reclamação constitucional. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 91-92. A questão da melhora do sistema de distribuição de justiça será analisada, ainda que indutivamente, a partir da positivação do sistema de precedentes realizada pelo Código de Processo Civil de 2015, de forma ampla, no capítulo VIII.

68 Afirmando-a como técnica: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios cit., p. 347. ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro cit., p. 94.

69 Assim, embora utilizem o conceito como adequado à teoria dos precedentes, acabam por apontar o overruling como método ideal: EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 134. MARINONI, Luiz Guilherme, Precedentes obrigatórios cit., p. 347.

70 PETERS, Christopher J. Under-the-table overruling cit., p. 1072.

71 PETERS, Christopher J. Under-the-table overruling cit., p. 1073-1081.

72 Inclusive, relata-se que a superação de entendimentos jurisprudenciais, na Itália, precisa necessariamente ser realizada de forma explícita. Confirma-se: "Il giudice di merito, che non intenda 'seguire l'interpretazione proposta della Corte di cassazione', è tenuto a fare ciò esplicitamente - non deve sottacere la giurisprudenza di contrario avviso - e deve 'addurre ragione congrue, convincenti a contestare e a fare venire meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato' (Cass. n. 7248/83 Trib. Firenze, 23 aprile 1966)" (CHIASSONI, Pierluigi. La giurisprudenza civile - Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative. Milano: Giuffrè, 1999. p. 234).

73 Algumas questões de aparência são levantadas como capazes de justificar a opção pela transformação, ao invés da devida superação. Segundo se afirma, a transformação evita a confissão, por parte do tribunal, de que ele estava equivocado no precedente, além disso, a transformação pode ser adotada pelo desejo de manter a impressão de manutenção de estabilidade, como um importante valor a ser seguido. Esses argumentos são levantados em: EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law cit., p. 134-135. Eles não convencem, entretanto. Primeiramente, nem toda modificação do direito implica a confissão de erro, é possível que exista uma mudança situacional ou jurídica que justifique sua alteração. Ainda que se parta da equivocada premissa de que toda modificação advém de erro, a transformação seria uma admissão, ainda que implícita, de erro... O segundo ponto levantado também é tortuoso: ora, se se quer manter a estabilidade, ou a sua aparência, a melhor forma de o fazer é fornecer segurança na mudança, mediante a tutela da confiança legítima gerada pela norma superada, o que é suprimido na transformação. Muito ao contrário de reforçar a ideia de estabilidade, a transformação dá origem a grave insegurança e, assim, à falta de estabilidade. Ao final, o próprio autor acaba por admitir que o uso da superação (overruling) é mais adequado do que o da transformação.

74 Igualmente: MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios cit., p. 416. O autor, inclusive, transporta o raciocínio para as súmulas vinculantes (p. 419-421). Essa aplicação da superação antecipada, entretanto, é desautorizada pelo sistema jurídico brasileiro, eis que a modificação e a superação de enunciado da súmula vinculante do STF possui procedimento e requisitos expressos e estabelecidos para isso, inclusive por lei. Nessa hipótese, é necessário que o procedimento para tanto seja deflagrado e



cumpridos os seus requisitos, não podendo se falar em revogação antecipada de súmula vinculante.

75 BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom cit., p. 345.