



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARINA SCIAMMARELLA LIMA MEIRELLES

**SÚMULAS DO TST E O *OVERRULING*: ALTERAÇÃO
JURISPRUDENCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA**

Salvador
2014

MARINA SCIAMMARELLA LIMA MEIRELLES

**SÚMULAS DO TST E O *OVERRULING*: ALTERAÇÃO
JURISPRUDENCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Juliane Dias Facó

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

MARINA SCIAMMARELLA LIMA MEIRELLES

SÚMULAS DO TST E O *OVERRULING*: ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo estudar os efeitos da alteração do entendimento jurisprudencial cristalizado nas Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho à luz do princípio da proteção da confiança. A elaboração das súmulas, formadas a partir de precedentes, tem o propósito de uniformizar a interpretação das leis ao caso concreto. A existência de julgamentos diferentes para casos similares é nefasto para o próprio ideal de justiça. Desta forma, torna-se essencial tratar de forma isonômica os casos análogos, para que se preserve a segurança jurídica, princípio tão importante para o ordenamento jurídico. Entretanto, a jurisprudência não é imutável, permitindo-se a superação dos precedentes para acompanhar a evolução do direito ao longo do tempo. Então essa técnica de superação do precedente, também conhecida no direito processual por *overruling*, é justamente para evitar a perpetuação de entendimentos equivocados, injustos ou que não mais refletem os valores sociais, o que possibilita a flexibilização do direito e a sua adaptação às questões atuais da sociedade. Porém, um entendimento jurisprudencial sedimentado em Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, não pode ser alterado de forma abrupta. É necessário que a mudança seja feita gradualmente, sinalizando o novo posicionamento do tribunal, para que só depois haja a alteração propriamente dita. Caso contrário, haveria ofensa ao princípio da confiança, acarretando a insegurança jurídica. O princípio da proteção da confiança, sub-princípio do princípio da Segurança Jurídica, se baseia principalmente na legítima expectativa. Isso quer dizer que há uma expectativa dos sujeitos na manutenção dos posicionamentos das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho ou, caso haja uma mudança que seja de forma progressiva ou previamente sinalizada para que o cidadão particular, a sociedade como um todo ou o Estado não tenha uma surpresa injusta. É essencial proteger o sujeito que age com boa-fé pautado na conduta de um entendimento jurisprudencial cristalizado em Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Por conseguinte, propõe-se a atribuição de eficácia prospectiva ou a modulação de efeitos na aplicação da alteração jurisprudencial, quando desta resultar a quebra da legítima expectativa ao jurisdicionado, resguardando assim o princípio da proteção da confiança.

Palavras-chave: Precedente Judicial; Súmulas do TST; *Overruling*; Segurança jurídica; Princípio da proteção da confiança;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	<i>Ação direta de Constitucionalidade</i>
ADIN	Ação direta de Inconstitucionalidade
art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das leis do trabalho
CPC	Código de Processo Civil
des.	desembargador
RA	Resolução Administrativa
SDC	Seção Especializada em Dissídios Coletivos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ANÁLISE DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	10
2.1 DEFINIÇÃO	13
2.1.1 Precedente X decisão Judicial	16
2.1.2 Precedente, exemplo e costume	18
2.1.3 Distinções entre precedente, súmula e jurisprudência	20
2.2 INSTITUTOS IMPORTANTES PARA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES	23
2.2.1 <i>Ratio decidendi</i>	24
2.2.2 <i>Obiter Dictum</i>	26
2.3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	27
2.3.1 A Súmula no Direito Brasileiro	31
2.3.2 Novo Código de Processo Civil brasileiro	34
3 TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTE	42
3.1 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES	42
3.2 TÉCNICA DE CONFRONTO - <i>DISTINGUISHING</i>	43
3.3 TÉCNICA DE SUPERAÇÃO – <i>OVERRULING</i>	49
3.3.1 Conceito e finalidade	50
3.3.2 Fundamentos necessários para a superação	54
3.3.3 Distinção das técnicas <i>overriding</i> , <i>reversal</i> e <i> sinalização</i>	58
3.4 EFEITOS DA ALTERAÇÃO DOS PRECEDENTES	60
3.4.1 Retroativos	60
3.4.2 Prospectivos	62
3.5 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	64
3.5.1 Princípio constitucional e garantia individual	65
3.5.2 Importância	67
3.6 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	70
3.6.1 Funcionamento e organização	71
3.6.2 Precedentes no TST	75
4 SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL	80
4.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	80

4.2 ELEMENTOS INTRÍNSECOS DA SEGURANÇA JURÍDICA	85
4.2.1 Previsibilidade	85
4.2.2 Estabilidade	89
4.3. PRINCIPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	92
4.3.1 Segurança Jurídica X Princípio da Proteção da Confiança	93
4.3.2 Proteção do Princípio da confiança e o <i>overruling</i>	97
5 CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	110

1. INTRODUÇÃO

A teoria dos precedentes já faz parte do sistema jurídico brasileiro. Ainda que o ordenamento pátrio siga os preceitos regidos pelo sistema tradicional *civil law*, não existe mais um distanciamento do sistema *common law*, havendo assim um sincretismo desses dois sistemas.

Por um lado, o ordenamento brasileiro continua adotando a legislação positivada como principal fonte jurídica. Entretanto, de outro lado, há o cabimento de alguns institutos do *common law*, como pode ser evidenciado na adoção de súmulas e as uniformizações jurisprudenciais proferidas pelos Tribunais Superiores, demonstrando o acolhimento de uma teoria de precedentes, ainda que de forma adaptada.

Portanto, é evidente que não existem mais sistemas jurídicos “puros”. E, por este motivo, a aplicação da teoria de precedentes ao direito brasileiro de tradição *civil law* não apenas é possível, como é conveniente para proporcionar uma maior segurança jurídica.

Seguindo este entendimento, o projeto do novo Código de Processo Civil reconhece a importância da teoria dos precedentes e traz, ainda que de forma introdutória, a sua aplicação para o Direito processual brasileiro. Isso ocorre principalmente, porque a existência de julgamentos diferentes para casos similares é nefasto para o próprio ideal de justiça. Desta forma, torna-se essencial tratar de forma isonômica os casos análogos, para que se preserve a segurança jurídica, princípio tão importante para todo e qualquer ordenamento jurídico.

Entretanto, a jurisprudência não é imutável, permitindo-se a superação dos precedentes para acompanhar a evolução do direito ao longo do tempo. Assim, essa técnica de superação do precedente, também conhecida no direito processual por *overruling*, é justamente para evitar a perpetuação de entendimentos equivocados, injustos ou que não mais refletem os valores sociais, o que possibilita a flexibilização do direito e a sua adaptação às questões atuais da sociedade.

Porém, um entendimento jurisprudencial sedimentado em Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, não pode ser alterado de forma abrupta. É necessário que a mudança seja feita gradualmente, sinalizando o novo posicionamento do tribunal, para que só depois haja a alteração propriamente dita. Caso contrário, pode ensejar ofensa ao princípio da confiança por surpreender o jurisdicionado com o novo posicionamento do Tribunal, acarretando a insegurança jurídica.

O princípio da proteção da confiança, sub-princípio da segurança jurídica, se baseia principalmente na legítima expectativa. Isso quer dizer que há uma expectativa dos sujeitos na manutenção dos posicionamentos das Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho ou, caso haja uma mudança que seja de forma progressiva ou previamente sinalizada para que o cidadão, a sociedade como um todo ou o próprio Estado não tenham uma surpresa injusta.

É essencial proteger o sujeito que age com boa-fé pautado na conduta de um entendimento jurisprudencial cristalizado em Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Desta forma, ao haver a superação de determinado precedente, deve-se ter o cuidado com os efeitos que essa alteração irá gerar, podendo inclusive haver a modulação de tais efeitos para reduzir seus impactos.

Assim, para abordar melhor este tema, adotou-se a análise das alterações dos entendimentos jurisprudenciais cristalizados em súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, resguardando a segurança jurídica em sua faceta subjetiva, qual seja, o princípio da proteção da confiança. Desta forma, dividiu-se a presente trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo analisou teoria dos precedentes judiciais, fazendo um estudo a respeito da sua definição e diferença de outros institutos que muitas vezes são confundidos, apesar de não serem semelhantes. Posteriormente decompôs-se os institutos importantes para a formação dos precedentes (*ratio decidendi* e *obiter dictum*). E, por fim, a aplicação dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, inclusive abordando o projeto do Novo Código de Processo Civil e suas implicações.

Já no segundo capítulo, foram abordadas as técnicas de aplicação dos precedentes, a partir das técnicas de confronto (*distinguishing*) e superação (*overruling*). Quanto à

técnica de superação, o *overruling*, foi abordado os efeitos desta alteração e a importância da fundamentação das decisões judiciais na aplicação da teoria dos precedentes. Ao final deste capítulo, se examinou o funcionamento e organização do Tribunal Superior do Trabalho, e como é acolhida a teoria dos precedentes neste tribunal.

No terceiro capítulo, fez-se o estudo da segurança jurídica, delineando os seus elementos intrínsecos e suas peculiaridades. Neste último capítulo, se debruçou ainda sobre o princípio da proteção da confiança, diante da alteração jurisprudencial e os efeitos deste princípio nas alterações consolidadas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Dessarte, ao longo de todo o trabalho, objetivou-se compreender quais as implicações que a revogação de um precedente judicial cristalizado em Súmula do Tribunal Superior do Trabalho traz para a segurança jurídica e para a confiança do jurisdicionado.

2 ANÁLISE DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Os precedentes judiciais vêm se tornando cada vez mais importantes para o direito no Estado Moderno. Assim, atualmente, não há mais como afirmar que o sistema de direito *common law* se baseia no julgamentos proferidos anteriormente, em especial nos costumes, e que o sistema *civil law* se utiliza apenas de normas positivadas. Em muito se evoluiu desde o surgimento desses dois sistemas, o que os tem levado a caminhos cada vez mais próximos.

Os precedentes judiciais são o alicerce para o estudo das alterações jurisprudências e para a percepção de como se dá a formação da súmula. Assim, antes de tratar particularmente de cada um desses institutos, torna-se essencial, para o desenvolvimento deste trabalho, a compreensão da teoria dos precedentes judiciais demonstrando inclusive, a sua importância para efetivar a segurança jurídica de um Estado de Direito.

No sistema tradicional *civil Law* o poder legislativo tinha como principal função regular as condutas e ações humanas a partir de textos legais dotados de clareza, com o objetivo de que o magistrado tivesse o papel de apenas declarar a lei, sem contudo interpretá-la. Porém, essa concepção clássica não mais condiz com as necessidades do mundo atual. Hoje em dia, é necessário que o legislador faça o uso de regras de textura aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, para proporcionar uma maior adaptabilidade do direito às mudanças da sociedade e ao caso a ser julgado¹.

O sistema *civil law*, que é o adotado pelo Brasil, vem cada vez mais se aproximando do uso dos precedentes nos julgamentos e de um magistrado mais participativo, o que conseqüentemente se afasta do “*juge bouche de La loi*” (juiz boca de lei). Já se entende, inclusive em sede de jurisprudência², que o papel do juiz do *civil law* não é

¹GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação do direito e importância dos precedentes. **Revista brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 20, nº 80, outubro/dezembro. 2012. p. 135.

²“[...] No judiciário do novo milênio não deve haver espaço para técnicos burocratas alienados, que pronunciam o direito como os antigos juizes ‘boca da lei’ ou como simples reprodutores da jurisprudência dominante, pois os juizes, enquanto peças chaves para o engrandecimento da democracia, devem protagonizar em cada ato a transformação da sociedade, cada vez mais plural e

apenas aplicar a lei positivada ao caso concreto como já foi considerado um dia. O magistrado deve decidir se baseando também em decisões proferidas anteriormente e deve justificar sua decisão quando entender que não se aplica o precedente àquele caso em julgamento.

O entendimento de que o juiz do *common law* cria o direito, só ocorre quando se contrapõe à função do juiz do *civil law*, que historicamente tinha o papel de aplicação mecânica da lei³. Então, no sistema do *civil law*, ao Poder Judiciário cabia apenas a aplicação objetiva da lei e o único que detinha o poder de criação era o Poder Legislativo.

Michele Tarufo⁴ aponta que, atualmente, a referência aos precedentes já não é mais um aspecto intrínseco do sistema *common law*, fazendo parte agora da grande maioria de sistemas jurídicos, inclusive o *civil law*. Assim, “a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo”. Dessa forma, nos dias de hoje, tanto há o amplo uso do precedente no sistema de *civil law*, quanto, no sistema de *common law*, há também o uso extenso das leis escritas e de matérias codificadas.

Observe que a distinção entre o juiz do *civil law* e do *common law* está no valor que é atribuído às interpretações e construções proferidas por estes em uma decisão judicial e, conseqüentemente, o respeito que o sistema confere a elas⁵. Segundo Luiz Guilherme Marinoni o que realmente diferencia é o significado que é dado aos Códigos:

O que realmente varia do *civil law* para o *commonlaw* é o significado que se atribui aos Códigos e à função que o juiz exerce ao considerá-lo. No

diversificada no novo milênio [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.221.603 – Proc. 0209163-0. Recorrente: Fundação Nacional de Saúde - FUNASA. Recorrido: AMOCAN Associação dos Moradores de Canasvieiras e outro. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DJ 05 abr. 2011. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 25 mar. 2014.)

³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

⁴TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, Ano 36, 2011. p. 139-158

⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

commonlaw, os Códigos não tem a pretensão de fechar espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *commonlaw*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à idéia de Código.⁶

Os sistemas jurídicos *civil law* e *common law* têm pretensões próximas quanto a garantir segurança jurídica para os sujeitos. Conseqüentemente, os dois sistemas visam a previsibilidade, isonomia, coerência e consistência. Isto é, ainda que tenham fontes e concepções diferentes, os dois sistemas tem como objetivo que suas decisões sejam “previsíveis, isonômicas e consistentes com o sistema como um todo”⁷.

Resta claro que nos dois sistemas sempre buscou-se a segurança e previsibilidade porém, no sistema do *civil law*, se visualizou que esses valores seriam alcançados por meio da completa vinculação do juiz à lei escrita. Já no sistema de *common law*, o alcance desses valores seria feito a partir da força vinculante dos precedentes, visto que nunca houve dúvidas de que o magistrado tem aptidão de interpretar a lei e, conseqüentemente, acabam por decidir de forma distinta, precisando de um instrumento para propiciar a segurança jurídica que a sociedade precisa para progredir⁸.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci, para o sistema jurídico de direito codificado, em que as decisões não possuem força vinculante, a utilização do sistema de precedentes faz com que a previsibilidade progrida cada vez mais, ao ponto de assegurar a segurança jurídica. Assim, os precedentes acabam por oportunizar a uniformização da jurisprudência⁹.

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

⁷CHULAM, Eduardo. A função e relevância dos precedentes judiciais no direito brasileiro. *In*: Elias Farah (Coord.). **Revista do instituto dos advogados de São Paulo**. São Paulo, Ano 16, v. 32, jul-dez. 2013. p. 123-124.

⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 60-61.

⁹CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.17.

A segurança jurídica foi concebida pelo sistema do *civil Law* através da aplicação literal da lei, porém, atualmente esta tradição jurídica encontra-se em um momento de necessidade do implemento do sistema de precedentes, que foi consagrado no *common Law* desde sua criação, para garantir esta mesma segurança. No sistema do *common law*, sempre se visualizou a possibilidade de existirem decisões diferentes em casos similares, e, por esta razão, o sistema de precedentes faz nascer o princípio de que os casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma (“*treat like cases alike*”).¹⁰

Destemodo, o sistema de precedentes tem o poder de garantir efetiva estabilidade em casos análogos ulteriores, conferindo certeza jurídica e, ao mesmo tempo, resguardando a credibilidade nas decisões judiciais, de acordo com José Rogério Cruz e Tucci¹¹.

Lúcio Grassi de Gouveia e Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior¹² destacam que nos dias atuais, os precedentes judiciais já se consagram em todos os sistemas jurídicos, seja no *commow Law* ou no *civil law*. Desta forma, resta incontestável a existência dos precedentes judiciais, o que vai diferenciar é a eficácia que é conferida por cada um desses sistemas jurídicos.

2.1 DEFINIÇÃO

Primeiramente, deve-se entender que precedente é um conceito existente não apenas no Direito, mas está presente no cotidiano das pessoas de uma forma geral. Assim, de acordo com Neil Duxbury, precedente é um evento ocorrido no passado (no direito geralmente será uma decisão) que servirá como guia para as ações desenvolvidas no presente¹³.

¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

¹¹CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.17.

¹²GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação do direito e importância dos precedentes. **Revista brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: fórum, Ano 20, nº 80, outubro/dezembro. 2012. p. 135.

¹³No original: “A precedentis a pastevent – in lawtheeventisnearlyalways a decision – which serves as

O estudo dos precedentes judiciais se torna cada dia mais essencial no direito brasileiro. Destarte, pretende-se aqui identificar a definição de precedente para em seguida, explorar o tema do presente trabalho. Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁴ “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.

Já Francisco Rosito¹⁵ entende que o vocábulo precedente pode ser interpretado tanto na sua acepção ampla quanto na restrita. Quando considerado em seu aspecto amplo, seria uma espécie de modelo para decisões futuras. Deste modo, precedente consistiria na fundamentação de uma decisão ou de um conjunto de decisões, que é utilizada como alicerce para se decidir a respeito de casos posteriores. Em contrapartida, quando considerado em seu aspecto restritivo, os precedentes seriam as decisões proferidas por tribunais de forma vinculante, obrigando os demais magistrados a seguirem o posicionamento proferido sobre temas previamente discutidos.

Desta forma, Francisco Rosito identifica precedente judicial como “[...] toda decisão anterior com relevância que pode projetar efeitos jurídicos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota a sua natureza normativa”¹⁶.

José Rogério Cruz e Tucci considera que o precedente surge como uma regra de um caso específico e, posteriormente, poderá se tornar a regra de outros casos similares. E ainda, o alcance que o precedente poderá ter, somente se saberá em decisões ulteriores.¹⁷

Nesta mesma linha de pensamento, encontra-se a definição de precedente proferida por Karl Larenz:

a guide for presente action.” [DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1.]

¹⁴DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.427.

¹⁵ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.91.

¹⁶*Ibidem*, p.92.

¹⁷CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.11 e 12.

Os <precedentes> são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutra caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora¹⁸.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁹ entendem que a essencialidade do precedente se perfaz por ser uma norma geral, que se baseia em um caso concreto e que poderá ou não, servir como paradigma para casos análogos.

Deste modo, torna-se necessário destacar que o magistrado, quando profere uma decisão, produz duas normas jurídicas: norma jurídica geral e a norma jurídica individual. A norma jurídica geral, concebida na fundamentação da decisão, é extraída da análise fática do caso concreto e da sua adequação às normas positivadas. Então, o magistrado a partir da aplicação do direito positivo ao caso concreto concebe uma tese (*ratio decidendi*), essa tese jurídica poderá ser aplicada futuramente em casos similares. Assim, apesar de ser uma norma construída baseando-se em um caso específico, torna-se geral pela possibilidade deseraplicada em situações análogas àquela que a originou²⁰.

Por outro lado, a norma jurídica individual tem como objetivo a definição apenas do caso que está sendo analisado naquele momento. Dessa forma, a norma individual é a decisão exclusivamente para aquele caso concreto, com todas as suas particularidades, e não será utilizada para outros casos. Essa norma jurídica individual é encontrada no dispositivo da decisão, sendo apenas a conclusão que o magistrado chegou após a fundamentação, e, é essa norma que tem o poder de formar a coisa julgada²¹.

Diante do exposto, é possível assentar que o precedente é formado a partir da norma jurídica geral, visto que esta que servirá de base para as decisões

¹⁸LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1997, p. 611.

¹⁹DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.428.

²⁰*Ibidem*, p.428-429.

²¹*Ibidem*, *loc. cit.*

posteriores, enquanto a norma jurídica individual será utilizada apenas naquele caso a ser analisado²².

Conforme Marcelo Alves Dias de Souza, os precedentes judiciais existem em todos os sistemas jurídicos, o que vai variar são os “contornos atribuídos a ele por este ou aquele sistema jurídico”²³. Deste modo, todo e qualquer precedente possui certa autoridade, o que os diferenciara será a medida desta autoridade e o poder de influência deste precedente sobre decisões judiciais posteriores.

Os precedentes poderão ser meramente persuasivos ou obrigatórios, a depender não apenas do sistema jurídico, como também de fatores extrínsecos como qual tribunal proferiu a decisão, se a decisão foi unânime, ou ainda a verdadeira semelhança do caso tido como paradigma e do caso em julgamento. Inclusive, um precedente poderá ser obrigatório em determinada demanda e persuasivo para outra²⁴.

Os precedentes persuasivos, são os que incidem no convencimento do juiz, não ficando este obrigado a segui-lo. Atualmente no Brasil, por via de regra, os precedentes têm caráter persuasivo. Já os precedentes obrigatórios, o magistrado ao proferir um decisão, está obrigado a segui-lo, e, caso não o faça, é imprescindível a exposição dos devidos fundamentos para demonstrar a razão do precedente ter sido afastado²⁵.

2.1.1 Precedente X decisão Judicial

É possível aduzir que a formação do precedente acontece a partir da fundamentação de uma decisão judicial. Ou seja, ao se decidir sobre um caso concreto, far-se-á a fundamentação da decisão judicial. Essa mesma fundamentação poderá ser usada para decisões de outros casos semelhantes, formando assim, o precedente.

²²Para melhor compreensão, este tema será melhor explicitado em tópico seguinte.

²³SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.51

²⁴*Ibidem*, p. 52 *et seq.*

²⁵*Ibidem*, *loc. cit.*

Desta forma, torna-se necessário abordar a definição de decisão judicial que se encontra no íntimo da conceituação de precedentes demonstrada anteriormente. Em consonância com Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira²⁶, o precedente difere da decisão judicial pois enquanto aquele geralmente se obtém a partir da extração da fundamentação, a decisão judicial tem natureza de ato jurídico, da qual pode-se retirar uma conclusão para o caso em exame, obtida no dispositivo.

Daí se tem que precedente não se confunde com decisão e nem é apenas um espelho desta. O precedente tem a possibilidade de se consagrar como a regra, o modelo a ser seguido em futuros julgamentos. Assim, Luiz Guilherme Marinoni distingue decisão de precedente:

Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a afirmar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado.²⁷

Francisco Rosito²⁸ esclarece que precedente é sempre uma decisão, entretanto, a recíproca não é verdadeira. Há decisões que não se consubstanciam em precedentes. A decisão judicial que não se torna precedente, obtém importância apenas naquele caso particular, não interferindo em casos futuros. Por outro lado, o precedente é a decisão judicial que tem o poder de se tornar referência a ser seguidanosjulgamentosposteriores. Sendo assim, a orientação do precedente transcende o caso concreto no qual se deu a sua formação, “tornando-se padrão normativo casuístico em decisões análogas futuras”

Desta forma, percebe-se que a principal diferença entre o precedente e a decisão judicial é a potencialidade de se tornar o paradigma a ser seguido em casos

²⁶DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.429.

²⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 214.

²⁸ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.93.

análogos, servindo de orientação tanto para os jurisdicionados quanto para os magistrados²⁹.

José Rogério Cruz e Tucci ressalta ainda que a decisão judicial tem grande importância não apenas ao analisar um único caso, mas para a conjuntura do sistema judiciário como um todo. E, por isso, denota-se tamanha importância para o sistemas de precedentes:

É importante frisar que toda decisão judicial encerra uma operação complexa de raciocínio, não podendo ser considerada como um fim último, mas, sim, como um destacado elemento no processo contínuo de resolver pendências no foro do direito. O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros.³⁰

Sendo assim, ainda que as definições de decisão judicial e precedente não se confundam, esses dois institutos estão intimamente relacionados. Apesar de os precedentes terem a sua formação a partir de decisões judiciais, as decisões judiciais devem respeitar o sistema estabelecido pelos precedentes para que haja coesão em todo o sistema jurídico.

2.1.2 Precedente, exemplo e costume

Precedente também não se confunde com exemplo. O exemplo é uma demonstração de como algo deve ou não ser feito, sem haver qualquer obrigatoriedade de ser seguido, servindo como um guia para determinado comportamento. Já o precedente tem uma maior força vinculante, gerando o dever de ser seguido para garantir a segurança jurídica. O magistrado não pode simplesmente ignorar o precedente, o precedente visa estabelecer um padrão de comportamento a ser seguido, desejável pelo Estado. Dessa forma, como aponta Luiz Guilherme Marinoni³¹, precedente não é uma mera sugestão de

²⁹Nesse sentido os autores: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 213; ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.93.

³⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

³¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

comportamento, mas sim um ato jurídico que vincula o magistrado a proferir a mesma decisão para os casos análogos.

Entretanto, os precedentes também não se confundem com os costumes. Assim, a principal e mais evidente diferença entre esses dois institutos é que o primeiro é concebido em consequência de uma atividade jurisdicional, de uma decisão judicial. Por outro lado, o segundo se forma a partir de concepções trazidas dentro de um mesmo antro social, geralmente geradas por repetições de certos atos por membros de uma sociedade³².

Seguindo a mesma linha, Jose Rogério Cruz e Tucci³³ entende que uma regra consuetudinária só é capaz de transformar-se em precedente ao ser observada pelos tribunais. Dessa forma, não há como confundir precedente judicial com o costume.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni³⁴, os costumes são os valores construídos pela sociedade ao longo do tempo. O costume também se perfaz como uma fonte do direito, contudo, é uma fonte que conta com difícil meio de prova e que é mutável. Já o precedente conta com decisão escrita, que foi proferida em um caso concreto em que se atribui força o bastante para vincular casos similares. Embora não seja essencial, o precedente pode se pautar em um costume, o que lhe conferirá maior força.

Os precedentes são formados no âmbito de uma decisão judicial a partir de fundamentos jurídicos, que justificam como se chegou àquela solução. Já os costumes, não tem fundamento em si mesmo, devendo ter apenas uma “aceitação generalizada por determinado grupo social no qual se alega sua vigência”.³⁵ Deste modo, os costumes adquirem grande importância como fontes do direito, podendo ter caráter bastante persuasivo em uma decisão judicial, mas não há obrigatoriedade na sua aplicação.

³²BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

³³CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 15.

³⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104.

³⁵BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

2.1.3 Distinções entre precedente, súmula e jurisprudência.

Consoante Francisco Rosito³⁶, apesar de muitas vezes não haver o respeito à linguagem técnica do termo jurisprudência³⁷, essa em muito se aproxima do conceito de precedente. A jurisprudência visa à interpretação do direito a partir de casos já discutidos, detendo certa autoridade e tendo como princípio basilar a igualdade na aplicação do direito. Dessa forma, assim como os precedentes, a jurisprudência seria uma forma de exemplo a ser seguida para que haja o tratamento igualitário para os casos idênticos.

Eduardo Cambi³⁸ entende que a jurisprudência, como fonte do direito, tem um caráter objetivo, sendo um conjunto de decisões que tratam a respeito de um mesmo tema e que traçam critérios objetivos ou regras gerais para futuros julgamentos.

Já Michele Taruffo³⁹ faz uma análise quantitativa sobre precedente e jurisprudência. Ao tratar-se de precedente, estamos normalmente fazendo referência a apenas uma decisão, a qual diz respeito a um caso em particular. Por outro lado, quando trata-se de jurisprudência, refere-se a uma “pluralidade” de decisões pertencentes a diferentes casos concretos.

A jurisprudência geralmente se baseia na uniformidade⁴⁰, sendo um aglomerado de decisões no mesmo sentido proferidas pelos órgão judiciários. Assim, decisões uniformes e reiteradas proferidas por um órgão judiciário demonstrando um

³⁶ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.97.

³⁷“É sempre bom lembrar que o termo ‘jurisprudência’ é usado, no linguajar jurídico, em pelo menos quatro sentidos distintos: a) como sinônimo filosofia ou ciência do direito; b) significando uma série de decisões judiciais uniformes sobre uma mesma questão jurídica; c) representando, de modo menos preciso, o conjunto de decisões judiciais de um país como um todo; e d) referindo-se, impropriamente, a uma decisão judicial isolada.” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.41.)

³⁸CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010, p. 151.

³⁹TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, Ano 36, 2011. p. 139-158

⁴⁰Apesar da jurisprudência se basear geralmente na uniformidade, existe a jurisprudência divergente que consiste em decisões contraditórias entre si. Entretanto, esta não será abordada, visto que não é pertinente ao tema do presente trabalho.

posicionamento a respeito de determinada matéria é o que forma a jurisprudência. Ressalte-se que, entre jurisprudência e precedente, há uma diferença quantitativa: enquanto jurisprudência se refere a o conjunto de decisões que englobam diferentes casos concretos, o precedente dizrespeito a um caso específico. O precedente é formado a partir de uma única decisão, que pode ou não se cumular com outros no mesmo sentido. Caso venha a se compilar com outras decisões, pode vir a se tornarjurisprudência⁴¹.

Ainda de acordo com Francisco Rosito⁴², além da diferença quantitativa, existe também uma diferença qualitativa entre jurisprudência e precedente. O precedente se perfaz como um paradigma a ser seguido em casos ulteriores, extrapolando a sua aplicação para além do caso concreto discutido, já a jurisprudência se evidencia como um entendimento que vêm sendo seguido por determinado Tribunal, indicando sentidos.

Uma decisão singular não forma jurisprudência, segundo Carlos Maximiliano. Para que o precedente se torne jurisprudência, é necessário que este seja “uniforme e constante”. Assim, na medida que a jurisprudência preenchaesses dois preceitos, esta se consolida como a “consciência jurídica de um povo em determinada época”⁴³.

Exposto isso, faz-se necessário conhecermos também as distinções entre súmula e precedente. Como explana Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁴: “Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal”.

Em outras palavras, precedente, súmula e jurisprudência se baseiam no julgamento de casos concretos, contudo, são formados de maneiras diferente. A utilização de um precedente repetidas vezes, torna-se jurisprudência, que pode vir a se consolidar como súmula, caso tenha o entendimento predominante de determinado

⁴¹ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.99.

⁴²*Ibidem*, p.100.

⁴³MAXIMILIANO, CARLOS. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 184.

⁴⁴DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.450.

tribunalsuperior. A súmula de um tribunal superior tem como um de seus propósitos a uniformizaçãoda interpretação das leis.

Assim, o enunciado de uma súmula deve ser redigido com termos precisos, não permitindo expressões incertas, que possam causar dúvidas ou abrir margem para diferentes interpretações. Como visto, o enunciado da súmula é formado a partir de diversas decisões no mesmo sentido sobre casos similares. Dessarte, há um conjunto de requisitos que devem ser observados no texto do enunciado para que não se aplique a súmula para casos diferentes do proposto na jurisprudência predominante do tribunal superior, jurisprudência essa que ensejou a própria edição da súmula⁴⁵.

Conforme Francisco Rosito⁴⁶, a súmula tem como objetivo difundir um entendimento adotado por determinado tribunal, normalmente surgido a partir da divergência na interpretação sobre certo tema. Desta forma, na verdade, a súmula tem como propósito dirimir um conflito sobre uma matéria, definindo o posicionamento do Tribunal, devendo por isso se submeter à procedimento específico de cada tribunal para eliminar as variações na interpretação. A súmula, ainda em consonância com Francisco Rosito, tem como característica ser dotada de um enunciado abstrato, sintético e geral para conseguir abranger as reiteradas decisões que levaram à sua formação.

A súmula, quando da sua formação, acaba por se afastar dos fatos contidos nas decisões que a formaram. Por outro lado, os fatos constituem elemento essencial na formação do precedente:

[...] desconsidera-se um valor de grande importância quando as decisões judiciais são substituídas pelas súmulas. Quando há metodologia adequada para se compreenderem os precedentes, a tese jurídica proclamada na decisão judicial é necessariamente relacionada às circunstâncias do caso, as quais, quando não presentes no caso sob julgamento, podem levar a um *distinguished*, isto é, a uma diferenciação do caso e à não aplicação do precedente. Não obstante, as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado

⁴⁵DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.450 *et seq.*

⁴⁶ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.100.

jurídico. [...]⁴⁷

Exposto isso, deve-se notar que precedente não pode ser definido apenas através da sua distinção de conceitos como os tratados anteriormente. Para uma melhor definição de precedente, deve-se observar também o seu conteúdo e quais os pontos da sua composição que demonstram a linha de pensamento seguida pelo Tribunal que o proferiu, como aponta Luiz Guilherme Marinoni⁴⁸. Dessa forma, o conteúdo de um precedente pode ser adequado (limitado ou estendido) de acordo com o caso em julgamento, permitindo assim, que haja o desenvolvimento do Poder Judiciário.

2.2 INSTITUTOS IMPORTANTES PARA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES

Em consonância com Luiz Guilherme Marinoni⁴⁹, para se encontrar o significado de precedente judicial, deve-se analisar a sua fundamentação, a motivação que levou o magistrado a decidir de certa maneira. E, para que seja possível constatar essa razão de decidir, faz-se necessário a análise da composição dos precedentes judicial.

José Rogério Cruz e Tucci⁵⁰ entende que “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório.” Assim, a *ratio decidendi* é a regra de direito que é suficiente para solucionar o caso concreto⁵¹.

A partir disso, visando uma melhor compreensão da importância do precedente far-se-á o estudo da composição do precedente judicial e suas particularidades nos tópicos seguintes.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 215-216.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 212 *et seq.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 219.

⁵⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.12.

⁵¹ *Ibidem*, p.175.

2.2.1 *Ratio Decidendi*

Ratio decidendi é uma expressão em latim utilizada para representar o raciocínio jurídico que é o fundamento da decisão sobre o caso concreto, significa assim, a razão de decidir. Então, a *ratio decidendi* seria a parte da decisão na qual os órgãos julgadores definem uma regra ou princípio jurídico para decidir um caso concreto⁵².

A *ratio decidendi* é a tese jurídica utilizada para se chegar à decisão. Entretanto, faz-se necessário destacar que a *ratio decidendi* não tem o mesmo significado que fundamentação, como aponta Luiz Guilherme Marinoni⁵³. Em verdade, a *ratio decidendi* é apenas a parte essencial da fundamentação, distinguindo-se de outros fundamentos, considerados secundários mas que contribuem para se alcançar decisão final.

Daí porque, “o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo”⁵⁴. Entretanto, faz-se necessário ressaltar que o significado de um precedente encontra-se sobretudo na fundamentação, assim, não basta analisar apenas o dispositivo da decisão judicial.

Nesse sentido, Francisco Rosito⁵⁵ adverte que a *ratio decidendi* não se confunde com o dispositivo da sentença, ou seja, o precedente não se constitui da decisão propriamente dita mas sim, da razão jurídica de decidir. Logo, o dispositivo é meramente uma consequência da resolução e não a razão em si. Por outro lado, a *ratio decidendi* está presente no íntimo da decisão, sendo considerada o núcleo do precedente, o conteúdo necessário para decidir.

Assim, a *ratio decidendi* é o núcleo central da fundamentação, sem o qual, a decisão não seria a mesma. São os fundamentos jurídicos que dão suporte à decisão judicial, sendo primordial para se chegar ao resultado proferido pelo magistrado,

⁵²ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.106.

⁵³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 220

⁵⁴*Ibidem*, p. 219

⁵⁵ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.108.

conforme leciona Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁵⁶.

Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*, ela deve ser exposta na fundamentação do julgado, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral, porque tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída.⁵⁷

Apesar de estar contida na fundamentação, a *ratio decidendi* (ou também chamada de *holding* pela doutrina norte-americana) não compõe todo o seu conteúdo. A fundamentação é composta também pela *obiter dictum* que é a parte da fundamentação que não é decisiva para se chegar à decisão. Contudo, o precedente é constituído apenas pela *ratio decidendi*, visto que é provida de caráter vinculante para os casos futuros e denota essencialmente o que foi decidido no caso discutido. Por outro lado, a *obiter dictum* é a parte da fundamentação que não é necessária para se alcançar o resultado da decisão judicial, é “meramente circunstancial em dado caso”.⁵⁸

Isto posto, José Rogério Cruz e Tucci⁵⁹ leciona que, sob o aspecto analítico, existem três elementos que integram a *ratio decidendi* da tese jurídica, quais sejam: i) a indicação dos fatos relevantes; ii) o raciocínio lógico-jurídico da decisão; e iii) o juízo decisório.

José Rogério Cruz e Tucci⁶⁰ ressalta ainda que a *ratio decidendi* deve ser dotada de universalidade, para que possa repercutir sobre a todos os casos ulteriores que se assimilem ao caso em que o precedente foi formado. Então, ao se construir a *ratio decidendi*, deve-se pensar não apenas no caso a ser julgado naquele momento, mas na repercussão que aquela decisão pode proporcionar para todo o ordenamento jurídico do Estado.

⁵⁶DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.427.

⁵⁷*Ibidem*, p.428.

⁵⁸RAMIRES, MAURÍCIO. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 68 e 69.

⁵⁹CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.175.

⁶⁰*Ibidem*, p.175 *et seq.*

Por conseguinte, a definição da *ratio decidendi* tem grande importância para a delimitação da parcela do precedente que terá efeito vinculante, impondo aos magistrados o seu respeito nos julgamentos posteriores que sejam similares ao caso analisado⁶¹.

2.2.2 *Obiter Dictum*⁶²

Como referido anteriormente, o precedente judicial é composto essencialmente pela *ratio decidendi*. Contudo, há uma outra parte da fundamentação, parte esta que não é essencial para configuração do precedente judicial: a *obiter dictum*. A *obiter dictum* não forma o precedente vinculante em caso similar, mas pode ser usada como argumento de persuasão para convencimento do juiz. Destarte, *obiter dictum* é a parte da fundamentação que contém apenas circunstâncias do caso concreto que contribuem para formar a decisão, a parte que contém uma “argumentação marginal ou simples opinião”⁶³.

A principal diferença entre a *obiter dictum* e a *ratio decidendi* consiste justamente na indispensabilidade de determinado argumento para se chegar à decisão. As questões que são irrefutavelmente dispensáveis para alcançar a decisão, serão *obiter dicta*⁶⁴.

Em consonância com Francisco Rosito, *obiter dictum* é o elemento não essencial da decisão, é a parte da fundamentação que não corresponde à *ratio decidendi*. Assim,

⁶¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 220

⁶²“Quanto à precisão terminológica, diz-se que *dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento do precedente que, apesar de não ser *ratio decidendi*, tem considerável relação com a matéria do caso julgado e maior poder de persuasão. Em comparação, *obiter dictum* é uma proposição de Direito, constante do julgamento, com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasiva. [...] De toda sorte, as expressões *dictum* e *obiter dictum* são usadas pelos operadores do Direito, indiscriminadamente, para englobar todos os sentidos”. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.140.)

⁶³CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.177.

⁶⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 233

a *obiter dictum* equivale à “argumentação marginal, aporte conceitual ou simples opinião”⁶⁵.

Quando estamos diante de elementos não essenciais para a construção de um precedente, estamos tratando da *obiter dictum*. Assim, se os argumentos em análise foram elaborados com uma abrangência maior do que o necessário para se alcançar a decisão, não é possível considerar que tais argumentos sejam a razão de decidir, mas sim os argumentos “irrelevante do juiz”, a *obiter dictum*, segundo Karl English⁶⁶. *Aobiterdicta*⁶⁷ “não representam qualquer fundamento juridicamente relevante quanto ao resultado da decisão”⁶⁸.

Marcelo Alves Dias de Souza⁶⁹ orienta que para se encontrar a *obiter dictum* deve-se trabalhar por exclusão. Dessa forma, todas as proposições ou regras de Direito que não sejam *ratio decidendi* da decisão serão *obiter dictum*, e, por isso, não será obrigatória. Então, *obiter dictum* pode ter força persuasiva, porém, jamais será obrigatória.

Portanto, *obiter dictum* são os argumentos dispensáveis à formação do precedente judicial. A *obiter dictum* apesar de também fazer parte da fundamentação da decisão judicial, não formará o precedente, servindo apenas para o caso em deslinde ou, no máximo, como argumento persuasivo para orientação em casos futuros, não havendo qualquer obrigatoriedade em segui-la.

2.3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

Como já abordado anteriormente, o sistema jurídico brasileiro origina-se do direito romano-germânico – *civil law*, no qual há o predomínio da norma escrita sobre as

⁶⁵ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.111 e 112.

⁶⁶ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6.ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 365 e 366.

⁶⁷*Obiter dictum* tem como plural o termo *obiter dicta*.

⁶⁸ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6.ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 365 e 366

⁶⁹SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.139 e 140.

demais fontes jurídicas, inclusive sobre os precedentes judiciais ou também denominado de direito jurisprudencial.⁷⁰

Entretanto, de acordo com Thiago Asfor Rocha Lima⁷¹, a herança do sistema jurídico do *civil law* no direito brasileiro jamais impossibilitou a influência do sistema de precedentes judiciais. Inclusive, cada vez mais os dois sistemas (*common law* e *civil law*) vem se aproximando e isso corrobora para a relevância atualmente atribuída às decisões judiciais.

Segundo Gláucio Maciel Gonçalves e André Garcia Leão Reis Valadares⁷² com o desenvolvimento histórico e jurídico da sociedade, as grandes diferenças existentes entre as funções dos juízes de *civil law* e *common law*, não são mais tão acentuadas. Isso ocorre, principalmente porque os ideais da Revolução Francesa, trazidos pelo *civil law*, já não se fazem mais tão presentes na sociedade moderna. Assim, aos poucos foi possível perceber que a lei escrita já não era mais capaz de solucionar todos os conflitos jurídicos, tornando-se ineficaz para garantir a segurança jurídica.

Em verdade, não apenas o Brasil, mas os sistemas de *civil law* de uma forma geral, têm atravessado um “movimento de convergência com o *common law* que não pode mais ser considerado aparente”⁷³. Atualmente, tanto nas decisões proferidas pelos magistrados quanto na prática advocatícia, vêm se utilizando mais e mais a jurisprudência como alicerce para a construção de uma tese, sendo um valioso método de persuasão.

Não obstante o *civil law* ter como premissa que as leis escritas oferecem maior segurança aos jurisdicionados, é certo que, nos dias atuais, o poder de criação do magistrado brasileiro é muito mais amplo que o juiz de *common law*. De acordo com

⁷⁰LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

⁷¹*Ibidem*, loc. cit.

⁷²GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

⁷³NUNES, Dierle. **Novo CPC Consagra concepção do contraditório**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <juliane@fiedra.com.br> Em 23 fev.2014.

José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Reis Freire⁷⁴ este fato ocorre porque no regime jurídico vigente no Brasil, não há hierarquia entre os juízes, o que ocasiona a inobservância dos precedentes dos tribunais superiores ou até dentro de um mesmo tribunal. Deve-se ter o cuidado para não confundir hierarquia e independência judicial com insubordinação e desnecessidade de respeito às decisões anteriores.

Conseqüentemente, a adoção de um sistema de precedentes, tão consagrada no *common law*, “exsurge como a esperada solução para a insegurança jurídica e para a ausência de isonomia criadas no atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro”⁷⁵.

Em consonância com José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Reis Freire os precedentes judiciais são fundamentais para o sistema jurídico atual do Brasil:

O respeito aos precedentes judiciais no Brasil já não é mais apenas uma opção que, no passado, poderia já ter sido pensada. Dentre outras coisas, o declínio do positivismo jurídico e ascensão do que se convencionou chamar de ‘pós-positivismo’, o avanço da técnica de legislar por via de cláusulas gerais (que se expandiu sobremaneira na segunda metade do século XX), bem como o uso cada vez mais frequente de conceitos jurídicos indeterminados, foram responsáveis a um só tempo por soluções e novos problemas, pois, embora tenham derrotado a crença nas pretensões próprias do racionalismo jurídico, acabaram propiciando o ambiente para uma consequência jamais desejada por ele, qual seja, a ausência de coerência sistêmica, inclusive, muitas vezes, por meio do uso desordenado dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade na aferição da constitucionalidade das leis. [...]⁷⁶

Então, é possível perceber a necessidade de se adotar um sistema de precedentes para que tenhamos uma maior coerência e uniformidade nos pronunciamentos

⁷⁴MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

⁷⁵GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

⁷⁶MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

judiciais, objetivando-se assim, garantir segurança jurídica, estabilidade e igualdade no Direito⁷⁷.

O Constitucionalismo foi um momento marcante para a história de evolução do *civil law*. A partir do constitucionalismo, foi concedido ao juiz um poder próximo àquele desempenhado pelo juiz do *common law*, o poder de interpretar a lei a partir da Constituição. Assim, há uma transformação em todo o âmbito do direito, o magistrado deixa de ser apenas o aplicador da lei e passa a dimensioná-la de acordo com os direitos assegurados na Constituição. Então, com o constitucionalismo, o juiz do *civil law* transforma a sua função, deixando de ser apenas um “servo da lei” e passa a poder contestar a validade da lei, afastando a sua aplicação ou ainda, contrariando a lei para assegurar os direitos fundamentais existentes na Constituição.⁷⁸

É necessário ressaltar também que, apesar de atualmente já se conferir maior importância aos precedentes judiciais no sistema brasileiro, estes, não necessariamente estão munidos de caráter vinculante. Efetivamente, apenas em 1993, com a Emenda Constitucional nº 3, que concebeu a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) na qual se conferia efeito vinculante às decisões proferidas pela Excelsa Corte e, com a Lei nº 9.868/1999 este efeito foi estendido para as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn)⁷⁹.

Desta forma, é possível notar que a obrigatoriedade dos precedentes judiciais começou no âmbito de controle da norma de maior importância do ordenamento jurídico brasileiro, o controle de constitucionalidade. Isso deve-se ao fato de tentar-se garantir uma interpretação uniforme nos tribunais nacionais. Assim, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, regulamentada pela Lei nº 11.417/2006,

⁷⁷MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

⁷⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

⁷⁹LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

alcançou-se a amplitude das normas constitucionais, não somente as compreendidas no controle de constitucionalidade.⁸⁰

A partir dessa conquista no âmbito constitucional, houve o progressivo fortalecimento das decisões judiciais, tanto no âmbito da necessidade do preenchimento de lacunas jurídicas, no momento em que a legislação codificada não se faz tão clara e específica, quanto na proteção dos valores constitucionais, principalmente no que diz respeito à segurança jurídica e à isonomia, segundo Thiago Asfor Rocha Lima⁸¹.

Busca-se atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, conferir maior valor às decisões judiciais que reiteram entendimentos jurisprudenciais previamente firmados. E, conseqüentemente, procura-se promover a preservação da ordem jurídica e impedir julgamentos feitos de forma contraditória em casos análogos, acabando por ferir a estabilidade, segurança e isonomia do sistema jurídico⁸². Em verdade, o sistema de precedentes não conseguirá aniquilar de vez com todas as contradições e a divergências, mas, certamente irá diminuir a sua ocorrência, “conferindo-lhe maior integridade sistêmica”⁸³.

2.3.1 A Súmula no Direito brasileiro

O Brasil, por ser de tradição do *civil law*, apenas recentemente começou a atribuir maior atenção aos precedentes judiciais. Contudo, ao invés da valorização ao precedente em si, tendo em foco a sua *ratio decidendi* e considerando todas as peculiaridades do caso concreto em estudo, adotou a valorização à súmula, referência geral e abstrata, extraída do entendimento de um precedente.

⁸⁰LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

⁸¹*Ibidem*, loc. cit.

⁸²*Ibidem*, loc. cit.

⁸³MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

De acordo com Gustavo Santana Nogueira, a súmula existe no sistema jurídico brasileiro desde o Império, e se perfaz no direito brasileiro como um dos vários mecanismos criados com o objetivo de uniformizar a jurisprudência e fortalecer os precedentes⁸⁴. Porém, a forma como a súmula muitas vezes é elaborada ou utilizada, acaba se distanciando do seu próprio objetivo.

Em oposição a este posicionamento, Luiz Guilherme Marinoni entende que as súmulas, no Brasil, “foram compreendidas como mecanismos voltados a facilitar a resolução de casos fáceis que se repetem”⁸⁵. E, por se desenvolverem desta forma, não asseguram a congruência da estrutura jurídica, a segurança jurídica ou a igualdade.

A justificativa que foi utilizada para a criação do instituto das súmulas, foi desafogar o poder judiciário das inúmeras demandas. Sendo assim, houve um desvirtuamento do propósito para que súmula foi criada. Ao invés de se priorizar a coerência da ordem jurídica, garantindo a segurança jurídica, houve uma deficiência na motivação da sua criação e na maneira que esta seria aplicada (ou não) quando equiparada a um caso concreto. Observe que não está se negando que, quando utilizado de forma correta, o precedente judicial tem o condão de racionalizar o poder judiciário, mas isso não é a sua principal função, assim como não deveria ser a da súmula⁸⁶.

O caráter universal e abstrato das súmulas as afastam dos precedentes que lhes deram origem, visto que seria necessário fazer uma análise das particularidades do caso concreto que a gerou para só então se verificar se seria possível a sua aplicação. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

Assim, a distinção entre súmula e precedente não está em que a primeira é editada para permitir a resolução de casos futuros, enquanto o segundo apenas diz respeito a casos passados. Nem se diga que os precedentes, apenas eventualmente, influenciam a decisão dos casos futuros. Em verdade, os precedentes – quando obrigatórios – objetivam garantir a unidade da ordem jurídica, assim, como a segurança jurídica e a igualdade, e, nesta dimensão, são vocacionados para o futuro. Ademais, as súmulas, quando vistas como enunciados gerais e abstratos destinados a regular casos futuros, fazem esquecer que a sua origem está nos casos concretos, ou melhor, nos precedentes, e que, por isso, devem ser analisadas dentro

⁸⁴NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 215

⁸⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 480.

⁸⁶*Ibidem, loc. cit.*

do contexto em que estes estão situados.⁸⁷

Dessarte, tanto a súmula quanto os precedentes não devem ser aplicados mecanicamente, é preciso uma análise das particularidades do caso concreto que lhe originou, havendo assim a aplicação hermenêutica, sempre observando a completude do sistema jurídico. Ainda que a súmula seja clara e direta, ou dita “de fácil aplicação”, deve-se salientar que “não há clareza que dispense a interpretação”⁸⁸.

É necessário que se tenha consciência do caso concreto que motivou a súmula, para que assim, seja possível saber se tem de aplicá-la ou não àquele caso, ou ainda, se deve ser revogada ou cancelada por ter sido superada por entendimento mais recente. Ressalte-se que a súmula faz parte da realidade jurisprudencial vivida no momento da sua elaboração, não se podendo desprezar os fundamentos e princípios que serviram de alicerce para a sua criação⁸⁹.

As súmulas, concebidas a partir de enunciados gerais e abstratos, não cumpre o papel do precedente ou de uniformização jurisprudencial. O que acontece no direito brasileiro, é que os magistrados ao analisar as súmulas, não as confrontam com o caso que lhe deu origem, não havendo assim “critério racionalmente adequado” para afasta-las ou aplica-las ao caso a ser julgado⁹⁰.

A súmula, atualmente na prática jurídica, exerce grande prestígio nas decisões judiciais. Tanto nas decisões de primeiro grau, quanto nos Tribunais, a súmula é utilizada como argumento para justificar a tese defendida, quando efetivamente, a súmula não possui o condão de substituir o dever de fundamentação do magistrado⁹¹.

⁸⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 481

⁸⁸Streck, Lenio Luiz. Abboud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 56 *et seq.*

⁸⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 481 *et seq.*

⁹⁰*Ibidem, loc. cit.*

⁹¹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, **Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, v.27, jun. 2005, p. 49

2.3.2 Novo Código de Processo Civil brasileiro

A necessidade da elaboração de um novo Código de Processo Civil Brasileiro, proposta pelo Ato 379/09 do Senado Federal, surge com a finalidade de assegurar a simplicidade da ação processual e da linguagem, a celeridade processual e a efetividade do resultado da ação. Assim, no meio das diversas inovações, a estabilidade e uniformidade da jurisprudência tiveram grande relevo no anteprojeto⁹², tendo em vista a isonomia nas demandas jurisdicionais, segundo Gláucio Maciel Gonçalves e André Garcia Leão Reis Valadares⁹³.

A edição do novo código de processo civil denota o início de uma nova fase processual para o direito nacional. A legislação em apreço trata-se de uma norma jurídica responsável pelo futuro da atividade jurisdicional do Estado brasileiro. É importante ressaltar que o novo código de processo civil tem caráter determinante não apenas para as questões do direito processual civil, mas igualmente nas demandas trabalhistas e ainda, de forma subsidiária em algumas peculiaridades em matéria penal⁹⁴.

O novo Código de Processo Civil não concretiza o sistema de precedentes judiciais no Brasil. Porém, é possível perceber que há um amplo reforço à figura do precedente judicial, alterando a herança deixada pelo *civil law* e transformando “o modo de ser da ciência processual e da atividade julgadora”⁹⁵.

⁹²“Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. [...] Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.” (BRASIL, Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.)

⁹³GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

⁹⁴LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

⁹⁵*Ibidem, loc. cit.*

A Teoria dos Precedentes Judiciais, apesar de já ser utilizada, por vezes de forma equivocada, por alguns magistrados⁹⁶, jamais foi efetivamente introduzida no sistema jurídico do Brasil. Porém, esta teoria foi concebida no projeto do novo Código de Processo Civil para fazer frente à uma “nova ordem processual no país, que mira otimizar a efetividade do processo judicial por meio de sua funcionalidade, eficiência e celeridade.”⁹⁷

Os precedentes Judiciais no novo Código de Processo Civil obteve tamanha importância, que no Relatório Final do Projeto de Lei 8.046/10 foi criado um capítulo específico – Do Precedente Judicial. Esta modificação, demonstra a preocupação com a uniformização da jurisprudência. E, é imperioso salientar que a padronização das decisões judiciais é uma função que deve ser concebida não apenas pelos tribunais, mas também pelos juízes de primeira grau. Ou seja, o sistema de precedentes se baseia na uniformização da jurisprudência pelos Tribunais, contudo, é imprescindível o cumprimento pelos juízes de primeira instância⁹⁸.

O capítulo específico criado para os precedentes judiciais no novo Código encontra-se no Título I “Do procedimento comum”, do Livro I, “Do Processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”, da Parte especial. Veja, que precedentes é um tema que abrange as decisões judiciais de uma forma geral e, estar localizado no título destinado ao procedimento comum reduz sua atuação, sendo mais apropriado que fosse localizado na Parte Geral⁹⁹.

O novo CPC normatiza os Precedentes Judiciais em 3 artigos, quais sejam, artigos 520, 521 e 522. Em seu artigo 520¹⁰⁰, é possível notar que o novo *Codex* carrega

⁹⁶De acordo com Dierle Nunes: “O ‘tradicional’ modo de julgamento promovido pelos ministros que, de modo unipessoal, com suas assessorias, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar” [NUNES, Dierle. **Novo CPC Consagra concepção do contraditório**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <juliane@fiedra.com.br> Em 23 fev.2014.]

⁹⁷GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

⁹⁸*Ibidem, loc. cit.*

⁹⁹BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

¹⁰⁰Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º É vedado ao tribunal

uma grande preocupação em privilegiar valores como a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais no sistema jurídico¹⁰¹. Isso ocorre por tratar-se de uma violação à coerência do sistema permitir julgamentos diversos dos contidos nos precedentes das Cortes Superiores, ou mesmo, dentro de um único tribunal haver tratamento anti-isonômico em casos similares.

O artigo 520 do Novo Código de Processo Civil tem como objetivo proteger a integridade do sistema jurídico, como também dos órgãos jurisdicionais. Primeiramente, o artigo demonstra a preocupação com os tribunais seguirem apenas uma orientação, sendo inadmissível a existência de duas ou mais orientações dentro de um mesmo tribunal ou, ainda que seja entre Tribunais distintos, não é possível admitir-se ao mesmo tempo posicionamentos diferentes dentro de um mesmo sistema jurídico¹⁰². Deve-se manter a jurisprudência de forma racional, proporcionando um diálogo com o que vêm sendo decidido pelos Tribunais e, com a devida fundamentação para que não haja qualquer inconsistência entre as decisões.

Já no artigo 521 do Novo Código de Processo Civil, o legislador deixa claro que apenas com a efetiva uniformização, estabilidade e coerência da jurisprudência é possível garantir os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia¹⁰³.

O artigo 521 do novo CPC regula como deve ser o aplicada a teoria dos precedentes. Apesar de sua extensão, essas formas de cumprimento não são exaustivas, sendo possível honrar os deveres estabelecidos de outra forma, porém, priorizando as que estão elencadas no artigo¹⁰⁴.

editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 2014)

¹⁰¹LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

¹⁰²BARROS, Lucas Buriel de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

¹⁰³GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

¹⁰⁴BARROS, Lucas Buriel de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Os parágrafos iniciais do artigo 521 orientam, de forma não taxativa, sobre a superação e modificação dos precedentes judiciais. Assim, ao tratar da superação de precedentes, resta evidente que o legislador objetivou conter as mudanças frequentes na jurisprudência¹⁰⁵. É contraditório, em um Estado de Direito pautado no princípio da segurança jurídica, ter modificações de seus entendimentos jurisprudenciais sem o devido zelo e cuidado, sendo necessário o controle de tais mudanças.

Ao realizar uma análise dos parágrafos do artigo 521 do novo Código de Processo Civil, Lucas Buril de Macêdo Barros ressalta a impossibilidade de superação do precedente judicial por órgão hierarquicamente inferior àquele que fixou o entendimento:

No que toca à competência para a superação do precedente, nada obstante o dispositivo utilizar a idéia de *preferência* do órgão que fixou a *ratio decidendi*, deve-se entender que só é possível que outro órgão realize a superação caso se encontre em posição superior na pirâmide judiciária. Caso contrário, quando a decisão em sentido contrário ao estabelecido é de órgão inferior, não se trata de *superação*, mas apenas de decisão em *error in iudicando* ou *in procedendo*. (grifos originais)

Ainda tratando sobre a superação do precedente, o parágrafo 5º dispõe sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da superação, podendo limitar até quando estes retroagirão e ainda, abre a possibilidade de superação prospectiva do precedente. Já o parágrafo 6º, pautado nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, exige a fundamentação adequada e específica para que haja a superação do precedente.

Os precedentes judiciais visam proporcionar a segurança jurídica dentro de um sistema jurídico, através da previsibilidade e estabilidade das decisões. Contudo, a modificação dos precedentes sem que exista uma fundamentação adequada e específica é uma ofensa à segurança jurídica, sendo malquista a “excessiva variação de orientações”¹⁰⁶.

O Tribunal, ao proferir uma decisão judicial, deve compreender que não se está regulando apenas aquela demanda individual, está, em verdade, orientando a

¹⁰⁵BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

¹⁰⁶*Ibidem*, loc. cit.

sociedade e, “tanto os particulares que participam do processo como a comunidade como um todo possuem o direito fundamental à segurança”¹⁰⁷.

A Constituição Federal brasileira assegura o Estado de Direito, a partir dessa premissa, derivam os conceitos de estabilidade e previsibilidade, e, para que isso seja de fato garantido para os cidadãos, é necessário o respeito aos precedentes judiciais pelos próprios órgão que os firmarem e por aqueles órgão hierarquicamente inferiores¹⁰⁸.

Os parágrafos 7º e 8º do Novo Código de Processo Civil tratam de forma bem simplificada da *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sendo contudo, insuficientes para alcançar as reais definições desses dois institutos. Já o parágrafo 9º trata sobre a possibilidade de o precedente não ser seguido, caso o magistrado entenda que o caso não tem a mesma situação fática ou a questão jurídica é diversa do que foi analisado no precedente (*distinguishing*).

O parágrafo 10º determina que os Tribunais publiquem seus precedentes. Em respeito ao Estado de Direito e à segurança jurídica, a publicidade é obrigatória, tendo em vista a impossibilidade de vinculação dos jurisdicionados às normas que não lhes sejam provido o conhecimento¹⁰⁹. E, por último, o parágrafo 11º determina a observância dos artigos 10 e 499, §1º do código, que tratam respectivamente, do contraditório e dos requisitos necessários para se obter uma decisão devidamente fundamentada.

Gláucio Maciel Gonçalves e André Garcia Leão Reis Valadares¹¹⁰ entendem que, a despeito das decisões judiciais se basearem no princípio processual do livre convencimento do julgador, não pode este proferi-la em sentido contrário à jurisprudência majoritária dos Tribunais. A existência de decisões judiciais com diferentes entendimentos acaba por ferir a respeitabilidade e a credibilidade do

¹⁰⁷BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

¹⁰⁸MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

¹⁰⁹BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

¹¹⁰GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

Poder Judiciário. Deste modo, a estabilidade e a previsibilidade são cruciais para a concretização dos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia.

O magistrado, no exercício da sua função, faz parte de um sistema jurisdicional, não podendo ignorar de forma intencional o entendimento consagrado em Tribunais Superiores. Fazendo isso, o magistrado não está cumprindo o seu papel no sistema jurídico, ao contrário, está a incidir sobre os limites da imparcialidade e da irresponsabilidade¹¹¹. A respeitabilidade de decisões proferidas por órgão superiores, é essencial para se fazer cumprir os deveres de integridade, coerência e de estabilidade¹¹².

O jurisdicionado precisa ter a certeza de que pode realizar determinado ato, se aquele ato é ou não admitido pelo ordenamento jurídico. A partir desta consciência o jurisdicionado moldará o seu comportamento para atuar conforme a lei, pautado na confiança e expectativa para pôr em prática a sua conduta. E ainda, o jurisdicionado tem o direito à proteção da isonomia, já que poderá ter a certeza que a conduta praticada por um terceiro terá o mesmo tratamento¹¹³.

Outrossim, ainda que não tratado expressamente no capítulo de precedentes, é preciso assegurar ao jurisdicionado o princípio da duração razoável do processo, que protege o cidadão de ter que levar a demanda judicial até os Tribunais Superiores, passando por todas as instâncias, para só então ter o seu direito consolidado, sendo que este já estava afirmado nos entendimentos dos Tribunais¹¹⁴. Então, o sistema de precedentes evitará justamente que o cidadão tenha sua ação prolongada ao longo do tempo para se chegar a um resultado previamente consolidado pelos Tribunais, evitando um dos grandes problemas que assombram o sistema judiciário brasileiro: a grande quantidade de demandas e a demora na entrega da prestação jurisdicional.

¹¹¹LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

¹¹²BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

¹¹³GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

¹¹⁴*Ibidem, loc. cit.*

Por outro lado, Dierle Nunes ressalva a importância da manutenção da singularidade dos casos:

(...) o CPC projetado não busca abandonar a singularidade (análise individualizada dos casos) em prol da similaridade, pois a percepção adequada do contraditório e da fundamentação racional projetados (artigos 10 e 499) impõe a conclusão de que devemos seguir esses pressupostos interpretativos (essenciais) na formação dos precedentes exatamente para viabilizar que todos os argumentos potencialmente relevantes sejam levados a sério e cheguemos a única interpretação viável da lei, que induzirá uma melhoria qualitativa do sistema. Exatamente para evitar que o discurso em prol da similaridade inviabilize a aplicação legítima (correta) do Direito¹¹⁵.

Atualmente, há uma quantidade de precedentes tão extensa que não é incomum que, em um caso concreto, a parte, ao pesquisar sobre o direito que visa proteção, encontre precedentes tanto favoráveis quanto desfavoráveis à sua tese. Desta forma, o convívio de precedentes divergentes dentro de um mesmo sistema jurídico faz com que estes percam tanto a força quanto o seu valor, tornando-se prejudicados¹¹⁶.

Conforme Gustavo Santana Nogueira¹¹⁷, no sistema jurídico brasileiro, a forma de aplicação dos precedentes, frequentemente se faz de maneira inadequada. Cotidianamente, não só a parte, quanto até mesmo nos Tribunais, a aplicação dos precedentes se resume a indicar o número do julgamento anterior ou, quando muito, transcrever a ementa. Assim, despreza-se a fundamentação, deixando de demonstrar analiticamente as semelhanças com o caso que foi colocado como paradigma.

Em nosso atual sistema jurídico, os precedentes são utilizados muitas vezes para acelerar o julgamento do caso, quando deveriam ser usados como fonte do direito, fazendo a correta comparação com a sua *ratio decidendi* para ver se realmente se adequa ao caso concreto. E, é indispensável que haja uma fundamentação satisfatória.

A Teoria dos Precedentes Judiciais trazida pelo novo Código de Processo Civil brasileiro “certamente exigirá adequação da cultura jurídica, especialmente dos

¹¹⁵NUNES, Dierle. **Novo CPC Consagra concepção do contraditório**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <juliane@fiedra.com.br> Em 23 fev.2014.

¹¹⁶NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 215

¹¹⁷*Ibidem, loc. cit.*

juízes e dos Tribunais”¹¹⁸. Haverá de ter um tempo de adaptação para os órgãos jurisdicionais, contudo, quando consolidada esta teoria, despontará a eficiência do poder judiciário, economia processual, desestímulo à litigância excessiva, coerência do sistema jurídico, respeito à hierarquia, imparcialidade e maior eficiência.

¹¹⁸GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

3 TÉCNICAS DE CONFRONTO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

3.1 APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

As técnicas de aplicação e superação do precedente tornam o sistema de precedentes mais flexível e passível de se manter atualizado com a evolução social. Assim, ao mesmo tempo que o sistema de precedentes garante a estabilidade e uniformidade do direito, as técnicas de aplicação e superação possibilitam o seu desenvolvimento.¹¹⁹

No momento em que o magistrado aplica uma norma positivada, é indispensável a sua interpretação e adequação ao caso concreto. Da mesma forma que o magistrado deve conformar a hipótese normativa ao caso concreto e à legislação para aplicá-la devidamente, é fundamental que o magistrado faça tal interpretação também com o precedente, indagando se a sua *ratio decidendi* se aplica ao caso concreto. Fredie Didier Jr., demonstra a necessidade de interpretação do precedente para que seja possível a sua aplicação:

[...] Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*.¹²⁰

Portanto, para que o precedente seja aplicado, é necessária a sua interpretação por se tratar de uma norma jurídica. Assim, todo e qualquer texto normativo comporta diferentes formas de interpretação, tendo em vista a dimensão temporal e espacial do intérprete e as especificidades e variedades de significados da próprio texto normativo.¹²¹

Os precedentes, por serem normas jurídicas, são considerados “matéria bruta do raciocínio jurídico, pois sua formulação depende da inteligência de um (ou mais de

¹¹⁹ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

¹²⁰DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.455.

¹²¹*Ibidem*, p.440.

um) enunciado estabelecido pelo legislador, por meio de um processo mental de interpretação ou adscrição de sentido [...]”¹²²

Para aplicação da lei, é essencial sua interpretação e adequação ao caso concreto. Da mesma forma, ocorre com os precedentes que são aplicados através de uma interpretação da *ratio decidendi* e adequação ao caso sob julgamento, refutando assim a utópica pretensão de que há uma aplicação automática dos precedentes judiciais.

Portanto, do mesmo modo que o aplicador do direito, na esfera do direito positivado, deve demonstrar a sua motivação para afastar uma específica norma jurídica do caso em julgamento, no sistema de precedentes, também deve-se fazer a devida fundamentação demonstrando os motivos para a não aplicação do precedente ao caso concreto¹²³.

Então, quando o magistrado determina que um certo precedente não deve ser seguido, é esperado que ele diga o motivo. De acordo com Neil Duxbury¹²⁴, a recusa em seguir um precedente é equiparada à recusa em seguir uma obrigação moral como o cumprimento de uma promessa. Assim, a obrigação não é absoluta, mas para a não aplicação do precedente, têm-se a expectativa de que o juiz irá justificar o motivo da sua recusa.

3.2 TÉCNICA DE CONFRONTO - *DISTINGUISHING*

De acordo com Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira quando um magistrado, que está vinculado ao sistema de precedentes, se depara com uma decisão a ser tomada a partir de um caso concreto, a primeira atitude que

¹²²BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 233.

¹²³CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.174.

¹²⁴DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113. No original: "If a judge says that the precedent should not be followed, it is expected that he will say why it should not be followed. Refusal to follow a precedent is thus analogous to refusal to comply with a moral obligation, such as keeping a promise: the obligation is not absolute, but a justifiable refusal to comply must be supported by certain kinds of reasons"

deve-se tomar é fazer uma análise se há alguma semelhança entre o caso e o precedente.¹²⁵

A partir de então, o magistrado deve recorrer ao método de comparação, devendo seguir duas etapas. Primeiramente, o magistrado deve minuciar os elementos objetivos da demanda, deve analisar se tais elementos são similares aos elementos objetivos presentes nos precedentes. Havendo semelhança, parte-se para o segundo passo, qual seja, analisar a *ratio decidendi* dos precedentes para ver se é possível a sua aplicação no caso em apreço, ou seja, analisar se a tese jurídica realmente se assemelha e pode incidir na lide a ser julgada.¹²⁶

Deste modo, é possível perceber que para a real compreensão do precedente, é preciso definir a sua *ratio decidendi*, distinguindo do *obiter dictum*, para alcançar o seu principal objetivo que é a orientação de casos futuros.¹²⁷ Assim, no momento da aplicação, fazer o confronto da *ratio decidendi* do precedente com o caso concreto.

Entretanto, nem sempre o precedente poderá ser aplicado, tendo em vista não ter os elementos objetivos semelhantes ao caso em análise. Dessa forma, as técnicas de confronto têm como objetivo fazer este enfrentamento do caso atual com o precedente para saber se será possível a sua aplicação. E, se não for possível aplicá-lo, é necessário que o magistrado faça a devida fundamentação já que não se trata de mero arbítrio do juiz, mas sim de execução da técnica de confronto de precedentes, sendo essencial a justificativa para o afastamento do precedente naquele caso.

Segundo Thomas da Rosa Bustamante, a técnica do *distinguish* seria uma espécie de afastamento do precedente, contudo, a norma do precedente continua munida de validade, não sendo aplicada apenas naquele caso em análise, havendo assim dois fundamentos para que ocorra essa afastamento, como explicitado abaixo:

Desse modo, a técnica do *distinguish* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma

¹²⁵DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.453.

¹²⁶*Ibidem, loc.cit.*

¹²⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.

exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *subjudice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *subjudice* não pode ser subsumido no precedente. No primeiro caso (redução teleológica) opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento *a contrario*) a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências *não podem ser aplicadas* aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência.¹²⁸

A utilização do método de confronto é crucial para saber se um precedente será ou não aplicado, devendo comparar a *ratio decidendi* do precedente com as circunstâncias fáticas do caso sob julgamento. E, “isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes”.¹²⁹

Destarte, ao se analisar o caso em julgamento, faz-se o confronto para saber se aquele caso se subordinará ou não ao precedente, essa técnica que expressa a distinção é chamada de *distinguishing*¹³⁰. O *distinguishing* tem como principal objetivo ressaltar as diferenças das circunstâncias fáticas do precedente com o caso em análise.¹³¹¹³²

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, o *distinguishing* é um método de confronto, que ocorre quando há uma diferenciação do precedente ao caso concreto:

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja

¹²⁸BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 233.

¹²⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.

¹³⁰*Distinguishing* é o que os juízes realizam quando eles fazem uma distinção entre um caso e outro. [DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.] No original: “‘*Distinguishing*’ is what judges do when they make a distinction between one case and another.

¹³¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.

¹³²Nesse sentido Marcelo Alves Dias de Souza, que considera os fatos fundamentais como o principal ponto a ser analisado: “Em linhas gerais, se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no apropriado nível de generalidade, não coincidem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, os casos devem ser considerados, pelo tribunal ou juiz do caso posterior, como distintos.” [SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.142.]

porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.¹³³

Sendo assim, o termo *distinguishing* pode ter mais de uma acepção. A primeira se refere ao método de comparação, uma técnica de aplicação do precedente, como explicado, já a segunda, refere-se à consequência deste confronto, quando entende-se que há diferença entre os casos, culminando com a não aplicação do precedente.¹³⁴

A aplicação do *distinguishing* tem primeiramente a intenção de diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dictum*, separando os fatos que são materialmente relevantes, daqueles que não são fundamentais para a decisão. Então o *distinguishing* tem como principal objetivo demonstrar as diferenças fáticas entre o caso em análise e o precedente, demonstrando que a *ratio decidendi* do precedente não satisfaz ao caso concreto.¹³⁵

Segundo Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, o *distinguishing* seria a “técnica de confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos, que revela a inadequação da aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática entre os mesmos”¹³⁶

Desta forma, o *distinguishing* seria uma aplicação negativa do precedente, feita por exclusão. Ao aplicar o precedente, o julgador percebe e fundamenta que, apesar de em um primeiro momento o caso concreto se assemelhar ao paradigma, a demanda em julgamento dispõe sobre traços que justificam o afastamento do precedente judicial.¹³⁷

Exposto isso, é evidente perceber a importância da devida delimitação da *ratio decidendi* na formação do precedente, para que, no momento da aplicação, se possa fazer o confronto dos fatos materiais do caso concreto com o precedente. E,

¹³³DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.454.

¹³⁴*Ibidem, loc. cit.*

¹³⁵DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

¹³⁶ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 89-90.

¹³⁷TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.280.

por isso, ao realizar este confronto, o magistrado deverá sempre agir com prudência, cautela e, ainda, levando em conta os critérios fixados na *ratio decidendi* do precedente.

O *distinguish* poderá ser aplicado por todo e qualquer órgão julgador, tendo em vista que não infere na validade ou existência da norma, apenas não se aplica àquele caso em análise. Assim, diferentemente da superação, que será abordada em tópico posterior, a distinção se refere a uma técnica de aplicação do precedente e, por isso, poderá ser feita não apenas pelo Tribunal que o fixou, como também por magistrados e Tribunais inferiores.¹³⁸

É fundamental perceber que o *distinguishing* é uma técnica de aplicação do precedente, baseado no confronto, e, está longe de ser uma discricionariedade do juiz para seguir apenas os precedentes que lhe agrada. O juiz não poderá apenas destacar os fatos diferentes, deverá basear-se nos fatos fundamentais e relevantes, ou seja, o *distinguishing* deve demonstrar uma justificativa convincente para que o juiz afaste o precedente¹³⁹.

Para que o precedente possa ser aplicado, este deve “guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo”¹⁴⁰, efetivando a eficácia vinculante. Todavia, deve-se evidenciar que na maioria das vezes não haverá a completa identidade entre o caso concreto e o precedente. Assim, mesmo que o caso em análise tenha algumas diferenças em relação ao precedente, é possível que haja sua aplicação¹⁴¹.

Então, não é qualquer diferença que irá ensejar o *distinguishing*, a diferenciação deve se basear nos fatos materiais, pautando-se nos fatos fundamentais e relevantes para o deslinde do caso.¹⁴² Assim, tanto pode haver o *distinguishing* para

¹³⁸BARROS, Lucas Buriel de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

¹³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 326.

¹⁴⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.174.

¹⁴¹DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.454.

¹⁴²ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 90.

afastar a norma quanto esta não estiver compatível com o precedente, quanto a ampliação do *ratio decidendi* do precedente para abarcar a hipótese do caso sob julgamento.

Ressalte-se que a simples utilização do método do *distinguishing* não implica na revogação ou na fragilidade do precedente, tendo em vista que o *distinguishing* não interfere no seu conteúdo e força. Contudo, o excesso de uso do *distinguishing* pode significar que o conteúdo do precedente não está mais em consonância com a comunidade jurídica, demonstrando assim, um indício de enfraquecimento da autoridade do referido precedente¹⁴³.

De acordo com Neil Duxbury, a aplicação do *distinguishing* não prejudica a autoridade do precedente. Para o tribunal, não se considera que afastar o precedente utilizando-se o *distinguishing* quer dizer que é um direito ruim, um precedente sem efetividade, o que significa é apenas que não se aplica para aquele caso¹⁴⁴.

Porém, é necessário cautela para o uso do *distinguishing*. Deste modo, Marcelo Alves Dias de Souza faz uma advertência em relação ao uso do método do *distinguishing*:

O poder de distinguir é importante – não se nega – como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar que o uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que, com certeza, não é o desejado¹⁴⁵.

A princípio, “o *distinguishing* é apenas a declaração de que o direito evidenciado no precedente não deve regular o caso sob julgamento”.¹⁴⁶ Assim, não quer dizer que esteja se estabelecendo um novo direito, apenas distanciando o precedente do caso em análise. Frise-se que é necessário a observância do princípio da isonomia,

¹⁴³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 326 e 327.

¹⁴⁴DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113

¹⁴⁵SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.145.

¹⁴⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 327.

tratando casos similares do mesmo modo, tendo em vista que este é o limite para o *distinguishing*.¹⁴⁷

3.3 TÉCNICA DE SUPERAÇÃO - *OVERRULING*

Um sistema de precedentes não pode ser concebido atualmente de forma imutável. É necessário a possibilidade de haver alterações para que as decisões judiciais encontrem-se em harmonia com as questões sociais. Entretanto, essas alterações devem obedecer regras e limites, para que não venha a ferir a segurança jurídica e a confiança do jurisdicionado.¹⁴⁸

Ao analisar a essência do sistema clássico de precedentes judiciais, seria incompatível utilizar-se da técnica do *overruling*. Contudo, percebeu-se que, na prática, não é possível o desenvolvimento do direito sem a revogação de um precedente que não mais condiz com a atualidade. Dessa forma, é a revogação de um precedente para ser substituído por outro que permite a adaptação do direito aos novos valores sociais.¹⁴⁹

A revogação de um precedente é concebida pela necessidade de manter o direito em congruência com a sociedade. Por outro lado, têm-se a preocupação em assegurar a segurança jurídica e isonomia nas decisões judiciais. Assim, torna-se uma tarefa árdua e cautelosa do magistrado analisar se o precedente deve ser revogado.

Como a jurisprudência é formada pelos precedentes, na medida que estes vão tomando outro rumo, aquela terá que acompanhar, ensejando conseqüentemente alteração também nas súmulas. Ou seja, na medida em que há a superação de determinado precedente, vai-se mudando a jurisprudência predominante, o que

¹⁴⁷ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 90.

¹⁴⁸MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador: Jus Podivm, 2013 p. 679-702.

¹⁴⁹ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.305.

desencadeará na alteração do entendimento jurisprudencial cristalizado em súmulas.

Isto posto, essa técnica de superação do precedente, também conhecida no direito processual por *overruling*, tem como objetivo evitar a perpetuação de entendimentos equivocados, injustos ou que não mais refletem os valores econômicos, políticos, tecnológicos ou sociais. Isso proporciona uma maior flexibilização do direito e a sua adaptação às questões atuais da sociedade. Assim, não há como haver um sistema de precedentes que não contemple o *overruling*, tendo em vista que impossibilita o desenvolvimento do sistema jurídico.¹⁵⁰

3.3.1 Conceito e finalidade

Em conformidade com Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira “*overruling* é técnica através da qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente”¹⁵¹. Desta forma, ocorrerá o *overruling* quando houver a necessidade de superação do precedente em vigência.

O *overruling* faz com que um precedente perca sua força vinculante dando lugar a outro precedente, assim como ocorre na revogação de uma lei¹⁵². Deste modo, o *overruling* tem como principal fundamento a rejeição do precedente, afastando a *ratio decidendi*, por esta se revelar ultrapassada ou equivocada e, substituindo por um novo precedente.¹⁵³

Importa ressaltar que essa superação feita pelo tribunal pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*), manifestando-se a respeito da escolha da nova orientação, ou ainda de forma tácita (*implied overruling*), quando não se diz

¹⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 388 *et seq.*

¹⁵¹DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.456.

¹⁵²*Ibidem, loc. cit.*

¹⁵³ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.304-305.

categoricamente que houve a superação, porém há a mudança de posicionamento.¹⁵⁴

Assim, o *overruling* pode ser prolatado expressamente pelo Tribunal que está realizando a revogação, ou pode ser feito de forma implícita, de acordo com Gustavo Santana Nogueira:

O *overruling* pode ainda ser explícito e implícito. O explícito se dá quando o Tribunal, julgando um caso concreto, reconhece a existência de um precedente que tenha em sua fundamentação uma regra de direito que agora é considerada, por qualquer motivo, insustentável para o caso atual. A partir desse reconhecimento, inicia-se uma discussão acerca da necessidade de se afastar o precedente. O implícito ocorre quando um precedente não pode se sustentar a partir de um precedente mais recente da Corte. É claro que, neste caso, a insegurança jurídica aumenta, posto que ficará sempre a dúvida de que precedente deve ser seguido, até que pelo menos o Tribunal diga expressamente que o mais novo precedente supera o anterior, de modo que o *explicitoverruling* é sempre o mais desejável.¹⁵⁵

Percebe-se, portanto que quando a técnica do *overruling* é realizada de forma expressa, não deixa dúvidas ao jurisdicionado que o entendimento do tribunal sofreu alteração. Porém, ao realizar o *overruling* de forma implícita, pode ocasionar a incerteza do jurisdicionado sobre qual precedente encontra-se munido de força vinculante.

A revogação do precedente também não se confunde com o *distinguishing*, posto que, como já visto anteriormente, o *distinguishing* se baseia na distinção entre os casos, sendo analisado as questões de fato. Já o *overruling*, fundamenta-se nas questões de direito, o magistrado não mais tem a concepção de que aquele precedente deva ser aplicado em qualquer caso futuro, interpretando a norma de maneira diversa, extrapolando definitivamente do ordenamento a tese jurídica anterior.¹⁵⁶

Observe-se que na técnica de aplicação do *distinguishing*, o precedente, apesar de ser afastado, não há perda de sua validade, como ocorre no *overruling*. No *distinguishing* ocorre somente a não aplicação àquele caso que está sendo julgado,

¹⁵⁴DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.456-457.

¹⁵⁵NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 184.

¹⁵⁶ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.305.

quer seja por se tratar de uma interpretação restritiva, não cabendo a aplicação do precedente, quer seja pelo magistrado entender que o caso sob análise versa sobre uma exceção à norma presente no precedente.¹⁵⁷

A técnica do *overruling* tem o poder de deslocar a força vinculante de um precedente para outro, havendo assim uma substituição. Então, atribui-se força vinculante à tese jurídica de um precedente, em detrimento de outro por considerá-lo ultrapassado ou equivocado. É importante ressaltar que para a incidência do *overruling*, é necessária a adequada motivação para abandonar a tese aplicada anteriormente.¹⁵⁸

Assim, de acordo com José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Reis Freire:

O *overruling* é medida que acarreta o afastamento de uma regra estabelecida anteriormente. Isso ocorre quando um tribunal resolve de modo diferente um problema jurídico antes solucionável por um precedente estabelecido anteriormente, recorrendo a novos fundamentos que conduzem a resultado diverso. Nessa hipótese, é estabelecida uma nova regra jurídica que regem situações semelhantes ou idênticas.¹⁵⁹

Quando um precedente não mais possui congruência social nem consistência sistêmica, abre-se caminho para sua revogação. Contudo, isso não significa que esteja ofendendo o princípio da estabilidade – composto pelos princípios da isonomia, confiança justificada e vedação da surpresa injusta. Em verdade o que ocorre é o oposto, chegou-se em um momento que, para resguardar tais princípios, o precedente precisa ser revogado para dar lugar a outro compatível com os atuais padrões sociais. Ou seja, essa técnica de superação de precedente ocorre quando não há mais a compatibilidade com as questões sociais e, quando começam a surgir decisões em sentido diferente dentro do mesmo sistema jurídico.¹⁶⁰

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, congruência social corresponde às proposições morais, políticas e de experiência de uma comunidade:

¹⁵⁷BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 233.

¹⁵⁸COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.3. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 391-415.

¹⁵⁹MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

¹⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 388 *et seq.*

As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais.¹⁶¹

Deste modo, o precedente judicial que encontra-se em descompasso com as proposições morais, políticas e experiência acabam por ter seu poder de persuasão reduzido, tendo em vista que a sociedade não admite aquele precedente como convincente.

É necessário perceber que o Direito é produto da interação com a realidade sobre a qual este incide. Desta maneira, se surgem mudanças fáticas e valorativas na sociedade, será necessária a alteração dos padrões consagrados em normas do ordenamento jurídico.¹⁶²

Já consistência sistêmica refere-se ao ordenamento jurídico como um todo. Um ordenamento passa a deixar de ter consistência sistêmica quando não há mais coerência entre suas decisões. Isto é, quando o magistrado, ainda que visualizando uma mudança nas proposições sociais trazidas em outras decisões, opta por seguir com o precedente que se encontra incompatível, gerando decisões contraditórias para questões idênticas.¹⁶³

Na medida que vão surgindo inconsistência sistêmica e incongruência social, a doutrina é quem tem o papel de sinalizar isso¹⁶⁴. Os advogados, têm função essencial na superação de um precedente, visto que na maioria das vezes são eles, em defesa das partes, que trazem os novos fatores que estão sendo construídos na sociedade.

Entretanto, Gustavo Santana Nogueira salienta que o *overruling* também pode ser realizado no âmbito do poder legislativo. No momento que um Tribunal interpreta a lei ou Constituição de uma certa maneira, o legislador pode abolir ou alterar o texto

¹⁶¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 390.

¹⁶²MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 240-241.

¹⁶³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 390.

¹⁶⁴*Ibidem*, p. 390-391.

normativo para ficar em conformidade com o entendimento do Tribunal prolator da decisão¹⁶⁵.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁶⁶ ressalva ainda que para haver alteração de um precedente não basta a crítica de um magistrado ou um doutrinador. Nem mesmo a opinião da minoria é capaz de promover essa revogação. A revogação de um precedente é construída com os valores da sociedade e representa o posicionamento majoritário da comunidade jurídica, ou seja, não é possível que o direito varie de forma imprevista.

Não obstante a revogação de um precedente parecer ferir a segurança jurídica e, juntamente com esta, a estabilidade, a proteção à confiança do jurisdicionado e o princípio da surpresa injusta, o que ocorre é exatamente o contrário. Apenas há a revogação do precedente porque os valores sociais não mais coadunam com aquele entendimento.

Então, quando se respeita os critérios para aplicação da técnica de superação, a revogação de um precedente não traz insegurança ou perda de confiança no sistema de precedente. É possível perceber quando o precedente está em vias de ser revogado, justamente porque aos poucos torna-se inconsistente no sistema jurídico. Assim, a finalidade da revogação de um precedente em última instância é assegurar a segurança jurídica, além da coerência e integridade do ordenamento jurídico.

3.3.2 Fundamentos necessários para a superação

A revogação de um precedente, por ser uma medida drástica, deve ser tida como exceção, ou seja, só deve ocorrer quando houver a devida fundamentação e, ainda assim, em casos restritos. Daí porque, mesmo no sistema do *Common Law*, os tribunais evitam ao máximo a realização do *overruling*, apenas revogando os

¹⁶⁵NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179.

¹⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 388 *et seq.*

precedentes quando realmente entendem que representa um avanço em relação ao que estava em vigência.¹⁶⁷

Para que um precedente judicial seja superado é necessário muita cautela e atenção, tendo em vista que modifica o posicionamento que já vinha sendo seguido. Então, o *overruling* de um precedente visa garantir a segurança jurídica de um ordenamentopautado no sistema de precedentes.Marcelo Alves Dias de Souza ressalta a cautela que se deve ter para declarar a revogação de um precedente:

Avaliar a conveniência de revogar um precedente não é tarefa fácil. Várias questões devem ser sopesadas, sobretudo porque tal atitude implica uma forte contestação aos fundamentos do sistema do *binding precedente*. A incorreção, injustiça e inconveniência do precedente devem ser claramente constatadas, como também avaliado o “prejuízo” para a estabilidade e predicabilidade do sistema, que sem dúvida, provoca, em maior ou menor grau, qualquer alteração do direito.¹⁶⁸

Não é possível realizar a revogação de um precedente sem obedecer os princípios que regem todo o sistema de precedentes judiciais. Assim, devem ser consideradas as implicações sociais e jurídicas que a revogação pode trazer, para assim decidir sobre revogar ou não.

Pautados no sistema de precedentes adotado nos Estados Unidos, José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Reis Freire entendem que existem três razões para a revogação de um precedente:

Um precedente está sujeito a *overruling* quando há uma (1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente, (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade. Implícita em cada uma dessas justificativas está a ideia de que o caso que originou o precedente, se tivesse sido decidido no atual momento, teria sido resolvido de outra forma.¹⁶⁹

A primeira razão apontada para ensejo do *overruling*, a intervenção no desenvolvimento do direito, seria a inconsistência sistêmicaque se tenta evitar pelo *overruling*, ou seja, o precedente encontrar-se em desacordo com alguma decisão

¹⁶⁷ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.306-307.

¹⁶⁸SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.150

¹⁶⁹MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

tomada anteriormente, sendo necessária a revogação. Contudo, é importante salientar que essa inconsistência precisa ter fundamentos, criando uma “incerteza real”.¹⁷⁰

Em relação a segunda razão apontada, a impraticabilidade do precedente deve ser marcante ao ponto de não restar dúvidas acerca da impossibilidade de aplicação de tal precedente. Já a terceira razão, refere-se à desatualização do precedente, quando não se encontra mais congruência social. Esta última hipótese se consagra como a razão mais oportuna para a revogação de um precedente, tendo em vista que o tribunal não admite qualquer erro quando da formação do precedente, mas apenas que houve uma mudança de valores sociais, o que acarretou na revogação.¹⁷¹

Por outro lado, Gustavo Santana Nogueira aponta outros três principais fundamentos que autorizam o tribunal a praticar *overruling*. O primeiro fundamento seria a mudança de composição do Tribunal que elaborou o precedente. Entretanto, este fundamento não é “visto com bons olhos”, já que o precedente deve ser desenvolvido pelo órgão, o tribunal, e não por juízes de maneira individual expressando a sua opinião.¹⁷²

É importante ressaltar ainda que a mudança na composição do tribunal ou mesmo a alteração na opinião do magistrado não são justificativas plausíveis para que haja o *overruling*, “sob pena de a coerência da ordem jurídica ficar na dependência de meras vontades”.¹⁷³

Já o segundo fundamento para efetuar o *overruling* é a mudança na lei que integra a *ratio decidendi* do precedente. Este fundamento ressalta que acima dos precedentes encontram-se as normas positivadas, ou seja, as leis e principalmente a Constituição

¹⁷⁰MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

¹⁷¹*Ibidem, loc. cit.*

¹⁷²NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186.

¹⁷³ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.316.

Federal. Dessa forma, quando há uma alteração nas leis que estão em vigência, isso implicará em uma adequação dos atuais precedentes a essa mudança.¹⁷⁴

E ainda, o terceiro fundamento trazido por Gustavo Santana Nogueira é a mudança de valores da sociedade. O direito precisa sempre estar compatível com os valores construídos pela sociedade. Assim, apesar de ser necessária a proteção à imutabilidade em alguns momentos, como é o caso da coisa julgada, não é possível o direito permanecer completamente imutável, tendo em vista que a sociedade vive em constante mudança. Os precedentes precisam estar ajustados de acordo com os valores sociais.¹⁷⁵

Francisco Rosito traz ainda, algumas hipóteses para a revogação do precedente, sendo um combinação das razões já expostas anteriormente:

Transpondo o exame à jurisprudência, pode-se dizer que existem, pelo menos, quatro hipóteses principais que tornam o precedente obsoleto e, portanto, autorizam a modificação ou revogação: a) a inovação legislativa (direito objetivo), seja por modificação, seja por revogação, implícita ou explicitamente; b) a inovação tecnológica ou mudança do estado da técnica em todas as fases da vida - métodos de produção, métodos bélicos, métodos políticos-administrativos etc. c) a mudança de valores sociais e culturais; d) o equívoco interpretativo desde o seu início ("*the case being wrongly decided*"). Fala-se também em mudança de condições históricas, sociais, econômicas e políticas que influem na decisão do caso sucessivo, assim como a inviabilidade ("*unworkability*") do precedente.¹⁷⁶

Exposto isso, é possível perceber que não há, na doutrina ou jurisprudência, conclusão definitiva dos fundamentos necessários para a realização do *overruling*. E, por isso, o *overruling* se torna uma incumbência bastante árdua para o tribunal, tendo em vista que apenas há certos parâmetros a serem seguidos, devendo analisar qual a consequência que a revogação poderá acarretar para o sistema jurídico¹⁷⁷.

Assim, a alteração jurisprudencial é inevitável para que o sistema jurídico mantenha-se atualizado. Porém, tal alteração deve ser razoável e justificada, tendo em vista

¹⁷⁴NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere: A vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186

¹⁷⁵*Ibidem*, p. 187 *et seq.*

¹⁷⁶ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.308-309.

¹⁷⁷*Ibidem*, p.310

que a fundamentação¹⁷⁸ que ensejará na efetividade do precedente para os casos futuros.

3.3.3 Distinção das técnicas do *overriding*, *reversal* e sinalização.

Após analisadas as definições das técnicas de confronto (*distinguishing*) e de superação (*overruling*), torna-se necessário diferenciar das demais formas de aplicação do precedente, quais sejam: *overriding*, *reversal* e sinalização.

A primeira delas, o *overriding* seria como uma superação parcial do precedente. Ou seja, ocorre quando o tribunal, ao invés de declarar a perda de eficácia de um determinado precedente, apenas restringe o seu alcance, tendo em vista o surgimento de alguma regra ou princípio.¹⁷⁹ De acordo com Melvin Aron Eisenberg há *overriding* quando o tribunal limita o âmbito do precedente em consequência do surgimento de uma regra posterior.¹⁸⁰

Assim, enquanto no *overruling* há a revogação da *ratio decidendi* de um precedente para dar lugar a outro, no *overriding* há apenas uma nova delimitação da abrangência da *ratio decidendi* do precedente. Luiz Guilherme Marinoni define *overriding* como:

O *overriding* apenas limita ou restringe a incidência do precedente, aproximando-se, neste sentido, de uma revogação parcial, do precedente, embora o resultado da decisão com ele tomada não seja compatível com a totalidade do precedente. Mediante este expediente, a corte deixa de adotar precedente em princípio aplicável, liberando-se da sua incidência. Assim, sua aproximação é maior em relação ao *distinguishing*.¹⁸¹

Todavia, é importante salientar que a distinção realizada no *overriding* se baseia em uma nova situação, um novo entendimento adotado pelo Tribunal. E, no *distinguishing* essa distinção é em relação aos fatos contidos no precedente e no

¹⁷⁸ Este tema será melhor abordado em tópico posterior.

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.458.

¹⁸⁰ EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Estados Unidos: Harvard University Press, 1991, p. 135. No original: “*Overriding* occurs when a court narrows the ambit of an established doctrine in favor of a rule that has arisen after the earlier doctrine was established.”

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 346.

caso sob julgamento. Assim, o instituto do *overriding* também não se confunde com o *distinguishing*.

Já *oreversal* é apenas a reforma da decisão pela corte superior. Ou seja, “a reforma de uma decisão de uma corte *a quo*, feita por uma corte *ad quem*, através de um recurso, dentro de um mesmo processo.”¹⁸²

Dessa forma, Francisco Rosito ressalta que diferentemente do *reversal*, a revogação de um precedente só pode ocorrer por decisão do tribunal que tenha prolatado a decisão que o estabeleceu. Já a decisão *reversed* seria a decisão reformada, ou seja, a reforma da decisão pelo órgão superior, tendo em vista a competência recursal.¹⁸³

Há ainda a técnica de sinalização (*technique of signaling*). Essa técnica tem como principal objetivo a garantia da segurança jurídica e proteção à confiança do jurisdicionado. O tribunal, ao aplicar a técnica de sinalização, reconhece que o precedente está em vias de revogação, que não mais condiz com o ordenamento jurídico. Porém, para não ferir a segurança jurídica, realiza apenas a sinalização de que aquele precedente irá ser revogado, sem realizar, naquela oportunidade, a superação.¹⁸⁴

Assim, técnica de sinalização não se confunde com o *distinguishing* posto que o Tribunal reconhece a perda de consistência do precedente, ou seja, a *ratio decidendi* do precedente não é mais compatível, não merecendo prosperar no ordenamento jurídico. Já o *distinguishing* mantém o precedente, apenas afasta da aplicação para aquele caso específico¹⁸⁵.

Também não se confunde com o *overruling* porque não ocorre a revogação no momento da aplicação, a técnica de sinalização apenas alerta sobre uma futura revogação do precedente:

Não obstante, também sabe a Corte que a revogação do precedente diante das particularidades da situação, estará colocando em risco a segurança

¹⁸²SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.153

¹⁸³ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.308.

¹⁸⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 334.

¹⁸⁵*Ibidem, loc. cit.*

jurídica, mediante a negação da previsibilidade então outorgada à comunidade. Mantém-se o precedente unicamente em virtude da segurança jurídica, da previsibilidade dada aos jurisdicionados e da confiança que o Estado deve tutelar, ainda que não se duvide que a sua manutenção está em desacordo com o ideal de direito prevalente à época.¹⁸⁶

Exposto isso, a revogação é a única técnica que pode ser considerada como exceção à aplicação dos precedentes, "porque todas as demais práticas buscam negar a própria existência do precedente, ou ao menos o seu alcance, tratando-se, portanto de técnicas de evasão de uma orientação determinada a ser aplicada ao caso em julgamento"¹⁸⁷.

3.4 EFEITOS DA ALTERAÇÃO DOS PRECEDENTES

Quando se realiza o *overruling*, os tribunais devem analisar não apenas os fundamentos necessários para a revogação do precedente, como também os efeitos que esta revogação pode ocasionar. É necessário o tribunal verificar se a revogação trará prejuízo para os jurisdicionados por conta da surpresa que pode vir a ocasionar, ainda que a revogação tenha fundamentos racionais para ocorrer. Assim, é possível que se faça o *overruling* de um precedente, atribuindo efeitos prospectivos, visando preservar a segurança jurídica e estabilidade do ordenamento jurídico.¹⁸⁸

3.4.1 Retroativos

Como exposto anteriormente, no *overruling* há o entendimento de que a tese adotada estava errada ou não mais compatível com a evolução dos valores sociais ou do ordenamento jurídico. Assim, via de regra, se entende que a nova *ratio*

¹⁸⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 334

¹⁸⁷ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.305.

¹⁸⁸MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

decidendi deve retroagir para regular não apenas o caso que lhe deu origem, como também os fatos ocorridos anteriormente.¹⁸⁹

A retroatividade de um precedente, se refere à sua aplicação no tempo. A Constituição Federal Brasileira traz, no seu artigo 5º XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Assim, percebe-se que a intenção do legislador foi de preservar as relações sociais, garantindo a segurança jurídica.¹⁹⁰

Portanto, no ordenamento brasileiro, em regra, predomina a eficácia retroativa das decisões judiciais. É importante notar que, de acordo com a separação dos poderes, o poder judiciário tende a regular questões ocorridas no passado, ao contrário do poder legislativo e administrativos que visam a regulamentação de acontecimentos futuros.¹⁹¹

Dessa forma, Francisco Rosito aponta o efeito retroativo das alterações jurisprudenciais como a regra:

Da mesma forma, toda e qualquer alteração jurisprudencial, normalmente, tem efeitos retroativos, porquanto o novo entendimento se aplica, outrossim, a fatos e situações ocorridos no passado. É a chamada *retrospective overruling*, adotada como regra, no direito inglês e no norte-americano, fruto da teoria clássica que concebe o precedente como resultado de uma atividade declaratória do julgador. Ao revogar a orientação, o juiz declara meramente o que preexistia no ordenamento jurídico. Em outras palavras, significa que a revogação opera efeitos *extunc*, de modo que os efeitos da nova orientação podem ser invocados como paradigma de casos que aguardam julgamento. O entendimento inovador passa a regular fatos, os negócios e as relações já ocorridos ao tempo da existência da orientação jurisprudencial até então vigente.¹⁹²

Segundo Marcelo Alves Dias de Souza, a aplicação de efeitos retroativos pode ser: aplicação retroativa pura e aplicação retroativa clássica. Frise-se que as duas se referem à aplicação do novo precedente a casos ocorridos antes e depois de sua criação. A diferença entre a aplicação retroativa pura e clássica encontra-se no alcance que ambas possuem. Enquanto a primeira alcança todas as decisões proferidas pelo tribunal, antes e depois do precedente, a segunda, que é mais

¹⁸⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 419

¹⁹⁰ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.330.

¹⁹¹*Ibidem, loc. cit.*

¹⁹²*Ibidem*, p.330-331.

utilizada, alcança as decisões proferidas antes e depois do novo precedente, porém exclui os casos que já tiverem sentença transitada em julgado e casos de prescrição e decadência¹⁹³.

A aplicação mais utilizada para os casos de novos precedentes é a retroativa clássica, tendo por fundamento a teoria declarativa que sustenta a preexistência do Direito quando da decisão judicial. Entretanto, é imperioso ter o cuidado com a aplicação retroativa para que não venha a ferir o princípio da proteção à confiança e a segurança jurídica.¹⁹⁴¹⁹⁵

3.4.2 Prospectivos

Em contrapartida ao efeito retroativo do precedente, existe também o efeito prospectivo. Este efeito tem como principal fundamento resguardar a confiança aos precedentes judiciais previamente estabelecidos, tendo em vista que aplicar-se-á o precedente apenas para casos posteriores à sua formação.

Desta forma, “a *prospective overruling* é a hipótese em que a revogação tem eficácia *ex nunc*, ou seja, o holding ou a *ratio decidendi* do novo precedente somente se aplica aos casos futuros”¹⁹⁶. Então, esse tipo de *overruling*, não retroagirá no tempo, incidindo sobre fatos ocorridos anteriormente, porém é uma alteração jurisprudencial que incidirá sobre os fatos que ocorrerão no futuro.

Destarte, há situações que precisam que o precedente não retroaja, mas apenas enseje efeitos nas futuras decisões. Isso ocorre, geralmente, quando os tribunais têm como prioridade o resguardo do princípio da proteção à confiança e da

¹⁹³SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.160.

¹⁹⁴*Ibidem*, p.160-161.

¹⁹⁵Os princípios serão melhor abordados em capítulo posterior.

¹⁹⁶ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p.334.

segurança jurídica, principalmente quanto à previsibilidade e estabilidade das relações.¹⁹⁷

Marcelo Alves Dias de Souza divide a aplicação prospectiva do precedente em: aplicação prospectiva pura, clássica e a termo. Na primeira hipótese, a aplicação prospectiva pura, irá se aplicar os efeitos aos fatos que acontecerem após a formação do precedente, não alcançando nem mesmo o caso que gerou o precedente. Já na segunda, os efeitos atingem à todos os casos ocorridos não somente após a formação do precedente, como também ao caso que o originou. E, por último, na aplicação prospectiva a termo o tribunal fixará um momento para que, a partir deste, o precedente comece a produzir seus efeitos.¹⁹⁸

No que se refere à aplicação prospectiva pura, é bastante contraditório não se aplicar o novo precedente ao caso que está sob julgamento, tendo em vista que muitas vezes o próprio caso que originou o precedente não terá sua aplicação. Dessa forma, é difícil conceber que o magistrado, reconhece que a decisão não é justa, mas aplicar-lhe-á mesmo assim. Seria como “admitir que a justiça do caso concreto torne-se a justiça no caso futuro”.¹⁹⁹ Então, no caso da aplicação prospectiva pura, entende-se que a proteção à confiança do jurisdicionado merece maior respaldo que a aplicação do novo precedente. Contudo, isso pode ensejar um desestímulo aos litigantes, evitando esforços para a superação do precedente, tendo em vista que não será beneficiado por tal superação.

A aplicação prospectiva a termo, ou também denominada de *prospective prospective overruling* é uma nova regra, concebida para ser aplicada para casos que ocorrerem após uma determinada data que será determinada pelo tribunal que ensejou o *overruling*.²⁰⁰ Em verdade, neste *prospective prospective overruling* é realizada uma

¹⁹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 419.

¹⁹⁸SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.162

¹⁹⁹ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 339.

²⁰⁰EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Estados Unidos: Harvard University Press, 1991, p. 128. No original: “In some cases, the new rule is made applicable only to transactions that occurs after a designated future date. This variant is sometimes called prospective prospective overruling.”

modulação de efeitos do precedente, sendo inserido a partir de momento definido pelo tribunal.

É importante ressaltar que o *prospective prospective overruling* não se confunde com a técnica de sinalização tratada em tópico anterior. Na técnica de sinalização não ocorre a revogação, o tribunal apenas aponta que esta pode ocorrer para evitar a surpresa aos jurisdicionados, propondo uma futura mudança, que poderá ou não acontecer. Já o *prospective prospective overruling*, há de fato a revogação, apenas os seus efeitos que são projetados para uma data futura.

Contudo, para que haja o *overruling* prospectivo, é necessário que não tenha ocorrido qualquer sinalização de que aquele precedente encontrava-se em vias de revogação, tendo em vista que sendo este o caso, a segurança jurídica já teria sido resguardada²⁰¹. E, por isso, havendo previsibilidade de que o precedente será revogado, deve-se seguir a regra de aplicação do *overruling* retroativo. Deste modo, Luiz Guilherme Marinoni faz uma advertência:

Assim, o uso inadequado do *prospective overruling*, de um lado, torna desnecessária a análise de se a tutela da segurança jurídica e da confiança fundamentam a não retroatividade dos efeitos do *overruling*, e, de outro, constitui obstáculo ao desenvolvimento do direito jurisprudencial. Na verdade, desta forma o direito deixaria de ser visto como algo em permanente construção, negando-se o fundamento que deve estar à base de uma teoria dos precedentes.²⁰²

Assim, a aplicação prospectiva do *overruling* visa um equilíbrio ao ordenamento, de um lado não mais admitir um precedente que encontre-se em descompasso com o ordenamento jurídico ou que seja considerado injusto, e do outro lado, garantir a proteção da confiança aos jurisdicionados.

3.5 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Com tudo o quanto exposto, a fundamentação das decisões judiciais se faz essencial no sistema de precedentes. Observe-se que tanto em sua elaboração,

²⁰¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 420

²⁰²*ibidem*, p. 424

quanto na sua aplicação ou ainda para que enseje a superação, é necessário que o aplicador da norma fundamente de forma clara e precisa a sua decisão.

Na elaboração do precedente, é primordial a fundamentação categórica da decisão judicial na formação da *ratio decidendi*, tendo em vista que aquele caso servirá como paradigma para casos futuros e deverá ser definido de forma clara. Já na aplicação, também será necessária a fundamentação de forma contundente, para que os jurisdicionados consigam compreender porque foi aplicado ou afastado tal precedente.

3.5.1 Princípio constitucional e garantia individual

A independência do Poder Judiciário é uma das garantias de um Estado democrático de Direito. Por esta razão, é necessário garantir que essa atividade jurisdicional não seja arbitrária, porém subordinada ao ordenamento jurídico vigente²⁰³.

A fundamentação é uma garantia prevista no artigo 93, IX da Constituição Federal do Brasil²⁰⁴. Assim, é possível perceber a obrigatoriedade da fundamentação, sendo esta um esclarecimento, a apresentação dos motivos que levam o magistrado a chegar àquela conclusão para determinado caso, em consonância com Rogério Bellentani Zavarize²⁰⁵.

O dever da fundamentação possibilita a garantia da efetividade e, por outro lado, proporciona às partes do processo a possibilidade de identificar se houve imparcialidade do juiz, se a decisão foi provida de legalidade e contraditório, se o

²⁰³ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium editora, 2004, p. 39.

²⁰⁴Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988).

²⁰⁵ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium editora, 2004, p. 39.

devido processo legal foi adotado, dentre outros princípios contidos no ordenamento jurídico, como explana Maria Thereza Gonçalves Pero²⁰⁶.

Rogério Bellentani Zavarize²⁰⁷ considera que a fundamentação prevista na Carta Magna tem natureza jurídica de princípio. Dessarte, não é possível contrariar tal norma em legislação infraconstitucional e, esta é também auto-aplicável, não precisando se valer a normatização posterior para entrar em vigor. Contudo, é necessário destacar que a fundamentação ainda que auto-aplicável, pode ser regulamentada por lei infraconstitucional desde que não seja suprimida, como exemplo os artigos 165 e 459 do Código de Processo Civil²⁰⁸.

Por outro lado, de acordo com Fredie Didier Jr., a motivação das decisões judiciais têm natureza de direito fundamental, justamente por encontrar-se protegido pela Constituição Federal. E, mesmo que não houvesse disposição na Carta Magna não deixaria de ser um direito fundamental, tendo em vista que deriva da garantia do devido processo legal e do Estado de Direito.²⁰⁹

Além de ser um princípio, a fundamentação das decisões judiciais é também uma garantia que tem o objetivo de limitar o poder exercido pelo Estado, para proteger o cidadão. Assim, por ser uma garantia individual, não é possível a sua remoção da Constituição Federal, sendo assim uma cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, §4º da Carta Magna.²¹⁰²¹¹

²⁰⁶PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 59.

²⁰⁷ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium editora, 2004, p. 39.

²⁰⁸Art. 165, CPC. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 459, CPC. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa. (BRASIL. **Código Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973.)

²⁰⁹DIDIER JR., Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em: 24.11.2014.

²¹⁰ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium editora, 2004, p. 44 *et seq.*

²¹¹Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988)

A obrigatoriedade da motivação para o magistrado permite que se assegure a efetividade de princípios como devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, legalidade das decisões, imparcialidade do juiz e ainda o livre convencimento motivado.

3.5.2 Importância

A fundamentação tem um papel tão importante no Direito brasileiro que a Constituição Federal estabelece como consequência para a decisão que não a respeitar, a nulidade do ato.²¹² Ou seja, a fundamentação incide no plano da existência do ato decisório e, por ser inexistente, o ato não alcança o plano da validade ou eficácia.

A fundamentação das decisões judiciais é relevante não apenas para as partes envolvidas no processo, como também para o próprio magistrado e para toda a sociedade. Para os litigantes, aspecto endoprocessual, a principal utilidade da fundamentação seria entender quem obteve êxito no processo. Contudo, a fundamentação também é essencial para que as partes possam compreender se a resposta prolatada pelo Poder Judiciário estava em congruência com o ordenamento jurídico e se foi analisado todos os argumentos trazidos pelas partes em suas teses jurídicas.

Quando há uma fundamentação adequada, as partes conseguem compreender qual a análise feita pelo magistrado, em quais institutos jurídicos ele se pautou e até mesmo se convencer com a tese aduzida na decisão. Assim, é possível que as partes exerçam o contraditório de forma devida e, ainda, decidam, pautado na fundamentação proferida pelo magistrado, se as vias recursais consistem em uma possibilidade consciente.

Deste modo, a fundamentação tem a função de permitir ao sucumbente que compreenda as razões que o impediram do êxito e, ainda assim, se entender ser

²¹²ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium editora, 2004, p. 42.

caso de recurso, permitir que se faça um recurso adequadamente amparado na fundamentação. E, esta fundamentação da decisão permite ainda ao tribunal compreender a decisão do magistrado do primeiro grau.²¹³

No que diz respeito ao aspecto extraprocessual, a fundamentação das decisões não importa apenas para as partes litigantes, mas para toda a sociedade, "como forma de independência, da imparcialidade e da probidade dos membros do Poder Judiciário".²¹⁴ Nesse sentido, Rogério Bellentani Zavarize explica:

Explica-se: a opinião pública - ou a sociedade, cujo conceito é mais amplo - tem o direito de verificar o conteúdo da motivação, no sentido de fiscalizar e se inteirar de como o Poder Judiciário decide. Mas isto não significa controle da decisão. A decisão do Poder Judiciário deve ser respeitada e cumprida, e o que se assegura é a verificação, e não o estabelecimento do seu conteúdo.²¹⁵

Wilson Alves de Souza ressalta a importância da motivação das decisões inserida em um Estado Democrático de Direito. Contudo, adverte sobre a diferença entre o controle da decisão e o controle da decisão proferida. O controle da decisão é o controle exercido pelas partes, dentro do processo, ou seja, apenas para os diretamente interessados. Já o controle da decisão proferida é o controle exercido pela sociedade, com o objetivo de fiscalizar e até mesmo influenciar a decisão para casos futuros. Porém, naquele caso sob julgamento, apenas as partes poderão interferir.²¹⁶

A fundamentação nas decisões judiciais tem importância ainda para o magistrado. Adevida motivação é dever do magistrado, resguardado pela Constituição Federal. Assim, o magistrado fica diretamente adstrito àquela decisão proferida, devendo utilizar-se deste momento não apenas para convencer às partes litigantes, como também convencer a si mesmo do ato decisório.

Assim, apesar de o juiz possuir independência funcional, tendo liberdade para decidir, é necessário que o juiz fundamente como chegou àquela decisão, para que as partes e a sociedade possam fazer o controle, sendo assim, o livre

²¹³MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 288.

²¹⁴ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium editora, 2004, p. 56.

²¹⁵*Ibidem*, p. 58.

²¹⁶SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 198.

convencimento motivado do magistrado. Luiz Guilherme Marinoni ressalta a importância da exposição de razões pelo magistrado:

Em suma, é indubitoso que não basta o juiz estar convencido – cabe-lhe demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer um do povo, já que a sentença deve ser o resultado de raciocínio lógico que assenta no relatório, na fundamentação e no dispositivo. Nessa perspectiva, conclui-se, ainda que a fundamentação é essencial à legitimação da decisão. Não é por outra razão, aliás, que constitui dever do juiz e garantia constitucional do jurisdicionado, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.²¹⁷

Exposto isso, é possível perceber que a fundamentação das decisões é essencial na aplicação da teoria dos precedentes judiciais. Ao aplicar ou afastar um precedente é crucial que se tenha uma fundamentação adequada, tanto para que as partes se convençam do motivo de um determinado precedente se aplicar àquele caso, quanto para a sociedade acompanhar a evolução do precedente, podendo se pautar ou não em um certo comportamento. E ainda, é primordial a fundamentação também para o magistrado, já que este irá construir a *ratio decidendi* do precedente para ser utilizada nos casos futuros por outros magistrados.

Então, não há como haver um sistema de precedentes sem haver fundamentação das decisões. Francisco Rosito chama atenção ainda que esta motivação deve ser adequada e concisa, tendo em vista que apenas a citação de um precedente não é considerado como fundamentação:

Na argumentação jurídica, a aplicação dos precedentes consiste em uma obrigação de justificar racionalmente. em outras palavras, citar os precedentes não significa apenas mencionar o seu conteúdo ou seus argumentos na sentença, no acórdão ou na decisão monocrática, senão apresentar razões materiais que justifiquem a sua referência e a sua adequação, especialmente nos casos de modificação e abandono dos precedentes. Por conseguinte, pode-se dizer que a fundamentação exerce um papel fundamental na teoria dos precedentes, pois é através dela que se assegura a vinculação aos precedentes, assim como às demais fontes normativas, sendo efetivo instrumento de controle para preservar os seus fundamentos jurídicos, quais sejam, a igualdade, a segurança jurídica e boa-fé objetiva na aplicação do direito, além da economia, celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.²¹⁸

Dessa forma, a fundamentação das decisões judiciais está intimamente ligada ao sistema de precedentes. É preciso que a fundamentação seja racional, debruçando-

²¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 288.

²¹⁸ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 316-317.

se sobre as questões formais e materiais do processo para que não venha a se tornar uma decisão arbitrária, devendo ser justa e condizente com os valores da sociedade.²¹⁹

Ressalte-se que o precedente encontra-se na própria fundamentação. Deste modo, não há como conceber um sistema de precedentes em que não haja fundamentação. E, para ser possível extrair a *ratio decidendi* do precedente, é necessário que a fundamentação seja consistente. Então, a mera repetição da letra da lei ou de excertos jurisprudenciais ou doutrinários não satisfazem a fundamentação exigida para a formação de precedente.²²⁰

A decisão precisa expor todas as questões impugnadas pelas partes, sejam elas de fato ou de direito. Ou seja, “é preciso – e exigível – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delinear também, de forma explícita, a tese jurídica adotada” na sua decisão.²²¹

E ainda, como exposto em tópico anterior, para a alteração jurisprudencial, torna-se ainda mais evidente a importância da fundamentação, tendo em vista que estará deixando de aplicar uma posição já seguida no ordenamento jurídico para fazer surgir uma nova.

3.6 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho é responsável por reger não apenas as relações laborais, como também, em uma visão ampla, as relações sociais do ordenamento jurídico pátrio. Este ramo do direito exerce grande influência no âmbito social, visando regular as disparidades existentes em uma relação de trabalho. Assim, a justiça do trabalho relaciona-se diretamente com a sociedade, devendo manter-se alinhada às alterações e progressos ocorridos nesta.

²¹⁹ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional.** 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 317.

²²⁰DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2.** 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.448.

²²¹*Ibidem, loc. cit.*

O Tribunal Superior do Trabalho, como instância máxima em matéria trabalhista, tem o objetivo de regular e resguardar as relações laborais. Por isso, as decisões prolatadas pelo TST são essenciais para orientar os demais tribunais a respeito da interpretação de determinada norma ou ainda, para que o jurisdicionado paute sua conduta consoante com o entendimento que vem sendo seguido.

Desta forma, é imperioso a observância das decisões e entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho pelos demais tribunais e juízes que tratem sobre matéria trabalhista. Mais do que nos demais ramos jurídicos, os precedentes judiciais e as súmulas do TST contam com um alto poder de persuasão, exercendo uma certa obrigatoriedade na sua obediência. Seguindo este entendimento, Tadeu Cincurá de A. S. Sampaio destaca:

A cultura brasileira é conveniente e confusa, pois não há lei prevendo obrigatoriedade de vinculação dos precedentes trabalhistas e Eleitorais, porém há uma cultura de respeito aos precedentes de forma sistematizada na Justiça do Trabalho e Eleitoral. As Súmulas e Resoluções dos Tribunais Superiores do Trabalho e Eleitoral há muito são vinculantes e inquestionáveis pelos Tribunais Regionais e Juízes.²²²

Exposto isso, é possível perceber a importância do Tribunal Superior do Trabalho ao prolatar uma decisão ou editar uma súmula em matéria trabalhista. Ressalte-se que as Súmulas do TST tem o propósito de orientar a interpretação das normas que regulam o direito do trabalho, representando a pacificação da sua jurisprudência.²²³ Destarte, as Súmulas do TST, de forma geral e abstrata, cristalizam um entendimento formado a partir da *ratio decidendi* dos precedentes judiciais seguidos pelo Tribunal.

3.6.1. Funcionamento e Organização

A Justiça do Trabalho, depois da Emenda Constitucional nº 24, de 9.12.1999, passou a ser composta pelos seguintes órgãos: i) O Tribunal Superior do

²²²SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A.S., Novas Tendências do Processo Civil. v.III. In: DIDIER JR., Fredie e outros (org.). **O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: Uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei**. Salvador: JusPodium, 2014, p. 719.

²²³COSTA, Orlando Teixeira da. **Breve Introdução aos precedentes normativos do TST**. São Paulo: Ltr, 1992, p.17.

Trabalho(TST); ii) Tribunais Regionais do Trabalho; iii) Juízes do Trabalho. Assim, no primeiro grau de jurisdição estão as Varas do Trabalho, que antes da EC nº24 eram as compostas por três juízes e se denominavam de Juntas de Conciliação e Julgamento. Já no segundo grau estão os Tribunais Regionais do Trabalho. E, no terceiro grau, encontra-se o Tribunal Superior do Trabalho.²²⁴

O Tribunal Superior do Trabalho, que tem a sua composição definida na Constituição Federal, surgiu em 1946 com o propósito de ser a instância mais alta para solução de conflitos trabalhistas no país. E se incumbem de editar os enunciados das súmulas, quando se tratar de matéria trabalhista e de conflitos postos sob a sua jurisdição, ficando encarregado principalmente por solucionar casos em grau de recurso, uniformizar a jurisprudência e decidir certos litígios originalmente, como assinala Amauri Mascaro Nascimento.²²⁵

De acordo com o artigo 111-A da Constituição Federal, a composição do TST se configura nos seguintes moldes:

Art. 111-A, CF. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior

§ 1º A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho.

No parágrafo primeiro, o artigo dispõe sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho que será regulamentado por lei, assim, atualmente, encontra-se regido pela Lei nº 7.701/88.²²⁶

E ainda, no parágrafo segundo deste mesmo artigo, são elencado os órgãos que deverão, segundo a Constituição Federal, funcionar juntamente ao Tribunal Superior

²²⁴BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2013, p. 139.

²²⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito processual do trabalho**. 28 ed.; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 204.

²²⁶BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2013, p. 139.

do Trabalho, quais sejam, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho.²²⁷

O artigo 96, I, a da Constituição Federal²²⁸ permite aos Tribunais dispor sobre a própria competência e funcionamento em seus Regimentos Internos, desde que condizente com as demais normas previstas no ordenamento. Deste modo, o TST editou o seu Regimento Interno, por meio da RA nº 1.295/2008, que, no seu artigo 58 versa sobre a organização dos Órgão Internos do TST, funcionando de forma plena e dividido em Órgão Especial, Seções e Subseções Especializadas e as Turmas.

No artigo 59 do regulamento interno, há a definição dos órgãos que compõe o Tribunal Superior do Trabalho:

art. 59. São órgãos do Tribunal Superior do Trabalho:

I - Tribunal Pleno;

II - Órgão Especial;

III - Seção Especializada em Dissídios Coletivos;

IV - Seção Especializada em Dissídios Individuais, dividida em duas subseções; e

V - Turmas;

Parágrafo único. São órgãos que funcionam junto ao Tribunal Superior do Trabalho:

I - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT; e

II - Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT.²²⁹

O Tribunal Pleno, que tem como principal função a uniformização da jurisprudência, é composto por todos os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho.²³⁰ E, para que

²²⁷ Art. 111-A, § 2º. Funcionará junto ao Tribunal Superior do Trabalho: I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; II - o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.)

²²⁸ Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.)

²²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução Administrativa nº. 1295/2008**, de 24 de abril de 2008. Dispõe de normas sobre o regimento interno do Superior Tribunal do trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: 22 novembro 2014

haja seu funcionamento, é necessária a presença de pelo menos quatorze Ministros, sendo exigida maioria absoluta para deliberar sobre determinadas matérias, como no caso de aprovação, revisão ou cancelamento de Súmula, que será tratado em tópico posterior.

Jáo Órgão Especial do TST também tem a suas atribuições descritas no Regimento Interno, sendo criado com o propósito de incumbir-se da competência do Tribunal Pleno quando se tratar de matéria administrativa e jurisdicional, ressalvado o que encontra-se resguardado pelo Regimento Interno. Este órgão é composto pelo “Presidente e o Vice-presidente do Tribunal, o Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, os sete Ministros mais antigos, incluindo os membros da direção e os sete Ministros eleitos pelo Tribunal Pleno”.²³¹

A Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC) tem na sua composição o Presidente e Vice-Presidente do Tribunal, o Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho e outros seis Ministros.²³² No tocante à competência, esta seção possui tanto competência originária como recursal, como consta no art. 2º da Lei nº 7.701, de 1988 e no Regimento Interno do TST.²³³

A Seção Especializada em Dissídio Individuais é integrado por vinte e um Ministros, incluindo o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal, o Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho. Esta Seção tem o seu funcionamento tanto de forma plena, quanto se dividindo em duas Subseções.

E, por último, as Turmas são formadas, no mínimo por três Ministros cada uma, necessitando da presença dos três para realização dos julgamentos. No que diz respeito à competência das Turmas, estas estão previstas no Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho:

art. 72. Compete a cada uma das Turmas julgar:

I -os recursos de revista interpostos contra decisão dos Tribunais Regionais do Trabalho, nos casos previstos em lei;

²³⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito processual do trabalho**. 28 ed.; São Paulo: Saraiva, 2013, p.206.

²³¹BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2013, p. 141.

²³²*Ibidem, loc. cit.*

²³³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito processual do trabalho**. 28 ed.; São Paulo: Saraiva, 2013, p.353

II - os agravos de instrumento dos despachos de Presidente de Tribunal Regional que denegarem seguimento a recurso de revista;

III - os agravos e os agravos regimentais interpostos contra despacho exarado em processos de sua competência; e

IV - os recursos ordinários em ação cautelar, quando a competência para julgamento do recurso do processo principal for atribuída à Turma.

Desta maneira, em conformidade com o doutrinador, Amauri Mascaro Nascimento²³⁴, o Tribunal Superior do Trabalho tem a competência para editar os enunciados das súmulas da jurisprudência dominante, aprovando, modificando ou revogando, seja em dissídios individuais (formadas pelos precedentes normativos), seja em dissídios coletivos.

O Tribunal Superior do Trabalho é a última instância especializada em matéria trabalhista. Sendo assim, é de competência desta Corte Superior decidir alguns casos específicos, sejam aqueles os quais lhes cabem originalmente, ou tomar decisões em grau recursal ou ainda, uniformizar a jurisprudência das matérias trabalhistas brasileiras.²³⁵

3.6.2 Precedentes no TST

Os precedentes judiciais são munidos de grande importância para o Direito do Trabalho. Antes mesmo do projeto do novo Código de Processo Civil, na seara trabalhista os precedentes já fazem parte do cotidiano jurisdicional, chegando a ter, em alguns momentos, maior influência do que a legislação positivada propriamente dita.

As Súmulas e Orientações Jurisprudenciais editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho muitas vezes, funcionam como se lei o fossem, conferindo interpretações para as normas escritas, ou ainda, tomando posicionamentos contrários às leis que não mais estão em compatibilidade com a sociedade. Apesar das súmulas não serem precedente judiciais, estas cristalizam a *ratio decidende* diversas decisões no mesmo sentido, através de textos com caráter sintéticos, gerais e abstratos. Isso

²³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito processual do trabalho**. 28 ed.; São Paulo: Saraiva, 2013, p.352.

²³⁵ *Ibidem, loc. cit.*

ocorre, principalmente pela Consolidação das Leis do Trabalho ser muito antiga, sancionada em 1943, o que enseja esse descompasso com a realidade social atual, necessitando de regulamentação extraordinária.

Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite evidencia a importância das fontes formais indiretas no direito processual trabalhista:

No que concerne às fontes formais indiretas, não há de negar que a doutrina e a jurisprudência cumprem importante papel na interpretação do Direito Processual do Trabalho. A doutrina fornece o substrato teórico para a boa hermenêutica, o que exige do interprete do direito uma formação educativa continuada, sendo de extrema importância para o profissional e o estudioso da área trabalhista conhecer os verbetes jurisprudenciais (Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes) do TST, que têm a finalidade de uniformizar a jurisprudência sobre a interpretação e aplicação de normas de direito processual do trabalho.²³⁶

A jurisprudência é uma fonte formal indireta do direito, fazendo parte dos meios utilizados pelos magistrados para proferir sua decisão. Desta forma, apesar do Brasil ser filiado a um sistema de tradição *civil law*, como abordado em capítulo anterior, não é possível a obediência apenas à lei, é necessário a análise da interpretação de determinada norma positivada ao ordenamento jurídico como um todo.

No âmbito trabalhista, é de extrema necessidade o respeito, não apenas à legislação como também ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, a própria CLT, em seu artigo 8º²³⁷, admite a jurisprudência como fonte indireta do Direito trabalhista, segundo Maurício Godinho Delgado:

Essas orientações jurisprudenciais – e dezenas de outras-, embora não filiadas ao princípio estrito da reserva legal (se interpretado rigidamente esse princípio, é claro), têm inquestionável força jurídica (e jurídica). Note-se que no Direito do Trabalho a própria legislação já cuidou de enfatizar a jurisprudência como fonte normativa – ao menos supletiva, é verdade (art. 8, CLT). Não obstante seu papel vá além de simples fonte subsidiária do Direito, houve, de qualquer modo, neste ramo jurídico, um acolhimento expresse- ainda que parcial – de tese classificatória proposta pela vertente moderna.²³⁸

²³⁶BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2013, p. 50.

²³⁷Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Senado, 1943.)

²³⁸DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: Ltr, 2014, p. 170.

Deste modo, é possível notar que no Direito do Trabalho, a jurisprudência tem um papel ainda mais incisivo do que nos outros ramos do direito, por isso a importância da aplicação do estudo dos precedentes no processo trabalhista. Inclusive, é essencial o estudo não apenas dos entendimentos consubstanciados em súmulas do TST, como também de suas alterações e as implicações que estas ensejam aos jurisdicionados.

Assim, após as observações feitas, torna-se necessário estudar a alteração do entendimento jurisprudencial cristalizado nas súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Na própria ideia de jurisprudência, já se percebe que não é possível a existência de imutabilidade, já que se deve acompanhar a evolução da sociedade ao longo do tempo.

Desta forma, far-se-á a aplicação da técnica de *overruling*, descrita em tópico anterior, também nas súmulas do TST, justamente com o objetivo de impossibilitar a manutenção de orientações equivocadas, injustas ou incompatíveis com a sociedade. Ou seja, ainda que tenha sido editada uma súmula a respeito de certa matéria, não é justificativa para perpetuar uma concepção errada ou superada pelos próprios tribunais. Portanto, apesar de a súmula não se equiparar ao precedente, ela constitui a cristalização da *ratio decidendi*. Assim, é possível a utilização da técnica de superação também na súmula, aplicando o *overruling*, podendo ensejar a alteração da súmula, ou mesmo o seu cancelamento.

No Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho, em seu capítulo II, que abrange os artigos 159 a 166, trata-se sobre a edição de súmulas. Especificamente no artigo 160²³⁹ da citada norma, se estabelece que a jurisprudência dominante do tribunal será consolidada em súmula. Então, veja que este regimento interno versa justamente sobre o que foi abordado em capítulo anterior a respeito da formação da súmula através da consolidação da jurisprudência.

²³⁹ Art. 160. Para efeito do disposto nos arts. 894, II, e 896, "a" e "b", e §§ 3º., 4º., 5º. e 6º., da Consolidação das Leis do Trabalho, será consubstanciada em Súmula a jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução Administrativa nº. 1295/2008**, de 24 de abril de 2008. Dispõe de normas sobre o regimento interno do Superior Tribunal do trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: 22 novembro 2014)

Apesar de bastante presente em nosso ordenamento, deve haver um cuidado ao elaborar as súmulas, já que, estas servirão de direcionamento para os demais magistrados trabalhistas e ainda, para os jurisdicionados que pautarão sua conduta de acordo com o posicionamento proferido na súmula. Sendo assim, o Regimento Interno do TST, no artigo 165²⁴⁰, demonstra um grande cuidado para que não sejam elaboradas súmulas que não condizem com as diretrizes do Tribunal, fixando requisitos, se pautando principalmente na certificação que se trata de um entendimento uniformizado pelo Tribunal.

E ainda, no que se refere à alteração das súmulas, ou seja, para edição, revisão ou cancelamento também é necessário seguir os requisitos expostos no artigo 166 do Regulamento Interno²⁴¹, quais sejam, a aprovação por maioria absoluta dos membros do Tribunal Pleno. Deste modo, para que haja o *overruling* de algum entendimento sumulado do TST, é necessário a aprovação por maioria absoluta do Tribunal Pleno do TST.

Exposto isso, é possível notar a cautela que o legislador teve ao elaborar o Regimento Interno do TST para que não houvesse mudanças de formas aleatórias

²⁴⁰Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos: I- três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão; II- cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão; III- quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou IV- dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples. § 1º. Os acórdãos catalogados para fim de edição de Súmula deverão ser de relatores diversos, proferidos em sessões distintas. § 2º. Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou Confederação Sindical, de âmbito nacional, suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação, pelo Tribunal Pleno, de proposta de edição de Súmula. Nesse caso, serão dispensados os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, e deliberada, preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução Administrativa nº. 1295/2008**, de 24 de abril de 2008. Dispõe de normas sobre o regimento interno do Superior Tribunal do trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: 22 novembro 2014)

²⁴¹Art. 166. A edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução Administrativa nº. 1295/2008**, de 24 de abril de 2008. Dispõe de normas sobre o regimento interno do Superior Tribunal do trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: 22 novembro 2014)

ou sem que demonstrassem a jurisprudência uniformizada. Como o Tribunal Superior do Trabalho é o responsável pela uniformização da jurisprudência trabalhista, é essencial o respeito à esses requisitos, para que, justamente não haja deturpações do uso da Súmula, um instituto tão importante e presente no Direito do Trabalho.

4. SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

4.1 SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A segurança jurídica é um princípio basilar do ordenamento jurídico de qualquer Estado Democrático de Direito. Sem a segurança, não há como um ordenamento existir, já que o cidadão não se subordinará a um sistema em que não há um mínimo de previsibilidade e expectativa para que possa conformar seu comportamento.

A segurança jurídica é uma forma de reduzir a incerteza do futuro, pautando-se na expectativa de que os atos consolidados e previstos no presente, serão protegidos também no futuro. É o alicerce para a constituição do Estado de Direito, tendo como objetivo a proteção dos indivíduos e do bem comum da sociedade.²⁴²

De acordo com Francisco Rosito, o Direito tomou para si o papel que antes era da religião, garantindo a estabilidade das expectativas de comportamento dos cidadãos, visando que seus destinatários consigam prever as consequências de suas próprias condutas ou de terceiros. Assim, para que o Estado de Direito seja concretizado, é necessário o respeito aos direitos fundamentais e às liberdades que são consagradas através da segurança jurídica.²⁴³

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a segurança jurídica, além de ser um elemento essencial de um Estado de Direito, se constrói em torno da previsibilidade e da estabilidade, como se infere abaixo:

O princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do estado de direito relativamente a actos normativos. As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade,

²⁴²ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional.** 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 139.

²⁴³*Ibidem, loc. cit.*

por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.²⁴⁴

Exposto isso, a segurança jurídica se configura como essencial não apenas para o sistema de precedentes, mas para o exercício do direito como um todo. É a segurança jurídica que irá regular o ordenamento jurídico recaindo sobre toda a sociedade. Esta preocupação em zelar pela segurança jurídica no sistema foi estampada no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro²⁴⁵, além de ser contemplada no art. 5º *caput* da Constituição Federal.

De acordo com Dirley da Cunha Júnior²⁴⁶, a segurança jurídica resta consagrada como mais uma garantia fundamental, a qual resguarda a “estabilidade das relações jurídicas já constituídas” e impõe a antecipação das consequências de decisões que interferirão em todo e qualquer direito dos cidadãos brasileiros.

Assim, fica evidente a intenção do legislador em considerar a segurança jurídica não apenas um princípio regulador do ordenamento jurídico, mas também, como um direito fundamental, elencado no mesmo artigo de proteção à vida, liberdade, igualdade e à propriedade.²⁴⁷

No tocante à natureza da segurança jurídica, Humberto Ávila define como norma de espécie norma-princípio, tendo em vista que “pelo exame de sua estrutura e das suas partes constituintes, verifica-se que ela determina a proteção de um ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos”.²⁴⁸

²⁴⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.

²⁴⁵É o que se extrai da exposição de motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil: “O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.” (BRASIL, Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.)

²⁴⁶CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 717.

²⁴⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119

²⁴⁸ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255-256.

Ressalte-se que o artigo 5ºXXXVI da Constituição Federal²⁴⁹ visa proteger as relações jurídicas consolidadas no passado, de modo que, nenhum ato proferido pelo Estado brasileiro poderá atingir situações consolidada no passado. Entretanto, é importante ressaltar que a segurança jurídica deve ser resguardada não apenas nas relações que se referem ao passado mas também à estabilidade no presente e no futuro.²⁵⁰

Daí porque, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira consideram a mínima segurança jurídica como um “princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente.”²⁵¹

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni²⁵² considera a segurança jurídica fundamental para um “Estado de Direito”, a qual irá preservar a continuidade da ordem jurídica, garantindo a estabilidade e previsibilidade do resultado de determinado comportamento.

Portanto, a segurança jurídica é essencial para o Estado, sendo, por esta razão, consagrada como Direito Fundamental, e conseqüentemente, se configura como um mínimo necessário de previsibilidade que se deve garantir para o sistema jurídico.²⁵³

É importante perceber que a segurança jurídica não é uma garantia somente para os litigantes de um processo judicial. Existe o interesse público em resguardar algum grau de estabilidade e previsibilidade visto que a segurança jurídica é essencial para o desenvolvimento econômico de um país, de acordo com Lênio Mercês Sampaio²⁵⁴. Dessa forma, é recomendável que os atores sociais (pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito privado e entes estatais) tenham um mínimo de previsibilidade

²⁴⁹Art. 5º XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.)

²⁵⁰DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.446.

²⁵¹*Ibidem*, p.447.

²⁵²MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 118 *et seq.*

²⁵³OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Segurança jurídica e proteção à confiança**. Os constitucionalistas. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/seguranca-juridica-e-protacao-a-confianca> Acesso em: 29 abr 2014.

²⁵⁴SAMPAIO, LênioMércês. **A valorização dos precedentes judiciais**. Salvador: Revista da Procuradoria do Instituto Federal Baiano. Ano 4, nº 2013, p. 15

sobre as decisões do Poder Judiciário para que possam condicionar a sua conduta de acordo com o desejável.

Luiz Guilherme Marinoni destaca a existência de dois aspectos essenciais para a consagração da segurança jurídica:

Não obstante, para que a ideia de segurança jurídica não se perca em uma extrema generalidade, convém discriminar dois elementos imprescindíveis à sua caracterização. Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissociavelmente ligados.²⁵⁵

É importante ressaltar ainda a necessidade de obter a estabilidade. O ordenamento jurídico deve ser estável, tanto nas decisões do poder judiciário, ou seja, no momento de aplicação da norma, como também no momento da elaboração das normas, ou seja, no poder legislativo.²⁵⁶²⁵⁷

Humberto Ávila²⁵⁸ faz ainda, uma análise acerca do aspecto material da segurança jurídica, entendendo que este possui um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. O primeiro, a cognoscibilidade contrapõe-se à determinação. Em um sistema jurídico, não há como as normas definirem completamente o significado das situações jurídicas, visto que, é necessário que se faça uma interpretação da norma para aplicação ao caso. Deste modo, os conceitos trazidos pelas normas devem apresentar um núcleo de significação, ou seja, uma margem de certeza sobre a sua interpretação. Porém, ainda assim, sempre haverá margens de

²⁵⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 120

²⁵⁶*Ibidem*, p. 121

²⁵⁷Este entendimento fica evidenciado ainda no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: “A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável” (BRASIL, Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.)

²⁵⁸ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 256 *et seq.*

indeterminação, que deverão ser delimitadas pela doutrina ou jurisprudência na medida em que for se aplicando as normas. Para uma maior compreensão, deve-se analisar trecho em que Humberto Ávila faz contraposição entre a cognoscibilidade e a determinação:

As razões normativas que conduzem à cognoscibilidade concernem a normas jurídicas que, de algum modo, se contrapõem à determinação: a regra de legalidade deve ser conjugada com vários princípios, como o democrático e o da separação de Poderes, que pressupõem uma margem limitada de configuração ao Poder Executivo, exigindo que o Poder Legislativo estabeleça os padrões normativos sem adentrar em aspectos técnicos de competência de órgãos administrativos. Deve-se adotar, portanto, o conceito de cognoscibilidade, como capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e de critérios indispensáveis à sua concretização, no lugar do de determinação, como a capacidade de conhecer um único sentido normativo prévio. Enfim, como pontifica Grau, 'não existem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados de uma linha de montagem, para os problemas jurídicos'.²⁵⁹

Já a confiabilidade confronta a imutabilidade no sistema jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 assegura o Estado Social de Direito e, com isso, tem o objetivo de proporcionar o avanço social, através de mudanças para cumprir a função planificadora e indutora da sociedade. Contudo, ao mesmo tempo que é necessário que o direito evolua junto com a sociedade, é imprescindível resguardar a estabilidade, pois, o Estado tem como escopo dar continuidade às normas para que acompanhe as mudanças sociais e, ao mesmo tempo, consiga garanta a estabilidade.²⁶⁰

E, por último, a segurança jurídica é munida de calculabilidade no lugar da previsibilidade absoluta. Como será demonstrado em tópico posterior, a previsibilidade é fundamental para garantir a segurança jurídica. Entretanto, é utópico acreditar na possibilidade de antecipação de todos os conteúdos e consequências das normas. Assim, a calculabilidade tem como objetivo a previsibilidade do espectro de consequências que o jurisdicionado pode vir a ter, para não haver surpresa, ainda que não se tenha uma única resposta.²⁶¹

²⁵⁹ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 257 *apud* GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p.36.

²⁶⁰*Ibidem, loc. cit.*

²⁶¹*Ibidem, p. 258.*

Portanto, a segurança jurídica presume um certo grau de certeza ao cidadão para que este tanto possa moldar o seu comportamento segundo as normas vigente, quanto garantir a proteção dos seus direitos e liberdades em relação às condutas realizada pelo Estado.

4.2 ELEMENTOS INTRÍNSECOS DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica possui dois principais elementos intrínsecos, ou seja, que são indispensáveis para a sua determinação: a previsibilidade e a estabilidade. Estes dois elementos são formas de concretização do princípio da segurança jurídica, e, por isso, devem estar presentes em todo e qualquer ordenamento jurídico.

De maneira geral, a previsibilidade possibilita que o sujeito possa pautar sua conduta em leis ou entendimentos jurisprudenciais já existente. Assim, este primeiro elemento se refere ao que se espera do ordenamento. Já a estabilidade, reporta-se à manutenção das normas jurídicas ao longo do tempo, ou seja, uma constância no sistema jurídico.

4.2.1 Previsibilidade

O primeiro ponto para se garantir a segurança jurídica é a previsibilidade. Para promover a previsibilidade é necessário que o cidadão compreenda as normas do ordenamento jurídico aplicáveis àquele caso e confie nos aplicadores do direito, segundo Luiz Guilherme Marinoni²⁶². No entanto, é notável que o conhecimento de todo o universo de normas que podem ser aplicadas ao caso concreto é inviável. Portanto, em verdade, deve-se priorizar a previsibilidade das decisões tomadas pelo Poder judiciário, em detrimento do conhecimento de todas as leis que se relacionem ao caso.

²⁶²MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 121 *et seq.*

De forma mais concisa, Humberto Ávila²⁶³ define a previsibilidade como a “certeza absoluta”, que seria justamente a proteção conferida ao cidadão de antecipar os efeitos de sua conduta. Sendo assim, o particular poderá saber, antes mesmo de executar qualquer ato, as consequências jurídicas inseridas naquela ação. A previsibilidade se relaciona ainda com a calculabilidade, entendendo ser esta última, a aptidão de o particular prever, em vasta medida, as limitações impostas pelo Estado sobre suas ações. Assim, será possível compreender os limites da discricionariedade para o Poder Público.

De acordo com Tiago Asfor Rocha Lima, “a previsibilidade da tutela judicial a ser prestada é o direito que o jurisdicionado possui de não ser surpreendido (...)”²⁶⁴. Observe-se que a previsibilidade que está sendo abordada é a que se refere à interpretação e aplicação das normas pelo Poder Judiciário, ou seja, das decisões judiciais.

A previsibilidade em um sistema jurídico importa na observância às decisões que já foram proferidas, isto é, quando houver casos semelhantes às decisões já proferidas anteriormente, deve-se seguir o mesmo entendimento. Nesse sentido, Marcelo Alves Dias de Souza:

[...] O conhecimento da existência de um precedente torna previsível qual será a solução aplicada ao caso na hipótese de acontecer alguma querela judicial. Assim, desde logo, os indivíduos e as pessoas jurídicas podem melhor ordenar suas condutas e seus negócios, e os advogados, em sendo o caso, podem antecipadamente aconselhar seus clientes, pois já há uma previsão de como as questões seriam resolvidas judicialmente.²⁶⁵

Deste modo, é importante que haja a previsibilidade nas decisões judiciais, porém, esta deve seguir sempre em paralelo ao desenvolvimento do direito. A previsibilidade não pode ser tão restrita ao ponto de atrapalhar a evolução do direito. É necessário que esses dois institutos estejam atrelados.²⁶⁶

²⁶³ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica **Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 131 *et seq.*

²⁶⁴LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182.

²⁶⁵SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007, p.300.

²⁶⁶*Ibidem*, p.299.

O sistema de precedentes judiciais confere maior previsibilidade para o ordenamento jurídico, tendo em vista que não apenas magistrado, como a sociedade de uma forma geral, se pautará no precedente consagrado anteriormente, já restando definido o posicionamento do tribunal. Já no sistema clássico *civil law*, a busca pela previsibilidade se torna muito mais árdua, posto que determinada lei poderá ter diferentes interpretações de acordo com a análise que cada magistrado poderá fazer. Entretanto, o que realmente importa em um sistema jurídico não são as normas puras e abstratas, mas a interpretação que lhe é conferida, ou seja, a decisão judicial.²⁶⁷

No sistema de precedentes a previsibilidade têm o papel de orientar o cidadão sobre como deve pautar a sua conduta, levando em conta os precedentes judiciais já consagrados na jurisprudência. Desta forma, os jurisdicionados deverão ter conhecimento dos precedentes que se encontram em vigência previamente à realização dos seus atos.²⁶⁸

Assim, percebe-se que, para o cidadão, torna-se muito menos viável prever quais comportamentos serão adotados por terceiros ou no qual poderá se pautar quando se trata de um sistema jurídico de *civil law*. Porém, é possível que haja no sistema uma univocidade de interpretação das normas, o que poderá aproximar o sistema da previsibilidade. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni faz uma crítica ao sistema clássico de direito positivado:

Curioso é que o direito legislado, ao contrário de constituir um pressuposto, representa um obstáculo para a segurança jurídica. Isso se dá não apenas em razão da hiperinflação legislativa ou em virtude de ser impossível o pleno conhecimento das regras legais, mas substancialmente porque o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito.

É necessário ainda que o sistema jurídico tenha eficácia em permitir a previsibilidade. E, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não detém essa previsibilidade de forma eficaz, tendo em vista que casos análogos ainda são

²⁶⁷MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123

²⁶⁸ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 150.

decididos de formas desigual²⁶⁹. Contudo é possível notar um esforço, principalmente em matéria trabalhista, empreendido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em regular a interpretação das normas positivadas, editando súmulas e Orientações Jurisprudenciais para que os Tribunais e juízes possam seguir o mesmo posicionamento.

Dessa forma, para que o Estado consiga alcançar a segurança jurídica, é preciso zelar pela confiança do jurisdicionado, justamente para proporcionar a previsibilidade. A confiança é um pressuposto da previsibilidade, tendo em vista que é preciso confiar para conseguir prever.²⁷⁰ O jurisdicionado precisa saber quais os comportamentos desejados pelo ordenamento jurídico para que possa condicionar a sua conduta. É necessário ressaltar que o conhecimento das normas escritas e princípios não é o bastante para ensejar a segurança jurídica, já que o que irá proporcionar a previsibilidade e estabilidade são as decisões judiciais, o mérito do *decisum*.²⁷¹

O fundamento mais relevante para se adotar a teoria dos precedentes judiciais é a segurança jurídica conferida ao sistema jurídico. Observe que, ao serem proferidas duas decisões diferentes para casos similares, ocasiona uma enorme insegurança para o direito e para a sociedade, ocorrendo assim, o que se denomina de “loteria judiciária”²⁷².

Seguindo este entendimento, Thiago Asfor Rocha Lima elenca os principais pontos prejudicados pela existência de divergência jurisprudencial no ordenamento jurídico, da seguinte forma:

A divergência jurisprudencial é prejudicial a todos: i) ao bom profissional do Direito, que quando precisar aconselhar um amigo, um cliente, um componente familiar ou mesmo lecionar um tema, não estará de um todo seguro de sua opinião, já que a qualquer tempo os tribunais podem expressar entendimento diferente sobre aquele assunto; ii) ao cidadão comum, mais ainda, pois leigo na Ciência do Direito, certamente não compreenderá a falta de compromisso da magistratura para com a

²⁶⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 125

²⁷⁰*Ibidem*, p. 134 *et seq.*

²⁷¹LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

²⁷²ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 149 *et seq.*

uniformidade de tratamento das questões assemelhadas; e iii) ao Judiciário, que despertará descrença e suspeitas de tratamento anti-isonômico em desfavor dos desafortunados.²⁷³

E ainda, na seara processual, quando o cidadão conhece previamente as consequências de seus atos, conseguirá prever o resultado de uma possível demanda, ingressando no Poder Judiciário apenas quando vislumbrar alguma possibilidade sair vencedor. Deste modo, no sistema de precedentes judiciais, existe uma otimização da prestação jurisdicional oferecida pelo Estado, reduzindo tanto a duração dos processos quanto a quantidade de demandas.²⁷⁴

Exposto isso, é imperioso perceber que a ausência de previsibilidade pode se voltar contra o próprio sistema jurídico, acabando por estimular a propositura de ações, acréscimo de litigiosidade (tendo em vista que não se sabe qual resultado irá se obter), o acúmulo da quantidade de ações no judiciário e, conseqüentemente, uma enorme morosidade no Poder Judiciário. Assim, acaba por gerar o descredito do Poder Judiciário pela sociedade.²⁷⁵

4.2.2 Estabilidade

O segundo ponto garantidor da segurança jurídica é a estabilidade. Em consonância com Luiz Guilherme Marinoni²⁷⁶, um ordenamento jurídico necessita ter continuidade, se preservar como um Estado de Direito. Observe que esta estabilidade não é garantida apenas através da continuidade do direito positivado. É imperioso a continuidade no âmbito das decisões judiciais, aplicando-se o respeito aos precedentes.

No sistema de precedentes, a estabilidade tem o papel de possibilitar que as decisões formadoras de orientação jurisprudencial perdurem no tempo,

²⁷³LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

²⁷⁴ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 152.

²⁷⁵MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123

²⁷⁶*Ibidem*, p 127 *et seq.*

consagrando-se como paradigmas a serem seguidos pelos jurisdicionados. Assim, como visto em capítulo anterior, só deve haver a mudança dessa pauta de conduta quando houver fundamento relevante o bastante, que justifique a mudança. E, essa estabilidade permitirá que o jurisdicionado se sinta seguro sobre seus direitos e deveres.²⁷⁷

Marcelo Alves Dias de Souza reconhece a estabilidade como a primeira vantagem na adoção da teria dos precedentes judiciais. E, afirma que a instabilidade já está inserida atualmente no ordenamento jurídicobrasileiro, umas vez que as decisões distintas para casos similares. Desta forma, a adoção do sistema de precedentes judiciais pelo Direito brasileiro poderá contribuir no acréscimo da estabilidade para o sistema jurídico, além de aumentar a confiança do cidadão.²⁷⁸

De acordo com Tiago Asfor Rocha Lima, a estabilidade “é sinônimo de segurança, continuidade, duração prolongada.”²⁷⁹ Isso posto, revela que a estabilidade é a manutenção das decisões na forma que foram consagradas na jurisprudência, sem mudanças repentinas, visando a proteção à segurança jurídica no Estado de Direito.

Em um sistema jurídico *civil law*, as normas positivadas geralmente tem uma ampla longevidade, perdurando por anos. Nesses mesmos moldes, a norma jurídica proferida nas decisões também deve ser munida de continuidade, apenas devendo ser alterada quando houver justo motivo, como demonstrado no capítulo terceiro ao se tratar da revogação. Então, deverá se ponderar a estabilidade do sistema com o desenvolvimento do Direito, não devendo nunca ser argumento para perpetuar injustiças.²⁸⁰

Por mais que o sistemado *civil law* confira uma certa estabilidade na legislação, visto que se tratar de normas positivadas, é importante garantir a estabilidade na interpretação que é conferida às decisões judiciais. Os magistrados são responsáveis pelas decisões que proferem, por se tratarem de atos de poder. Assim,

²⁷⁷ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional.** 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 149

²⁷⁸SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá, 2007, p.299.

²⁷⁹LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação.** Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

²⁸⁰*Ibidem, loc. cit.*

é fundamental que observem tanto as decisões que estes proferiram no passado quanto as decisões que foram proferidas por tribunais hierarquicamente superiores.²⁸¹

O magistrado faz parte de um sistema jurídico, e, enquanto sistema, é imprescindível que haja também estabilidade das decisões judiciais. Isto é, não pode um juiz decidir apenas baseado nas suas próprias decisões, sem visualizar as decisões dos outros tribunais, faz-se necessário a compreensão da globalidade do sistema.²⁸²

Já Humberto Ávila entende a estabilidade como a “proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade”²⁸³. Ou seja, a confiabilidade de que o judiciário protegerá as legítimas expectativas criadas pelo sistema e assegurará as “mudanças estáveis”. Sendo assim, para garantir a estabilidade, também deve-se ter um tratamento isonômico em casos que sejam semelhantes.

Deste modo, a estabilidade é um elemento indispensável para a configuração da segurança jurídica. A manutenção das normas em vigor são importantes pois um sistema caracterizado por constantes mudanças não é capaz de conquistar a confiança do jurisdicionado. E, ao mesmo tempo, como já foi tratado, o sistema jurídico também não poderá ficar completamente imutável, sendo necessário um proporcionalidade entre a estabilidade e o desenvolvimento do direito.

²⁸¹MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 127 *et seq.*

²⁸²“Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se vêem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p 127 *et seq.*)

²⁸³ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 130.

4.3. PRINCIPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A confiança é indispensável para qualquer sistema jurídico. É inviável a construção de uma sociedade sem que haja confiança. É a confiança que irá proporcionar que a sociedade tenha conhecimento das consequências de seu comportamento, reduzindo assim o risco quanto a incertezas e aumentando o “sentimento de segurança que é garantido internamente.”²⁸⁴

A confiança é o que possibilita a atuação estatal diante da liberdade do cidadão. E, é justamente o cidadão que o princípio da proteção da confiança visa proteger, tutelando seus interesses individuais e a legítima expectativa criada a partir da confiança depositada ao Estado.²⁸⁵

Apreciação do nível de confiança que um sujeito deposita no Estado, ocorre de acordo com cada situação concreta, podendo ser exigido para a concretização desta relação níveis diferenciados e, ocasionalmente, mais intensos de segurança jurídica.²⁸⁶

Assim, a confiança se insere como “um mecanismo de estabilização de expectativas”²⁸⁷, tendo em vista que o cidadão constrói um núcleo de consequências para seus atos, podendo moldar seu comportamento de acordo com possibilidades futuras. É preciso notar que não há como ter uma certeza absoluta do futuro, sempre haverá margens de incertezas, porém, subsistindo confiança, essas margens serão reduzidas.²⁸⁸²⁸⁹

²⁸⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009, p. 12.

²⁸⁵ COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.3. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 391-415.

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. 2.ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 85-129.

²⁸⁷ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009, p. 13.

²⁸⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁸⁹ “Reduzindo a hesitação nas relações sociais, a confiança atua como um mecanismo protetor hábil a evitar o caos e a desordem. Serve para conter a insegurança por meio da filtragem e organização do grandioso volume de informação complexa que recebemos. A confiança de uma pessoa na concretização das suas próprias expectativas é, portanto, um fator elementar da vida social. Ela é

A confiança é a dimensão subjetiva do princípio da proteção à confiança. Deste modo, esta se projeta através dos atos praticados pelos cidadãos que demonstram a legítima expectativa depositada na continuidade dos atos proferidos pelo Estado.²⁹⁰

Desta forma, a confiança se dá com a delegação do comando de determinados atos para um terceiro a quem está depositando a confiança, havendo assim uma relação de cooperação²⁹¹. Essa cooperação importa para toda a sociedade, visto que ao depositar a confiança no Estado, os cidadãos têm uma maior segurança para confiar uns nos outros.

O princípio da proteção da confiança se insere na dimensão social do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, o reflexo das decisões proferidas pelo Poder Judiciário para o cidadão. Com a constitucionalização do direito foi surgindo a necessidade de se tutelar, não apenas as normas e fontes das condutas como também os efeitos que estas ocasionam na sociedade.²⁹²

4.3.1 Segurança Jurídica X Princípio da proteção da confiança

O princípio da segurança jurídica tem como subprincípio o princípio da proteção da confiança. É ainda fundamento do Estado de direito²⁹³. Este último não está

alcançada pela existência de expectativas recíprocas. Com ela, o passado se estende para o futuro e o potencial de modificação inesperada das relações sociais é reduzido, o que torna possível o convívio entre os seres humanos.” (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009, p. 13.)

²⁹⁰COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.3. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 391-415.

²⁹¹ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009, p. 114 *et seq.*

²⁹²SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 88.

²⁹³“[...] Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.[...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Federal. Mandado de Segurança n 22.325. Impetrante: Rita Gonçalves Marques Portella Ferreira. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 1.ago.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2008237>>. Acesso em: 25 mar. 2014.)

presente expressamente na Constituição Federal brasileira, porém se entende que decorre do §2º do art. 5º da CF/88²⁹⁴.

Seguindo o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de Direito²⁹⁵. Assim, considera que a segurança jurídica representaria os elementos objetivos da ordem jurídica, enquanto a proteção da confiança seus elementos subjetivos, como se infere dos seus ensinamentos:

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto' de 'qualquer poder' – legislativo, executivo e judicial.²⁹⁶

Deste modo, o autor traduz a necessidade dos cidadãos de confiarem no sistema jurídico, quer seja nas normas escritas, quer seja nas decisões relativas à seus direitos.²⁹⁷

²⁹⁴ Art. 5º, § 2º CF - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.)

²⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.

²⁹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

²⁹⁷ Almiro Couto e Silva compartilha deste mesmo entendimento sobre o princípio da protecção da confiança ser um viés subjetivo do princípio da segurança jurídica: "A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à protecção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal protecção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a constituição de 1988, no artigo 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza subjetiva, concerne à protecção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação." (COUTO E SILVA, Almiro do. **Princípio da Segurança Jurídica (Protecção à Confiança)** no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº

Apesar da doutrina e jurisprudência costumeiramente considerar a existência de dois princípios distintos, em verdade, o princípio da proteção da confiança nada mais é do que o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica. Esse aspecto subjetivo refere-se às limitações ao Estado em seu poder de alterar seus atos e decisões, podendo ocasionar ainda consequências patrimoniais, já que a confiança do jurisdicionado naquela norma que fora modificada.²⁹⁸

É importante frisar que o princípio da proteção da confiança destina-se a proteger a confiança gerada no cidadão justamente por se considerar que os atos emanados pelo Poder Público gozam de presunção e aparência de legitimidade, levando o jurisdicionado a acreditar na perpetuação daquele entendimento já sedimentado pelo tribunal.²⁹⁹

Segundo Fredie Didier Jr.³⁰⁰, o princípio da confiança é uma “faceta particular da segurança”, é a dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica. Ou seja, o princípio da confiança é a tutela da segurança jurídica a um determinado sujeito, é uma forma de proteção de direitos individuais perante o Estado ou quem quer que esteja no exercício do poder.

Nesse sentido, Humberto Ávila explica as diferenças entre o princípio da proteção da confiança e o princípio da segurança jurídica através de cinco principais critérios: âmbito normativo, âmbito pessoal, nível de concretização, amplitude subjetiva de proteção e protetividade individual.

No primeiro aspecto, o âmbito normativo, a diferença consiste pelo fato da segurança jurídica fazer parte do âmbito macrojurídico, pautada no respeito ao ordenamento jurídico de uma forma geral, enquanto o princípio da confiança refere-se à perspectiva normativa do ordenamento jurídico, ou seja, um âmbito microjurídico. Já o segundo aspecto, o âmbito pessoal, diz respeito à incidência da norma. Desta forma, o princípio da segurança jurídica visa tutelar a norma objetiva, isto é, a

9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 237, jul.set. 2004. p. 271-315.)

²⁹⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 237, jul.set. 2004. p. 271-315.

²⁹⁹ *Ibidem, loc. cit.*

³⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 1**. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.98.

norma na sua forma abstrata, não se tratando necessariamente de um sujeito específico. Por outro lado, o princípio da proteção da confiança visa resguardar a um sujeito individualizado.³⁰¹

O terceiro critério de diferenciação utilizado por Humberto Ávila é o nível de concretização. De um lado, o princípio da segurança jurídica seria desenvolvido no plano abstrato, enquanto o princípio da proteção da confiança é aplicado ao caso concreto. Quanto ao quarto aspecto, a amplitude subjetiva de proteção, este se refere à esfera de aplicação dos princípios. Na medida que o princípio da segurança jurídica resguarda os interesses coletivos, o princípio da confiança tutela os interesses individuais. E por último, há o critério da protetividade individual, que explicita que o princípio da segurança jurídica pode ser aplicado tanto em prol quanto contrário aos interesses do cidadão. Já o princípio da proteção da confiança apenas poderia ser usado para proteger os interesses do cidadão que foi prejudicado por ter tido sua legítima expectativa frustrada.³⁰²

A partir do exposto, é possível aduzir que o princípio da proteção à confiança é aspecto individual do princípio da segurança jurídica³⁰³. Isto é, havendo a aplicação para um cidadão ou um grupo específico, em um caso concreto, pode-se invocar o princípio da proteção à confiança. Entretanto, deve-se ter o cuidado de sopesar esses dois princípios, de modo que a aplicação no âmbito individual (princípio da proteção da confiança) não prejudique a segurança jurídica proposta para toda a sociedade.

O princípio da proteção à confiança, sendo uma vertente da segurança jurídica, visa que o jurisdicionado possa criar expectativas sobre as consequências de

³⁰¹ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 368 *et seq.*

³⁰²*Ibidem, loc. cit.*

³⁰³“É preciso reiterar que o princípio da proteção da confiança é uma aplicação “subjetivada” do princípio da segurança jurídica. Mais que meramente significar que o princípio da proteção da confiança se refere a uma dimensão individual e concreta do princípio da segurança jurídica, isso significa que ele se fundamenta também nos direitos fundamentais individuais, notadamente nos direitos à liberdade e de exercício de atividade econômica. Esses direitos, conjuntamente com o princípio do Estado de Direito, protegem a confiança colocada pelo cidadão com base causal tanto nas normas jurídicas quanto na credibilidade da atuação estatal, com os quais se ligam as suas expectativas e a configuração de sua liberdade”. (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 371-372)

determinado comportamento seu ou de terceiros. Desta forma, de acordo com FraciscoRosito:

A confiabilidade visa a preservar as expectativas das partes quanto à aplicação dos precedentes em casos similares, sem a ocorrência de eventos desestabilizadores que surpreendam os litigantes na busca da solução dos seus conflitos. Observar a confiança é antecipar o futuro, comportando-se como se o futuro fosse certo, com base naquilo que conhecemos. Com o objetivo de minimizar as variações e invalidar as diferenças de tempo, a confiança baseia-se na boa-fé daquele que confia, na aparência e nas praticas reiteradas de forma objetiva.³⁰⁴

Quanto ao conteúdo, o princípio da proteção à confiança deve ser analisado de forma individual, pessoal. Assim, este princípio deve ser objeto em ações próprias, nas quais seja possível o estudo daquele caso específico, de forma subjetiva e concreta. Já o princípio da segurança jurídica, se perfaz em uma dimensão mais difusa, devendo ser protegido independentemente de um caso concreto, mas para a sociedade³⁰⁵.

Com tudo quanto exposto, é possível aduzir que o princípio da segurança jurídica tem sua proteção em uma esfera muito mais ampla e abstrata, enquanto o princípio da proteção da confiança seria a proteção exercida diretamente ao indivíduo em uma esfera concreta de aplicação.

4.3.2 Proteção do princípio da confiança e o *overruling*

Como aludido em capítulo anterior, entendimento jurisprudencial consagrado, a exemplo do precedente, pode sofrer alterações de acordo com a demanda da sociedade. Contudo, é necessário que se observe o princípio da proteção da confiança, respeitando a expectativa criada pelo jurisdicionado quando da vigência da orientação revogada.

A inserção do princípio da proteção da confiança no ordenamento jurídico tem como objetivo a defesa de interesses individuais do cidadão. Na aplicação deste princípio, o jurisdicionado não se encontra amparado por um direito adquirido nem por um ato

³⁰⁴ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 149-150.

³⁰⁵ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 370 *et seq.*

jurídico perfeito, mas confia na legitimidade de algum ato normativo para pautar sua conduta. E, a aplicação deste princípio ocorre quando o particular tem essa expectativa frustrada pela alteração da norma na qual pautava a sua confiança³⁰⁶.

Mesmo sendo dever do Estado garantir a proteção ao princípio da confiança e da segurança jurídica, como exposto anteriormente, o direito não pode ser algo imutável, senão, não acompanharia a evolução social. A proteção à confiança tem como valor reflexo a vedação da surpresa injusta, que se traduz como a proteção de se haver uma previsibilidade para o sujeito quando houver uma mudança no sistema, segundo Humberto Ávila³⁰⁷.

É esperado pela sociedade uma certa continuidade das decisões judiciais, considerando que os cidadãos depositaram sua confiança e pautaram os comportamentos e ações em determinada decisão reconhecida pelo Poder Público. Entretanto, é indesejável para o Estado a “petrificação” do direito, sendo necessário alterações de acordo com o desenvolvimento do direito. Deve-se ter o cuidado para que essas alterações não sejam bruscas e inesperadas, haja vista que se o direito é construído em consonância com a sociedade, as alterações devem pautar-se no avanço social.³⁰⁸

De acordo com Valter Shuenquener de Araújo quando a modificação de uma orientação do Estado não respeita o princípio da proteção da confiança, essa modificação deve ser tida como ilícita. Contudo, caso seja feita uma advertência prévia de que a orientação jurisprudencial será revogada, reduzirá a amplitude do princípio da proteção da confiança, observando o conhecimento prévio da alteração.³⁰⁹ Isso ocorre nos casos de uso da técnica de sinalização, ou mesmo do *prospectiveprospective overruling*³¹⁰, o qual, apesar de ter realizado a revogação, modula os seus efeitos para o futuro, reduzindo a expectativa do cidadão quanto à orientação anterior.

³⁰⁶ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 366.

³⁰⁷*Ibidem*, p. 368 *et seq*

³⁰⁸ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009, p. 58-59.

³⁰⁹*Ibidem*, p. 158-159.

³¹⁰Para melhor explicação, vide capítulo terceiro.

Ressalte-se que a alteração jurisprudencial não é tida como um prejuízo para o ordenamento jurídico, pelo contrário, “pode evidenciar um melhor entendimento a respeito da matéria pelo poder judiciário; pode corrigir equívocos produzidos em decisões anteriores; pode avaliar fato ou argumento não devidamente avaliado anteriormente.”³¹¹

A estagnação do direito pode deixar o ordenamento jurídico desatualizado. E assim, é preciso notar que a segurança jurídica de um Estado não requer a inércia dos precedentes judiciais.³¹² O que se deve analisar é a exigência de previsibilidade e estabilidade, ou seja, que não surpreenda o sujeito. Assim, se a alteração jurisprudencial estiver em consonância com os valores da sociedade ou ainda, tiver havido orientação prévia no sentido da mudança, não estará se ferindo o princípio da proteção da confiança.

Portanto, não é qualquer alteração jurisprudencial que irá incidir sobre o princípio da proteção da confiança. Em verdade, “quanto maior forem a vinculatidade e a pretensão de permanência da decisão, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada”.³¹³ Ou seja, se o precedente tem grande força vinculante e não há qualquer indicativo de que será modificado em um curto espaço de tempo, maior será a proteção ao princípio da confiança para o jurisdicionado, já que será surpreendido pela mudança.

Deste modo, o *overruling* ocorrerá seguindo esta mesma lógica, como já foi tratado em capítulo anterior, devendo ocorrer quando houver demonstração de incongruência social ou inconsistência sistêmica e, ainda assim, deverá ser observado quais os efeitos que essa alteração causará, para que não ofenda a proteção à confiança do jurisdicionado.

Exposto isso, fica evidente a necessidade de fundamentação para que haja a alteração jurisprudencial do precedente. Em que pese esteja se fazendo a alteração de acordo com o ordenamento jurídico, deve ser demonstrada a sua necessidade e quais consequências poderá trazer, para que se possa visualizar os efeitos.

³¹¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 470.

³¹² *Ibidem*, p. 471.

³¹³ *Ibidem*, p. 490.

Destarte, em consonância com Luiz Guilherme Marinoni³¹⁴, quando o precedente deixa de estar de acordo com os valores da sociedade, o seu *overruling* não somente não será enquadrado com uma surpresa injusta como será a manobra esperada para que haja conformidade com a sociedade. Não é possível conceber a ideia de surpresa injusta se a jurisprudência e a doutrina estão apontando a perda de congruência social.

A mudança então, mais do que aceita, é necessária para o sistema jurídico. O que deve-se proteger é a legítima expectativa criada pelo cidadão. Então, ao se fazer a mudança, deve-se analisar a congruência social, a jurisprudência e a doutrina majoritária. O órgão jurisdicional, com base no princípio da proteção da confiança, tem o dever de estabelecer regras de transição para evitar grandes impactos na confiabilidade. Sendo possível assim, como ressalta Fredie Didier Jr.³¹⁵, a modulação da eficácia do *overruling*, resguardando a confiança daqueles que se utilizaram da regra em vigor para condicionar o seu comportamento.

O artigo 27 da Lei n. 9.868/1999³¹⁶ inseriu expressamente a técnica de modulação dos efeitos das decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Restou, conferida a possibilidade de o Tribunal restringir a eficácia da decisão, estabelecendo inclusive, a partir de qual data a decisão produzirá efeitos. Este artigo tem o propósito de resguardar a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança ao jurisdicionado.³¹⁷

Apesar de esta lei tratar especificamente sobre o Supremo Tribunal Federal, nada obsta a sua aplicação também à outros tribunais superiores, como é o caso do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, Tiago Asfor Rocha Lima faz a seguinte consideração:

³¹⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 397 e 398.

³¹⁵DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 1**. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.103.

³¹⁶Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL. **Lei 9.868/1999**. Brasília, DF: Senado, 1999.)

³¹⁷LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

Nada obstante se trate de técnica de julgamento prevista para ser utilizada pelo STF, não se pode descartar a sua enorme relevância para os demais Tribunais superiores e também Tribunais de segundo grau, os quais também podem ser convocados a proferir decisões com reflexos importantes e inesperados para a sociedade, notadamente quando incitados a reformar anterior entendimento jurisprudencial pacificado.³¹⁸

Seguindo este entendimento e, com o intuito de resguardar a segurança jurídica, o Tribunal Superior do Trabalho, ao alterar a súmula nº 277³¹⁹ modulou a sua eficácia. Assim, esta súmula somente será aplicada para as situações que ocorram depois da sua edição e não às situações consolidadas sob a vigência da súmula antes da mudança.

É possível perceber que o Tribunal Superior do Trabalho teve o objetivo de proteger os jurisdicionados da surpresa injusta, por entender que não poderia ser aplicado um entendimento novo a uma situação consolidada sob entendimento discordante e anterior. Vejam acórdão proferido em decisão sobre a súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA – FERROVIÁRIO - HORAS DE JANELA – CONDIÇÃO ESTABELECIDADA EM NORMA COLETIVA – SÚMULA Nº 277 DO TST – SOPESAMENTO – PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. A evolução do entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 277 do TST, quanto à aderência das normas coletivas aos contratos de trabalho, deve ser sopesada com o princípio da segurança jurídica, motivo pelo qual a alteração do entendimento deve ter seus efeitos aplicados às situações ocorridas a partir de sua publicação, e não retroativamente às situações já consolidadas sob o entendimento anterior. Dessa forma, uma vez que a pretensão tem origem em norma estabelecida no regulamento da empresa, Plano de Cargos e Salários, posteriormente suprimida, por meio de acordo coletivo, cuja cláusula foi posteriormente submetida à apreciação em dissídio coletivo, não se há de falar em alteração deste, restando intacto o art. 468 da CLT. Recurso de revista não conhecido.³²⁰

³¹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

³¹⁹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 277: CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 277 Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277> Acesso em: 25 nov. 2014.)

³²⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 37500-76.2005.5.15.0004. Recorrente: PAULO SILAS MACHADO. Recorrido: Ferrovia Centro Atlantica S.A, Ferrobán - Ferrovias bandeirantes S.A e VALEC (sucessora da extinta rffsa). Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DJ 7.dez.2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203750076.2005.5.15.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKy0AAH&dataPublicacao=07/>>

Analisando esta ementa, fica evidente a preocupação do TST com o princípio da proteção da confiança. Observe que, apesar do acórdão utilizar o termo segurança jurídica, é possível notar que a intenção foi de proteção da confiança do jurisdicionado, já que se tratou de aplicação do princípio no âmbito subjetivo, em um caso concreto.³²¹

Inclusive, no inteiro teor deste acórdão, é aberto um capítulo para falar sobre a segurança jurídica em seu aspecto subjetivo (princípio da proteção da confiança) e a modulação de efeitos para que não haja a ofensa a este princípio. Como revela o trecho abaixo transcrito:

A questão consiste no sopesamento do princípio da segurança jurídica e a evolução das posições jurisprudenciais consolidadas. A Constituição Federal, no *caput* do art. 5º, estabelece o direito à segurança jurídica como fundamento estruturante da ordem jurídica. Com esses pressupostos, a alteração no entendimento consubstanciado na Súmula nº 277 do TST, quanto à ultratividade das normas coletivas, deve ter seus efeitos aplicados às situações ocorridas a partir de sua publicação, e não, retroativamente, às situações em que se adotava e esperava outro posicionamento da jurisprudência consolidada da Justiça do Trabalho.³²²

Portanto, nesta decisão proferida pela 4ª turma do Tribunal Superior do Trabalho, restou inconteste a importância do respeito ao princípio da segurança jurídica na realização de alteração jurisprudencial de um entendimento cristalizado em súmula deste tribunal.

Por outro lado, em relação à alteração da Súmula nº 244³²³, os tribunais regionais e juízes do trabalho não tem considerado o princípio da segurança jurídica e proteção

12/2012&localPublicacao=DEJT&query=PAULO%20and%20SILAS%20and%20MACHADO>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³²¹Para melhor explicação, vide item 4.3.1

³²²BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 37500-76.2005.5.15.0004. Recorrente: PAULO SILAS MACHADO. Recorrido: Ferrovia Centro Atlantica S.A, Ferrobán - Ferrovias bandeirantes S.A e VALEC (sucessora da extinta rffsa). Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DJ 7.dez.2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-203750076.2005.5.15.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKy0AAH&dataPublicacao=07/12/2012&localPublicacao=DEJT&query=PAULO%20and%20SILAS%20and%20MACHADO>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

³²³BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 244: GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade

da confiança ao realizar a aplicação. Da mesma forma que na Súmula nº 277, a modificação da Súmula nº 244 ocorreu de maneira drástica, alterando o entendimento que vinha sendo adotado pelo Tribunal. Por isso, a sua aplicação a situações já consolidadas sob entendimento anterior, atinge de maneira desarrazoada a legítima expectativa do jurisdicionado.

A redação da Súmula nº 244 antes da alteração afirmava que na hipótese de contrato de experiência, a empregada gestante não tinha direito à estabilidade provisória, tendo em vista se tratar de contrato por prazo determinado. Contudo, a alteração inseriu o entendimento oposto, assegurando o direito à estabilidade para a empregada gestante, ainda que em contrato por tempo determinado. Desta forma, é nota-se que houve uma mudança significativa do conteúdo, contrariando o entendimento que vinha sendo adotado.

Porém, os Tribunais Regionais e juízes do trabalho vêm aplicando a nova orientação a situações já concretizadas, como é possível perceber neste acórdão proferido pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

ESTABILIDADE DA GESTANTE EM CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. NOVA REDAÇÃO DO ITEM III DA SÚMULA Nº 244 DO TST. Em recente sessão plenária o TST alterou a redação do item III da Súmula nº 244, conferindo à gestante a estabilidade prevista no inciso II, “b”, do ADCT, mesmo nos contratos por prazo determinado, como é a hipótese do contrato de experiência. Assim, o TST, com o fim precípuo de uniformizar a jurisprudência no país, para evitar que se instaure a insegurança jurídica através de decisões díspares, pacificou o novo entendimento acerca do tema, motivo porque a sentença merece reparo, pois em total afronta a atual jurisprudência da corte superior. (**Processo 0000430-37.2012.5.05.0431 RecOrd, ac. nº 127225/2012, Relatora Desembargadora NÉLIANEVES, 4ª. TURMA, DJ 10/12/2012.**)³²⁴

Ressalte-se que a redação da Súmula nº 244 foi alterada em sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012. Assim, menos de três meses depois, o novo entendimento já vinha sendo aplicado, inclusive a casos ocorridos antes da

provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 244 Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244> Acesso em: 25 nov. 2014.)

³²⁴BAHIA. Tribunal Regional da 5ª Região. RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000430-37.2012.5.05.043.. Relator: Desembargadora. Nélia Neves. Publicado no DJ de 10-12-2012. Disponível em http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=379534&texto=s%FAmula%20and%20244%20and%20gestante. Acesso em: 27.11.2014

superação ocorrida na súmula. Na acórdão em análise, o empregador foi condenado, além de outros pedidos, a reintegrar a empregada com o “consequente pagamento dos salários vencidos a partir de junho de 2012 e os vincendos, mês a mês, até o término da sua estabilidade”. Ou seja, o empregador foi condenado ao pagamento de meses anteriores à alteração da súmula, sob vigência do entendimento antigo.

Observe que não é plausível que uma alteração jurisprudencial estenda-se a casos que ocorreram antes do entendimento ser modificado, tendo em vista que o jurisdicionado pautava a sua conduta no entendimento consolidado à época que a situação se concretizou. Destarte, no caso desta súmula nº 244, não seria possível para o empregador obedecer à alteração ocorrida em 2012, já que não havia sequer sinalização sobre uma possível mudança de posicionamento.

Então, o empregador não teve a possibilidade de se preparar, de condicionar seu comportamento para ficar alinhado à nova norma. Frise-se que quando o empregador realizou os seus atos, estava condizente com a norma vigente no momento e, inesperadamente, a mudança de norma torna os atos que já foram concretizados contraditórios com o ordenamento. Assim, a legítima expectativa do empregador, restou desamparada pelo sistema, ocasionando a responsabilidade do empregador por um ato que não poderia ter previsto.

A segurança jurídica e o princípio da confiança, como abordado anteriormente, tem como propósito proteger as expectativas dos jurisdicionados e ainda, protegê-los da surpresa injusta, o que não vem sendo seguido na aplicação da Súmula nº 244 do TST, após a sua alteração. Deste modo, a sua aplicação a casos já consolidados demonstra um afronto ao entendimento do TST exarado no acórdão supracitado. Restando evidenciado, portanto, uma contrariedade a todo o cuidado e proteção à segurança jurídica realizado na alteração da Súmula nº 277 do TST, em que houve modulação da eficácia da decisão para que não ferisse a legítima expectativa do jurisdicionado.

A ausência de segurança jurídica nas alterações jurisprudenciais fere não apenas os preceitos do sistema de precedentes judiciais, como também, acaba por acarretar em um descrédito ao poder judiciário pelos cidadãos, já que estes muitas vezes

acabam sofrendo as consequências de um novo entendimento que nem havia sido consagrado no momento no qual foi realizada determinada conduta.

Em outras palavras, a mudança jurisprudencial provoca um déficit de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico: se a orientação jurisprudencial anterior for abandonada, a orientação jurisprudencial futura, pela desconfiança na sua conformação, não será mais calculável. A falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do Direito.³²⁵

Exposto isso, é possível perceber que a aplicação do novo entendimento fixado na Súmula a situações concretizadas anteriormente não apenas implica na perda de confiança do jurisdicionado naquela orientação, como também leva ao descrédito da nova orientação.

³²⁵ ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica **Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255-256.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar a importância do sistema de precedentes para garantir a segurança em um ordenamento jurídico. Restou evidente que no mundo atual, não existe mais a clássica concepção de que os magistrados dos sistemas *civil law* são meros aplicadores da lei, enquanto os magistrados do *common law* são criadores do direito. As necessidades do direito moderno exigem uma maior participação do magistrado, não sendo mais possível a aplicação mecânica da lei.

Os sistemas de tradição *civil law*, como o brasileiro, começaram a conferir, ainda que de forma moderada, uma maior importância às decisões judiciais, principalmente através da valorização da uniformização da jurisprudência e a consequente inserção de enunciados de Súmulas para orientar o posicionamento dos Tribunais. Assim, resta inquestionável a existência de precedentes judiciais nos sistemas *civil law*, o que vai diferenciá-los do *common law* é apenas a eficácia que possuem.

A exposição feita neste trabalho, também estabeleceu a definição de precedente judicial, sendo a decisão prolatada por um magistrado, que poderá servir como paradigma a ser seguido em julgamentos posteriores, ou seja, o precedente transcende o caso concreto em que houve sua formação, influenciando sobre o juízo de casos análogos ulteriores.

Contudo, como foi demonstrado, a força normativa do precedente encontra-se na sua *ratio decidendi*. Deste modo, a *ratio decidendi* é o núcleo da fundamentação, onde é formada a norma jurídica geral e abstrata que gera eficácia ao precedente judicial.

A partir do momento que se estuda a teoria dos precedentes judiciais, se percebe que não é possível garantir a segurança jurídica de um ordenamento, sem o respeito aos precedentes. Seguindo esta linha, começou-se a introduzir os precedentes no direito brasileiro. A utilização de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais pelo legislador foram responsáveis pela introdução dos precedentes no Brasil e, atualmente estes já fazem parte do sistema, ainda que não tenham a obrigatoriedade almejada em uma teoria de precedentes judiciais.

É possível notar que com o constitucionalismo, passou-se a dar maior obrigatoriedade aos precedentes. O surgimento das súmulas dos Tribunais Superiores demonstra uma efetiva preocupação com o respeito às decisões judiciais, sendo estas sínteses do entendimento jurisprudencial de determinado Tribunal.

Seguindo esta diretriz, um grande marco no direito brasileiro é o projeto do novo Código de Processo Civil, já que insere formalmente a teoria de precedentes ao nosso ordenamento. O projeto do NCPC normatiza os precedentes judiciais em 3 artigos, colocando como objetivo assegurar segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança.

Um sistema jurídico não pode ser configurado de maneira imutável. É essencial a possibilidade de existirem alterações das normas jurídicas, para que as decisões judiciais mantenham congruência com o desenvolvimento da sociedade. Assim, é necessário, em um sistema jurídico, a busca pelo equilíbrio entre a segurança jurídica e a adaptação do direito aos novos valores sociais.

A busca pela segurança jurídica não confere ao judiciário o poder de perpetuar decisões consideradas incongruentes com a sociedade ou inconsistentes com o próprio ordenamento. É neste momento que surge a necessidade da revogação de um precedente – *overruling*.

A partir do momento em que a tese trazida na *ratio decidendi* do precedente se revela ultrapassada ou equivocada, esta deve ser substituída por um novo precedente, ocorrendo o *overruling*. O *overruling* ocorrerá quando um precedente é substituído por outro, perdendo a sua força vinculante.

Não obstante a revogação parecer ferir a segurança jurídica, esta tem o objetivo oposto, tendo em vista que o precedente revogado não mais encontra-se em harmonia com os valores sociais ou mesmo com o ordenamento jurídico. Portanto, há diversas técnicas de aplicação do *overruling*, porém, independente de qual seja a técnica escolhida pelo Tribunal, é indispensável uma rigorosa fundamentação sobre a alteração do posicionamento.

Outro aspecto analisado ao longo da exposição é que o direito processual trabalhista sempre teve grande influência da teoria dos precedentes, considerando a jurisprudência como importante fonte nas decisões judiciais. Assim, na Justiça do Trabalho é essencial o respeito às Súmulas e Orientações proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, funcionando muitas vezes com força de lei ou até mesmo contrariando leis positivadas por estarem ultrapassadas ou em contraposição aos valores sociais.

Assim, para haver a superação de um precedente, deve-se analisar as consequências que esta alteração trará ao ordenamento jurídico e aos jurisdicionados. Então, ainda que exista norma mais adequada do que a que se encontra em vigência, só deverá haver o *overruling* se este não ferir a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança.

Um ordenamento jurídico deve ser munido de estabilidade e previsibilidade para que os cidadãos possam pautar a sua conduta. E, a base de um sistema jurídico se encontra na confiança que o jurisdicionado delega ao Estado para que este regule as relações sociais.

Deste modo, por um lado, é esperado pela sociedade a continuidade das decisões judiciais, e de outro lado, é indesejável a imutabilidade do Direito. O órgão que irá realizar a revogação de um precedente, deve observar a confiança e a legítima expectativa do jurisdicionado, devendo, se necessário, antes de efetuar a mudança, sinalizá-la para que o jurisdicionado possa pautar sua conduta neste novo posicionamento do Tribunal.

A alteração jurisprudencial nem sempre irá incidir sobre o princípio da proteção a confiança. Há alterações que não configuram uma surpresa injusta, tendo em vista que já formam previamente sinalizadas, ou mesmo, que estão em conformidade com os valores sociais, econômicos e políticos.

Assim, ao fazer uma análise prática das alterações jurisprudenciais no Tribunal Superior do Trabalho, é possível afirmar que a aplicação da súmula nº 244 do TST em situações consolidadas sob o entendimento anterior, ofende o princípio da proteção da confiança e a legítima expectativa criada pelo jurisdicionado. Assim, torna-se impraticável a mudança de conduta para alinhar-se ao novo

posicionamento, já que o novo entendimento foi inserido de forma drástica e incidindo sobre situações configuradas antes da edição das súmulas. Lamentavelmente, não tem sido adotado pelos tribunais regionais e juízes do trabalho, o mesmo tratamento conferido à súmula nº 277 do TST, na qual há a modulação de efeitos da alteração, possibilitando que o jurisdicionado se condicione sua conduta de acordo com o novo entendimento e assim, respeitando a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança.

Foram reunidas, portanto, condições para afirmar que a proteção ao princípio da confiança e a da segurança jurídica é essencial para o sistema de precedentes judiciais. A ausência da proteção a estes institutos, acaba por ensejar situações surpresas injustas e o conseqüente descrédito da sociedade no poder judiciário brasileiro, o que deve ser observado, sobretudo nas súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST, já que fixam o parâmetro de conduta a ser seguido pela sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Niterói: Impetus, 2009.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica **Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAHIA. Tribunal Regional da 5ª Região. RECURSO ORDINÁRIO Nº 0000430-37.2012.5.05.043.. Relator: Desembargadora. Nélia Neves. Publicado no DJ de 10-12-2012. Disponível em http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/AcordaoConsultaBlobTexto.asp?v_id=379534&texto=s%FAmula%20and%20244%20and%20gestante. Acesso em: 27.11.2014

BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Os Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro**. 2014. Dissertação (Pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Ltr, 2013.

BRASIL, Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

_____, Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 244 Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244 Acesso em: 25 nov. 2014.

_____, _____. Súmula nº 277. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277> Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 166**. Brasília, DF: Senado, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=84496&tp=1>. Acesso em: 20.nov.2014

_____. **Código Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Senado, 1943

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

_____. **Lei 9.868/1999**. Brasília, DF: Senado, 1999.

_____. Superior Tribunal de Federal. Mandado de Segurança n 22.325. Impetrante: Rita Gonçalves Marques Portella Ferreira. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DJ 1.ago.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2008237>>. Acesso em: 25 mar. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.221.603 – Proc. 0209163-0. Recorrente: Fundação Nacional de Saúde - FUNASA. Recorrido: AMOCAN Associação dos Moradores de Canasvieiras e outro. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DJ 05 abr. 2011. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 25 mar. 2014.)

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 37500-76.2005.5.15.0004. Recorrente: PAULO SILAS MACHADO. Recorrido: Ferrovia Centro Atlantica S.A, Ferrobán - Ferrovias bandeirantes S.A e VALEC (sucessora da extinta rffsa). Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DJ 7.dez.2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%203750076.2005.5.15.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKy0AAH&dataPublicacao=07/12/2012&localPublicacao=DEJT&query=PAULO%20and%20SILAS%20and%20MACHADO>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução Administrativa nº. 1295/2008**, de 24 de abril de 2008. Dispõe de normas sobre o regimento interno do Superior Tribunal do trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: 22 novembro 2014

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução Administrativa nº. 1295/2008**, de 24 de abril de 2008. Dispõe de normas sobre o regimento interno do Superior Tribunal do trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: 22 novembro 2014)

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHULAM, Eduardo. A função e relevância dos precedentes judiciais no direito brasileiro. *In*: Elias Farah (Coord.). **Revista do instituto dos advogados de São Paulo**. São Paulo, Ano 16, v. 32, jul-dez. 2013.

COSTA, Marília Siqueira da. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.3. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 391-415.

COSTA, Orlando Teixeira da. **Breve Introdução aos precedentes normativos do TST**. São Paulo: Ltr, 1992.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 237, jul.set. 2004. p. 271-315.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed. São Paulo: Ltr, 2014.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil 2**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 1**. 15.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em: 24.11.2014.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Estados Unidos: Harvard University Press, 1991.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6.ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GONÇALVES, Gláucio Maciel. VALADARES, André Garcia Leão Reis. A força vinculante dos precedentes no relatório final do novo CPC. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.2, Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 627-640

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Criação do direito e importância dos precedentes. **Revista brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte: Fórum, Ano 20, nº 80, outubro/dezembro. 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. José Lamago (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Thiago Asfor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo código de processo civil. **O projeto do futuro CPC: tendências e desafios de efetivação**. Curitiba: CRV, 2013. p. 171-182

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAXIMILIANO, CARLOS. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 14.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

MEDINA, José Miguel Garcia. FREIRE, Alexandre. FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Novas Tendências do Processo Civil**. v.1, Salvador. Jus Podivm, 2013 p. 679-702

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, **Jurisprudência, Precedente: uma Escalada e seus Riscos**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Oliveira Rocha, v.27, jun. 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito processual do trabalho**. 28 ed.; São Paulo: Saraiva, 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **StareDecisis et Non Quieta Movere: A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle. **Novo CPC Consagra concepção do contraditório**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <juliane@fiedra.com.br> Em 23 fev.2014.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Segurança jurídica e proteção à confiança**. Os constitucionalistas. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/seguranca-juridica-e-protecao-a-confianca> Acesso em: 29 abr 2014.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMIRES, MAURÍCIO. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional**. 22 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SAMPAIO, LênioMêrces. **A valorização dos precedentes judiciais**. Salvador: Revista da Procuradoria do Instituto Federal Baiano. Ano 4, nº 2013.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de A.S, Novas Tendências do Processo Civil. v.III. In: DIDIER JR., Fredie e outros (org.). **O novo CPC e a obrigatoriedade dos precedentes judiciais: Uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei**. Salvador: JusPodium, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. 2.ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 85-129.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório. Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**. Salvador: Juspodivm , 2008.

Streck, Lenio Luiz. Abboud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, Ano 36, 2011. p. 139-158

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millennium editora, 2004.