

**A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DA ESTABILIDADE DOS PRECEDENTES
VINCULANTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:
Considerações sobre a possibilidade de aplicação do *anticipatory
overruling* como meio de dinamizar o suposto engessamento
jurisprudencial**

Allan Cavalcante Bezerra da Silva*

RESUMO

Apesar da forte tradição do *civil law* no ordenamento jurídico brasileiro, é notável a ingerência de institutos típicos de sistemas jurídicos baseados no *common law*; entre eles a figura do precedente se destaca, principalmente com o advento do CPC de 2015, que inseriu uma série de mecanismos em defesa da estabilidade do sistema jurídico através da sistemática dos precedentes. O presente texto busca analisar o contexto de inserção de tais institutos no ordenamento pátrio, gerando uma *hibridização* do sistema jurídico. Para tanto, fará um levantamento identificando momentos em que o precedente foi ganhando espaço no ordenamento jurídico até o momento atual cujos reflexos estão contidos em diversas normas. Será verificado que a passagem para um modelo de observância de precedentes é justificada, principalmente, pelo princípio da segurança jurídica. No entanto, o artigo busca problematizar a lógica da segurança jurídica dentro de um modelo que, inicialmente, pode pressupor o engessamento, apresentando como solução a possibilidade de superação antecipada (*anticipatory overruling*) dos precedentes obsoletos por parte dos órgãos inferiores como forma de responder de forma adequada e atual ao jurisdicionado. Isso implica dizer que não se pretende demonizar a estabilidade de decisões ressoantes, mas que o estabelecido deve ser vigiado em sua consonância com a realidade social sob pena de, caso obsoleto, aí, sim, tornar-se odioso pela própria sociedade à qual inicialmente este pretendia servir.

* Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (TRT6ª). E-mail: allancavalcantesilva@gmail.com.

Palavras-chave: Precedente. Segurança jurídica. *Overruling*. *Anticipatory overruling*.

ABSTRACT

Despite the strong tradition of civil law in the Brazilian legal system, the interference of typical institutes of legal systems based on common law is remarkable, among them the figure of precedent stands out, especially with the advent of the CPC of 2015, which inserted a series of mechanisms in defense of the stability of the legal system through the systematics of precedents. The present text seeks to analyze the context of insertion of such institutes in the Brazilian's order, generating a hybridization of the legal system. To do so, it will carry out a survey identifying moments in which the precedent was gaining space in the legal system until the present moment, whose reflections are contained in several norms. It will be verified that the transition to a model of observance of precedents is justified, mainly, by the principle of legal certainty. However, the article seeks to problematize the logic of legal certainty within a model that, initially, may presuppose immobilization, presenting as a solution the possibility of anticipatory overruling of obsolete precedents by the lower courts as a way of responding appropriate and updated to the jurisdictional. This implies saying that it is not intended to demonize the stability of resonant decisions, but that what is established must be monitored in its consonance with social reality under penalty of, if obsolete, then it becomes hateful by the very society to which it was initially intended to serve.

Keywords: Precedent. Legal certainty. *Overruling*. *Anticipatory overruling*.

1 A HIBRIDIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO COM A INSERÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

A discussão sobre precedentes evoca, necessariamente, falar sobre sistemas de aplicação do direito, a saber, o *civil law* e o *common law*. Ocorre que entre as duas escolas nota-se, inicialmente, um uso bem diverso do precedente. A primeira, por ter a lei como fonte primária e superior, utiliza-se do precedente apenas de forma secundária, não lhe conferindo o mesmo prestígio dado pela outra escola, uma vez que no *common law* a força da argumentação jurídica se baseia no próprio sistema interno de decisões

judiciais, sendo o precedente a referência que traz consistência e coerência ao sistema (VIANA, 2021).

Historicamente, podemos situar o Brasil como adotante do sistema *civil law*. Isso implica dizer que o aplicador do direito se serve da lei como fonte superior em seu labor. No entanto, foi sendo verificado ao longo da história um percalço em se utilizar, de modo absoluto, esta tradição, isso em razão do aumento da complexidade das relações, fruto das transformações da sociedade, que passa a ansiar por uma resposta jurisdicional adequada aos fenômenos que não mais podem se subsumir ao estático texto normativo.

Esse é o plano de fundo que justifica uma certa *hibridização* do sistema de aplicação do direito brasileiro, sendo o precedente um dos atores dessa dinamização da escola *civil law* com a adoção de institutos típicos da tradição do *common law*. Dentre os motivos da falência do modelo *civil law* puro na realidade brasileira, Renato Montans de Sá (2020) aponta a multiplicidade de interpretações da lei em um país com dimensões continentais, as inovações sociais, a influência da Constituição e suas normas de caráter aberto *versus* a antiga pretensão dos códigos em tentar exaurir os temas que lhe eram submetidos, além da lógica hermenêutica de construção da norma, que não se encerra na atividade legislativa, mas sim no encontro do texto com a interpretação dada pelo aplicador do direito no caso concreto.

Este diálogo entre as duas tradições pode ser visualizado no ordenamento jurídico nacional através de institutos como a súmula vinculante, a repercussão geral, os recursos repetitivos e nas adições do CPC de 2015, surgindo a figura do precedente, inclusive, como pressuposto da fundamentação da decisão judicial. Conforme §1º do artigo 489 do diploma processual, a decisão não restará fundamentada, dentre outros motivos, quando não justificar os motivos da não aplicação do precedente seja por distinção (*distinguish*) ou por superação (*overruling*). Ademais, em alguns casos a não observância dos postulados ensejará, inclusive, reclamação constitucional. Além da influência do precedente nesses aspectos processuais, o CPC de 2015, animado pela lógica da estabilidade jurídica e fortalecimento da ideia de sistema coeso, valores amplamente expressos na exposição de motivos do referido Código, traz uma série de presunções favoráveis aos postulados fixados pelos tribunais, é o caso, por exemplo, da dispensa de caução em cumprimento provisório de sentença em conformidade com súmula do STF ou STJ ou com acórdão em julgamento de casos repetitivos (art. 521, IV).

Em que pese adotante do *civil law*, isso mostra que o sistema brasileiro cada vez mais assume um caráter híbrido, mormente com as recentes adições do CPC de 2015, fortalecendo a influência do precedente no ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Renato Montans de Sá: “[...] não se pode mais dizer que hoje, ao menos em nossa opinião, o sistema brasileiro é exclusivamente legalista.” (2020, p. 1.520). Considerações feitas, cabe adentrar no estudo do precedente.

Conceituar, no mais das vezes, é uma tarefa árdua, sobretudo quando o mote deste estudo é colocar dúvidas razoáveis acerca da valia de postulados estáticos em face da mutante realidade social, fonte material imediata à construção do próprio direito. Portanto, ressalvas feitas, prefere-se a adoção de uma ideia genérica que ressoa de modo geral o sentido de precedente que aqui se pretende discutir, a saber: seria então o precedente uma decisão emanada de um caso concreto cujo núcleo essencial servirá de inspiração para vindouras decisões em casos análogos (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015 *apud* JUNIOR, 2017). A decisão anterior que deverá servir de base para decisões futuras é conhecida pela expressão *stare decisis*, que remete ao sentido de respeitar, observar aquilo que já foi decidido, sendo esse conceito consoante com a lógica do *common law*.

A doutrina apresenta uma série de classificações no estudo dos precedentes. Aqui importa tratar da classificação quanto à vinculação, podendo o precedente apresentar-se como vinculante, hipótese em que o seu acolhimento é mandatório, ou como persuasivo, sendo neste caso a utilização uma faculdade do aplicador (JUNIOR, 2017) e atuando a decisão pretérita como um norte que não só servirá de referência para o julgado atual como demonstrará a coesão de um sistema uniformizado. Some-se a isso, tanto no precedente vinculante quanto no persuasivo, a celeridade que a utilização desses “atalhos processuais” oferece ao curso do processo, uma vez que a necessidade de motivação pormenorizada fica reduzida quando diante da aplicação do precedente, é o que se extrai do *princípio da inércia argumentativa*: “[...] cujo conteúdo consiste em dispensar de uma ampla argumentação o magistrado que, no julgamento de caso posterior, segue precedente firmado em caso análogo.” (KOEHLER, 2016 *apud* ANAISSE, 2022, p. 47).

Obviamente, não basta a menção do precedente, mas que seja fundamentado na decisão o ajuste entre este e o caso concreto, sob pena de não ser considerada fundamentada a decisão, novamente valendo-se da inteligência do §1º do artigo 489 do CPC.

No exemplo brasileiro, coexistem precedentes persuasivos e vinculantes, sendo estes últimos impostos ao aplicador, que fica vinculado a seguir o entendimento nos casos indicados pelo legislador (VIANA, 2021), sem prejuízo da utilização de outros precedentes que, por ausência de previsão legal, não possuam força vinculante, atuando, ao menos, como opção ao aplicador pela via persuasiva das soluções apontadas em tais *cases*. Daí, depreende-se que os precedentes vinculantes já “nascem” com esse *status*, pois o legislador *a priori* já indica que a natureza de determinada decisão vinculará aqueles sujeitos indicados em seu campo de atuação, situação diferente da que ocorre com os meramente persuasivos, que adquirem tal caráter *a posteriori* quando de sua utilização por outro juiz, por exemplo (SÁ, 2020).

A discussão que se fará neste artigo tem maior incidência sobre o precedente vinculante, já que o instituto da superação (*overruling*) nele se opera.

Avançando no estudo dos precedentes, importa tratar da sua aplicação, cujo fenômeno convoca ao debate dois elementos contidos na decisão judicial: a *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Para a aplicação do precedente, é necessário que o julgador extraia do caso paradigma a sua *ratio decidendi*, isto é, o núcleo essencial e puro da tese cujo conteúdo será utilizado na decisão atual, em outras palavras, a razão de decidir, aparando-se as arestas e excessos da decisão paradigma que, apesar de componentes da decisão, não são determinantes para a aplicação nos novos casos (ANAISSE, 2022). A esse excesso dá-se o nome de *obiter dictum*, tudo aquilo que não é essencial a *ratio decidendi* e que está lá “de passagem”, como preferem alguns (SÁ, 2020).

A importância desse processo de decomposição da decisão modelo em sua essência, *ratio decidendi*, afastando-se todo o resto, *obiter dictum*, justifica-se pelo fato de que apenas a *ratio decidendi* vincula o aplicador (JUNIOR, 2017), servindo o resto da decisão apenas como referência. Conforme Gajardoni *et al.* (2021), não constitui tarefa fácil a extração das razões determinantes de um precedente, tanto que na literatura são encontrados diversos métodos para extração da *ratio decidendi*, dentre eles, destacam-se o Teste de Wambaugh, que consiste em isolar a regra geral sem a qual a decisão teria sido diferente, e a Fórmula Scalia, que propõe uma generalização do caso e da decisão a um patamar em que seja possível identificar um direito constitucional subjacente, entre outros métodos, apesar de nenhum deles estar isento de erros (GAJARDONI *et al.*, 2021).

2 PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora possa ser atribuído ao CPC de 2015 o *status* de norma que reforça, de vez, a adoção de institutos típicos do *common law* no ordenamento pátrio, dada a sua influência em diversos dispositivos do diploma, conforme será visto a seguir, a presença dos precedentes no nosso ordenamento é bem mais antiga.

Em 1993, com a edição da EC n. 3, passa a constar no §2º do artigo 102 do texto constitucional que as decisões definitivas de mérito em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, sendo, posteriormente, tal dispositivo reformulado pela EC n. 45/2004, para incluir também efeito vinculante a decisões em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), isso sem contar que tal adesão obrigatória das decisões de ADI já estava prevista desde 1999, no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/1999. Ademais, foi também pela EC n. 45/2004 que surgiram as súmulas vinculantes, que em seu próprio título escancaram se tratar de dispositivo de observância obrigatória.

Nessa esteira, digna de nota a previsão contida no artigo 896-C da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que não só reforça a lógica da estabilidade das decisões como também prevê possibilidade de *overruling* e modulação dos efeitos da decisão alterada. O referido artigo, ao tratar da dinâmica de recursos repetitivos, prevê no §17º a possibilidade de superação da decisão firmada quando diante de alterações no cenário econômico, social ou jurídico.

Sobre o CPC de 2015, Sá (2020) realiza o levantamento de uma série de momentos em que influências da sistemática dos precedentes são encontradas em dispositivos esparsos do código processual, demonstrando que a influência vai muito além dos artigos 926 a 928, que bem disciplinam a temática. Em primeiro lugar, já no início do Código, com a redação do artigo 10 e a vedação à decisão surpresa, mais adiante no já mencionado artigo 489, colocando a discussão dos precedentes no campo da fundamentação das decisões. Já no artigo 496, §4º, há previsão de dispensa da remessa necessária quando a sentença se basear em precedente, conforme incisos que sucedem o referido parágrafo. Em seguida, o artigo 988, III, com a previsão da reclamação constitucional para garantir a aplicação de súmula vinculante e decisões do STF em controle concentrado. Não se deve esquecer, ainda, da previsão de improcedência liminar do pedido em caso de conteúdo contrário a uma série de precedentes elencados nos incisos do artigo 332, desde que o feito dispense a fase instrutória.

Na matéria recursal, é digno de menção o artigo 932, IV, que permite ao relator negar provimento ao recurso contrário à súmula do STF e STJ, por exemplo, além do cabimento de embargos de declaração por considerar omissa a decisão que não se pronunciar sobre tese em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, conforme artigo 1.022, parágrafo único. Adiante, nota-se que até na fase de execução a influência do precedente resta clara, isso porque, no artigo 521, IV, consta que a caução para cumprimento provisório de sentença pode ser dispensada caso a sentença a ser cumprida provisoriamente esteja de acordo com súmula do STF, STJ ou em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

A lista de exemplos é longa e não foi exaurida nas linhas acima. O que fica evidente é que as inserções no CPC de 2015 acusam a alta carga de presunção de confiança nos entendimentos estabilizados pelos precedentes, como quer a disciplina do *stare decisis*.

Assim, incluem-se na linearidade histórica da entrada dos precedentes no direito brasileiro a EC n. 3/1993, a Lei 9.868/1999, a EC n. 45/2004, a Lei 13.015/2014, que altera a CLT, etc., culminando com o CPC de 2015 que “[...] estabeleceu a doutrina do *stare decisis*, ou seja, da observância obrigatória do precedente judicial emanada pelo órgão julgador posterior.” (ANAISSSE, 2022, p. 51).

3 DA DEFESA À ESTABILIDADE

A busca pela segurança acompanha a própria origem da civilização. É que em dado momento o homem primitivo identifica vantagens em associar-se com outros; dentre essas vantagens, está a segurança de se proteger em grupo da ameaça de animais selvagens. Tão importante elemento motivador da conduta humana é a necessidade de segurança, que figura nos degraus mais elementares na hierarquia de necessidades humanas em estudo clássico realizado por Abraham Maslow (1943), sucedendo imediatamente a necessidade mais elementar, a saber, a fisiológica.

Com o sofisticamento da civilização, evidentemente, a necessidade de segurança vai se moldando às novas demandas, já que não mais precisamos fugir de mamutes pré-históricos, ocasião em que a segurança vai admitindo novas roupagens, dentre elas a necessidade de segurança jurídica, exigência em um Estado Democrático de Direito cuja manifestação, entre outras, dá-se pela expectativa dos sujeitos em relação

às consequências jurídicas de seus atos. Ávila (2011, p. 112 *apud* JUNIOR, 2017, p. 143-144) conceitua o princípio da segurança jurídica como a “[...] prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade.”

É neste momento que a segurança se encontra com outro fenômeno eminentemente humano, a saber, a expectativa, melhor dizendo, a expectativa não é só marca humana, está na natureza. Inúmeros são os estudos de procedimentos experimentais ao longo da história que demonstram até em animais a marca da expectativa através do comportamento condicionado, como o clássico teste do behaviorista B. F. Skinner em que ratos, após o processo de condicionamento, passam a ter a expectativa de, quando acionada uma alavanca em suas jaulas, receberem água (BOCK, 2001).

Dito tudo isso, é evidente que as pessoas operam através de expectativas, o que rema, indubitavelmente, a favor da estabilidade das decisões judiciais. Não sem razão, tratou-se de modo pormenorizado acerca da importância da segurança jurídica, dado ser questão central neste estudo, pois é o solo em que se estrutura a discussão sobre o sistema de precedentes.

Em defesa da estabilidade do sistema de precedentes, uma série de argumentos podem ser elencados:

Em primeiro lugar, a certeza e previsibilidade operam em favor de um sistema de jurisdição estável: “[...] *people should be able to predict the legal consequences of their actions.*”¹ (MALTZ, 1987, p. 368). A previsibilidade evita a “justiça lotérica”, termo cunhado para criticar a insegurança de um sistema jurídico em que os magistrados teriam ampla liberdade de cognição sem precisar balizar suas decisões em um sistema minimamente coeso e uniforme, ficando a solução nas mãos da idiosincrasia de um sujeito; por conseguinte, decisões diferentes em casos de circunstâncias semelhantes e, ainda, o perigo da falsa impressão de vitória, antes do trânsito em julgado, quando a decisão favorável em primeira instância colide frontalmente com entendimento costumeiro dos tribunais (SÁ, 2020).

Segundo, a busca de uniformidade é medida de isonomia, devendo haver uma razoável harmonia dentro do sistema quando diante de casos

¹ “[...] as pessoas devem ser capazes de prever as consequências legais de suas ações.” (tradução nossa)

com circunstâncias similares. Ademais, Sá (2020) menciona outra face positiva da isonomia, que é o fato de gerar maior resignação no sujeito sucumbente ao se deparar com outros casos e notar o mesmo resultado na decisão judicial.

Outro forte argumento que sustenta a importância da observância dos precedentes é a eficiência, princípio, inclusive, positivado na Constituição Federal pela EC n. 19/1998, que converge com o também positivado princípio da duração razoável do processo, dado que a observância do precedente reduz o ônus de fundamentação do magistrado em consonância com o princípio da inércia argumentativa, apresentado na primeira seção deste estudo, dando celeridade aos julgados e evitando que o juiz “reinvente a roda” em alguns casos. O sistema de precedentes atua na esfera positiva da eficiência com a redução da carga de trabalho nos processos já distribuídos e acaba por gerar efeitos apriorísticos por desestimular a judicialização em casos que a sociedade passa a ter uma expectativa segura de como decide o Judiciário diante do tema objeto de eventual pretensão.

Do ponto de vista econômico e de mercado internacional, a adoção de um sistema jurídico estável e relativamente previsível pode atrair investidores externos. Nesse contexto, torna-se essencial falar do Documento Técnico 319 do Banco Mundial. Trata-se de um documento datado de 1996 com recomendações atinentes a reformas no Poder Judiciário na América Latina e no Caribe, com vistas ao desenvolvimento econômico. Dentre as recomendações, o Banco Mundial considera como Judiciário ideal aquele que: “[...] aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente, o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos.” (DAKOLIAS, 1996, p. 18). É notável que estas recomendações do Banco Mundial, alguns anos antes, influenciaram diretamente na reforma judiciária brasileira materializada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (MARTOS, 2013).

Como dito, a estabilidade gera uma expectativa de postura por parte dos jurisdicionados que anteveem, ao menos parcialmente, as consequências de suas condutas. Se não há clareza ou estabilidade na resposta do Estado, instala-se o estado de insegurança, nas palavras do dito popular: “não se muda a regra do jogo durante a partida.”

Indaga-se, neste momento, até que ponto a estabilidade gera segurança diante da tapeçaria em constante mutação chamada sociedade. Será analisada a necessidade de atualização do entendimento jurisprudencial para evitar os danos de um sistema jurisprudencial engessado.

4 DA NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO “ANTICIPATORY OVERRULING”

Na busca de isentar-se da problemática do engessamento jurisprudencial, é comum observar, na teoria dos precedentes, mecanismos de relativização ou superação do estabelecido como meio de preservar a evolução do entendimento judicial. Dentre esses meios, destaca-se a possibilidade de superação do entendimento consolidado em uma *ratio decidendi*, o que o direito inglês conceitua como *overruling*. Este instituto se aplica diante da necessidade de superação de um precedente que não mais se adequa aos padrões da sociedade ou colide com o próprio sistema jurídico (SALZANO, 2020), sendo o *overruling* executado pelo próprio tribunal que gerou anteriormente o precedente. A doutrina massiva concorda tratar-se de medida excepcional em virtude da preocupação com a rigidez e integridade da *stare decisis*.

Diferentemente do *overruling*, que provoca a superação total com a revogação do precedente, há a possibilidade de o tribunal aplicar a técnica do *overriding* que consiste não em revogar, mas limitar o âmbito de alcance do precedente (SALZANO, 2020; ANAISSE, 2022). O que o *overriding* faz na prática é uma suposição de que o caso anterior, fruto do precedente, seria decidido de forma diferente à luz dos novos entendimentos (SÁ, 2020).

Avançando nas técnicas de relativização do *stare decisis*, cabe, por não ser o objeto deste estudo, apresentar brevemente alguns outros métodos. Ocorre o *distinguish* quando o julgador, ao não aplicar o precedente, apresenta nas razões a existência de distinção entre a situação fática ou jurídica do caso concreto em face da tese padrão (ANAISSE, 2022). Por fim, é possível que o tribunal sinalize a possibilidade futura da superação do precedente, sem, no entanto, revogar o precedente, é o que se convencionou chamar de *signaling*.

A discussão agora se direciona a uma técnica que deriva do *overruling*, a saber, o *anticipatory overruling* ou superação antecipada que consiste na “[...] revogação preventiva do precedente, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*.” (TUCCI, 2004, p. 179-180 *apud* SALZANO, 2020, p. 84). Esclarece-se que, com o *anticipatory overruling*, não se opera a retirada de fato do precedente do mundo jurídico, aí sim, estar-se-ia dizendo que um órgão inferior revogou precedente de órgão superior, o que, sabidamente, não é possível. O que ocorre é o afastamento da aplicação em virtude de seu escancarado descompasso com os padrões sociais atuais, inclusive quando o próprio

tribunal originário começa a dar sinais de sua vindoura revogação (SALZANO, 2020). Parece-nos prudente a aplicação do instituto justamente por antecipar os efeitos de uma realidade presente.

Falava-se, em parágrafos anteriores, que o *overruling* é medida excepcional; muito mais excepcional é a aplicação do *anticipatory overruling* por perturbar a *stare decisis* através de órgão hierarquicamente inferior, o que não significa dizer que se deve afastar sua aplicação, principalmente pelo fato de que, muitas vezes, é na primeira instância, na ponta, em que são percebidos os primeiros sinais de descompasso entre a precedente e a realidade.

Outrossim, a superação antecipada operada pelo órgão inferior requer demasiada carga de responsabilidade, não sendo, ou não devendo ser, um procedimento arbitrário, pois há um grande ônus argumentativo que deve ser enfrentado para superar o precedente, conforme inciso VI do artigo 489 do CPC. O contrário disso, isto é, a subsunção do caso ao precedente é tarefa mais cômoda ao julgador, dada a lógica do princípio da inércia argumentativa, que seria a regra, quando resta ao aplicador apenas indicar a correlação do caso concreto com a *ratio decidendi* do precedente (ANAISSE, 2022).

Sobre a possibilidade de aplicação da superação antecipada no direito brasileiro, entendemos que há autorização legal expressa. Ocorre que, pela leitura do inciso VI, do §1º, do artigo 489, é possível verificar a permissão do legislador para a aplicação do *anticipatory overruling*. Explico. É que, quando o dispositivo informa não restar fundamentada a sentença que não aplique precedente sem demonstrar a existência de superação, permite-nos concluir que a negativa é verdadeira, isto é, que uma sentença que demonstre a existência de superação do precedente será considerada fundamentada. Como é sabido, a sentença se materializa pelo labor do juiz, em primeira instância. Assim, o CPC expressamente prevê a possibilidade de um órgão hierarquicamente inferior, incluindo aí o juiz, superar um precedente através do que se passou a consignar como *anticipatory overruling*. A essa linha de ideias, aderem Marco Félix Jobim e Zulmar Duarte (2018 apud SALZANO, 2020) e Gajardoni *et al.* (2021).

Contra a plena aplicabilidade da superação antecipada, há sempre o argumento da necessidade de segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança (JUNIOR, 2017). Contudo, nada há de mais inseguro que se apegar religiosamente a uma segurança sem, com adequada frequência, verificar a manutenção de sua viabilidade. É que a crença da segurança sem a ressalva da prudência pode levar a um salto ao abismo, tal como o paraquedista que não checa o seu equipamento antes do salto.

Como dito em seção anterior deste trabalho, a mudança da regra do jogo no meio da partida cria insegurança; no entanto, o jogo muda por si só, e a regra deve acompanhá-lo na medida suficiente para que não passe ela, a regra, a criar a insegurança. Deve restar claro que não se pretende criar um pandemônio, com pluralidade de decisões e um estado geral de quebra da confiança na estabilidade de entendimento das instituições, mas que se deixe que, nas instâncias inferiores, o debate possa correr livre de vinculações unilaterais. Se obstruída a possibilidade da discussão nos órgãos inferiores, como se saberá o momento em que determinado entendimento deve ser questionado à luz de novas realidades, sem que para isso seja necessário ao jurisdicionado realizar a *via crucis* até os tribunais superiores? Itinerário esse que denuncia nossos problemas de acesso à justiça, pois nem todos têm recursos para submeter seu caso às cortes superiores, e aqueles que têm, ainda deverão enfrentar uma série de filtros incluídos com as reformas do Judiciário. Aqui, a expressão “engessamento” cabe bem, pois, como é sabido, o gesso seca rápido. O caminho alternativo em oposição ao engessamento é a possibilidade de hidratação, de ventilação do debate.

Assim, a técnica do *anticipatory overruling* deve ser louvada, por possibilitar a ventilação da discussão acerca da conveniência ou não da manutenção de determinado precedente:

Até porque, uma das únicas vias para superação do precedente será o *anticipatory overruling*. A quase totalidade dos precedentes qualificados serão editados pelos tribunais de superposição (art. 927), cuja via de acesso se dá geralmente na via dos recursos extraordinários e especiais. Tais recursos especiais e extraordinários são analisados pelo **tribunal de origem** (arts. 1.030, § 2º, 1.035, § 7º, 1.036, § 3º, 1.037, § 13, II, do Código), **o qual, aplicando mecanicamente os precedentes qualificados, represarà definitivamente os recursos especiais e os extraordinários, afastando assim a possibilidade de evolução no entendimento.** Assim, a existência de decisão contrária ao precedente emanada pela origem (*anticipatory overruling*) será uma daquelas situações que permitirá ao tema da superação do precedente ascender ao órgão que o editou através dos recursos especiais e extraordinários (art. 1.030) (GAJARDONI, *et al.*, 2021, p. 2.363, grifo nosso).

Ademais, além de concorrer para a evolução do entendimento jurisprudencial, é medida de acesso à justiça por permitir o debate sem a necessidade de se recorrer aos tribunais superiores (PEIXOTO, 2019 *apud* SALZANO, 2020), situação inviável para grande parte do jurisdicionado.

Outro argumento favorável a justificar a estabilidade de decisões seria os princípios da eficiência e duração razoável do processo, que surgem em resposta à morosidade do Judiciário. No entanto, duração razoável não se confunde com duração rápida. Em alguns casos, é necessário um “demorar” para uma decisão madura e adequada. Aqui, sirvo-me da fala do processualista Paulo Rangel, quando fala do princípio da duração razoável do processo: “O tempo acalma as pessoas e coloca as coisas nos seus devidos lugares. É necessário o tempo para que haja reflexão sobre os fatos.” (2019, p. 117). O desembargador continua seu raciocínio, citando Hamilton (2012), quando diz que se quer a decisão rápida desde que seja conveniente a si mesmo.

De mais a mais, é preferível uma decisão maturada dentro do princípio do devido processo legal e de duração adequada que melhor servirá ao jurisdicionado do que decisões *fast food*, com a devida vênia da expressão que bem ilustra o perigo pela busca desenfreada pela eficiência e esvaziamento de acervos às custas do tratamento devido ao caso concreto. Maltz faz dura crítica ao argumento da eficiência: “*In essence, the argument for efficiency is based on the proposition that it is better to decide cases quickly than correctly.*”² (1987, p. 370).

Essas medidas, levantadas em prol da celeridade e eficiência, trazem consigo o risco da padronização, com a troca da qualidade pela quantidade, gerando, conforme Saldanha (2010), uma espécie de “morte” da qualidade do processo e, conseqüentemente, a precarização do acesso à justiça, posto que, minado o livre convencimento do magistrado por tais institutos, como a súmula vinculante, estaria sendo negado o direito ao devido processo legal dos jurisdicionados que, ao apresentar suas demandas ao Judiciário, teriam seus casos enquadrados em breves enunciados sumulares, sem o devido tato ao caso concreto. Saldanha reforça: “O juiz deverá obedecer à súmula vinculante, encontrando apenas nela os elementos para assegurar a legitimação de sua decisão. Prestigia-se o pré-dado e a normatização.” (2010, p. 690).

² “Em essência, o argumento da eficiência é baseado na proposição de que é melhor decidir os casos rapidamente do que corretamente”. (tradução nossa)

Percorrido todo este itinerário, vê-se o leitor diante de dois cenários: de um lado, o temor da ausência de critérios de estabilidade e a detestável justiça lotérica; de outro, a jurisdição perigosamente generalista, juízes agrilhoados pelas correntes de teses engessadas que se empoeiram como fotografias, estáticas que são, sob a ação do transcurso implacável do tempo e das modificações sociais, que vão se distanciando aos poucos das teses que inicialmente foram lançadas justamente para proporcionar segurança jurídica. Ironicamente, o remédio se torna o veneno, ao passo que o descompasso entre a estabilidade do precedente *versus* a mutabilidade do campo social acaba por gerar insegurança jurídica.

No meio disso e considerando a necessidade de estabilidade útil, a técnica de *anticipatory overruling* do estabelecido deve ser encarada não como um fenômeno atípico e desbravador na prática do magistrado, mas sim uma realidade que apela ao aplicador a sensibilidade em cada caso concreto de identificar até que ponto a estabilidade dos postulados deve ceder lugar ao encontro de novos caminhos que dialoguem melhor com as transformações sociais. A prática de *anticipatory overruling* torna-se, assim, uma saída razoável para equilibrar a polaridade apresentada neste texto.

Com a finalidade de se verificar a presença do instituto na prática forense nacional até o início do ano de 2023, buscaram-se em banco de dados jurídico nacional as expressões “*anticipatory overruling*” e “*antecipatory overruling*”. A busca foi feita utilizando-se do termo *anticipatory* e *antecipatory*, com “e”, dado o aceitável equívoco na utilização da palavra de origem inglesa, o que se confirma nos resultados da busca, dado que foram encontradas menções nos tribunais brasileiros com o termo *antecipatory*, conforme se verifica abaixo:

Em consulta realizada em 21 de fevereiro de 2023 ao portal *Jusbrasil*, um dos principais portais de busca de jurisprudência no Brasil, a busca retornou 1.303 resultados ao termo “*antecipatory overruling*” e, curiosamente, 950 resultados ao termo “*anticipatory overruling*”, expressão correta. De um jeito ou de outro, o importante é verificar que há, apesar de discreta, a aparição deste instituto nos julgados.

Entre os resultados encontrados no acervo jurídico nacional, cita-se o seguinte julgado proferido em sentença de ação trabalhista sob o rito ordinário de n. 0100096-41.2021.5.01.0064 pelo juiz Marcelo Jose Duarte Raffaele da 64ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro:

[...] É certo que na novel ordem processual juiz deve observar os enunciados de súmulas dos tribunais superiores. A superação do entendimento destas, porém, é possível. Trata-se do chamado *overruling*. Ocorre que, após a publicação da Súm. 50 do TRT (12/03/2015), foram promulgadas as leis supra mencionadas (o NCPC é de 16/03/2015 com *vacatio* de um ano e a Lei n. 13.467/2017 entrou em vigor em novembro de 2017). Portanto, não foram consideradas quando da elaboração da mencionada cristalização jurisprudencial. Cabe registrar que ocorre a superação (*overruling*) quando há “ruptura substancial da base jurídica” que dava sustentação ao precedente. E pode o juiz de primeiro grau declará-la [...] Desta forma, deixamos de aplicar a Súm. 50 do TRT, data vênia, que deve ser revista em razão da nova ordem legal. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Sentença proc. n. 0100096-41.2021.5.01.0064. Relator: Juiz Marcelo Jose Duarte Raffaele. Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2022. *Diário eletrônico da Justiça do Trabalho* n. 3604/2022 de 23 de novembro de 2022, p. 4.030).

No caso acima, em sua fundamentação, o juiz do trabalho argumenta pela possibilidade da declaração *ex officio* da prescrição das verbas trabalhistas não alcançadas pelo quinquênio anterior ao ajuizamento da ação. Sustenta o magistrado pela declaração da prescrição de ofício em que pese tal questão não ter sido suscitada pela parte ré, justamente em função da revelia desta. Ocorre que tal entendimento confronta diretamente a súmula n. 50 do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, que prega a incompatibilidade da declaração de prescrição *ex officio* em face dos princípios norteadores do processo do trabalho. No entanto, utilizando-se da técnica de *anticipatory overruling*, o julgador deixa de aplicar a súmula do tribunal, editada antes das modificações da ordem legal, a saber, a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) e o CPC de 2015, justamente pelo motivo de a consolidação do entendimento sumulado passar a tornar-se divergente da nova ordem processual na referida matéria, que permite a declaração de prescrição de ofício. Ao final, o magistrado ainda fundamenta sua decisão na crença de que a súmula deva ser revista.

Sem a possibilidade da superação antecipada do precedente firmado na Regional trabalhista, que até a conclusão deste trabalho permanece vigente, o juiz ver-se-ia obrigado a aplicar um entendimento que não mais se coaduna com a recente lógica processual advinda das referidas reformas na legislação, que reforçam, como único caminho, a vindoura revogação da súmula por parte do tribunal editor.

5 CONSIDERAÇÕES

Últimas considerações, considerações finais, desfecho etc. parece não haver uma expressão melhor para designar as últimas linhas deste breve estudo, de modo que se prefere o termo “considerações”, propositalmente, por deixar em aberto uma discussão que, pelo menos no direito brasileiro, como visto anteriormente, está muito distante de qualquer caminho que aponte para algum sentido de desfecho, quiçá nunca se chegue a esse ponto, justamente por lidar com um fenômeno dinâmico, a saber, a relação do direito com as transformações sociais. Tal dinâmica é positiva por manter sempre acesa a possibilidade de discussão e superação de pensamentos que vão se desgastando com o tempo.

Buscou-se, aqui, reconhecer a importância de um sistema adequadamente estável como medida de segurança jurídica e proteção da confiança por parte da sociedade às instituições; o contrário disso é inconcebível em um Estado Democrático de Direito. Reconhecida a importância de determinada estabilidade, passou-se a apontar os vícios de seu excesso, que, ironicamente, geram insegurança jurídica pela sensação de injustiça provocada por decisões baseadas em preceitos superados espontaneamente pela mutante realidade social que convida o direito a, também, atualizar-se.

Um caminho apontado como saída da dualidade entre o engessamento do *stare decisis* e a instabilidade de uma justiça lotérica seria o controle de conveniência do precedente à luz da atualidade e avanço do pensamento jurídico, sem que com isso se perca de vista o reconhecimento da devida autoridade que deve ser dada a determinadas manifestações jurídicas, mormente aquelas oriundas das cortes superiores, por indicarem a coesão e unidade de um sistema jurídico que melhor funciona dentro das linhas da responsabilidade, em que as partes se comportam em conformidade com o todo.

A técnica do *anticipatory overruling*, por assim dizer, comporta-se apenas como um mensageiro do futuro que, apesar de não revogar o

precedente, revela a nova face que o entendimento judiciário passará a ter em relação a determinada matéria e o faz com antecipação porque as complexas relações jurídicas dos tempos atuais demandam tal senso de urgência, sobretudo quando o comportamento do próprio sistema jurisprudencial, com as novas decisões construídas diariamente, passa a enviar os sinais dessa inevitável superação.

Neste contexto, defende-se a postura ativa do aplicador do direito, desde a primeira instância, a estar atento a esses sinais e, quando necessário, através da superação antecipada, materializar na decisão judicial o tempestivo e necessário avanço de entendimento, pois aquele precedente que antes espelhava segurança torna-se, na sua obsolescência, odioso pela própria sociedade à qual inicialmente este pretendia servir.

REFERÊNCIAS

ANAISSE, Paulo Cesar Moy. O sistema de precedentes judiciais brasileiro: o stare decisis nacional. *In*: LUNARDI, Fabrício Castagna; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; FERRAZ, Taís Schilling (coord.). *O sistema de precedentes brasileiro: demandas de massa, inteligência artificial, gestão e eficiência*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, 2022. p. 39-59.

BOCK, Ana Mercês Bahia. *et al. Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 17 mar. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da

Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 30 dez. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 10 nov. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil, Brasília, DF: Presidência da República, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*. Sentença proc. n. 0100096-41.2021.5.01.0064. Reclamante: Michele Cristina Torres da Silva. Reclamado: Padaria e Mercearia Bom Preço Taua LTDA. - ME. Relator: Juiz Marcelo Jose Duarte Raffaele. Rio de Janeiro, 23 de novembro de 2022. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho* n. 3604/2022 de 23 de novembro de 2022, p. 4.030. Disponível em: <https://dejt.jt.jus.br/dejt/f/n/diariocon>. Acesso em: 22 fev. 2023.

DAKOLIAS, Maria. *Documento Técnico 319: elementos para reforma*, Banco Mundial. Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Washington, DC: Banco Mundial, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* *Comentários ao código de processo civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MALTZ, Earl. *The nature of precedent*. *NCL Rev.*, v. 66, p. 367, 1987.

MARTOS, Frederico Thales de Araújo; MARTOS, José Antônio de Faria. A influência do banco mundial na reforma do poder judiciário e no acesso à justiça no Brasil. *Justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade*. Florianópolis: CONPEDI/UNINOVE, p. 223-240, 2013.

MASLOW, Abraham Harold. *A theory of human motivation. Psychological Review*, v. 50, n. 4, p. 370, 1943.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SALDANHA, Jânia María Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 8, n. 2, p. 675-706, 2010. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200020&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 22 fev. 2023.

SALZANO, João Gabriel Figueiró. *Precedentes vinculados: da aplicabilidade do anticipatory overruling no Brasil*. Orientador: Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto. 2020. 162 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/9595>. Acesso em: 20 fev. 2023.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, n. 214, p. 131-152, 2017.

VIANA, Ulisses Schwarz. O precedente à brasileira: vinculação sem persuasão. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 23, n. 129, p. 149-172, 2021.