



A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS E OS SEUS INFLUXOS NO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES JUDICIAIS¹

THE LEGAL DEFENSEABILITY THEORY AND YOUR INFLUX IN THE BRAZILIAN SYSTEM OF LEGAL PRECEDENT

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues²

Augusto Paiva Siqueira³

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a possibilidade de a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas ser utilizada pelo operador do direito para afastar a aplicação de um precedente judicial com força vinculante. Para implementar essa análise, apresentou-se o conceito de precedente judicial, suas nuances no ordenamento jurídico brasileiro em contraposição à tradição jurídica do *common law*, bem como a graduação da sua força vinculante. A partir dessas concepções introdutórias, prosseguiu-se avaliando a aproximação do precedente judicial com a essência das normas jurídicas, destacadamente pelos aspectos da generalidade e abstração. Adiante, verificado o caráter normativo, analisou-se os limites a serem observados na formação dos precedentes judiciais, sobretudo à luz da compreensão de que a atividade jurisdicional é criativa da norma jurídica, utilizando-se como norte para essa investigação acórdãos do Supremo Tribunal Federal que, em controle concentrado de constitucionalidade, invalidaram súmulas da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Ainda, foi estabelecido um contraponto entre os precedentes com a legitimidade da reação legislativa, considerando a ambivalência entre a autocontenção e a função contramajoritária da Suprema Corte. Em seguida, avaliou-se o enquadramento

¹ Data de submissão: 15/08/2023. Aprovado em 26/11/2023.

² Doutor (2016) e Mestre (2012) com Pós-doutorado (2022) em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito do Estado (2008) e Bacharel em Direito (2001) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Membro do Corpo Permanente de Docentes da Escola da AGU, colaborador no Projeto de Criação do Curso de Mestrado Profissional (APCN) em Direito e Advocacia Pública da Escola Superior da AGU e membro do Grupo de Pesquisa "Advocacia Pública e Desafios Sociais Complexos", vinculado à Escola Superior da AGU. Ex-Subprocurador-Regional na Procuradoria-Regional da União - 2 Região. Diretor Adjunto da Escola Superior da AGU no Rio de Janeiro. Coordenador-Geral de Formação e Educação Continuada da Escola Superior da AGU. Professor Titular de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Meios Adequados de Solução de Conflitos do Ibmecc e da Pós-Graduação lato sensu da Escola Superior da AGU e do CEPED/UERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Advogado da União desde 2003. E-mail: robertorodrigues2003@yahoo.com.br. Rio de Janeiro/RJ.

³ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2023), em Direito Público (2022) e em Direito do Consumidor (2021) pela Universidade Federal de Goiás - UFG. É bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC-Goiás (2018). Advogado. E-mail: augusto.paiva.siqueira@gmail.com. Goiânia/GO.



dos precedentes às espécies normativas tradicionais – regras e princípios –, ocasião na qual foram identificados os conceitos apresentados pelas doutrinas nacional e estrangeira, em articulação com as particularidades da *ratio decidendi* e com o objetivo uniformizador da jurisprudência. Destarte, compreendidos os precedentes obrigatórios como regras elaboradas pelo Poder Judiciário, o estudo prosseguiu com o enfrentamento do tema a partir da teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, apresentando-se uma breve contextualização história quanto a sua origem, o seu conceito, a compreensão da doutrina e o seu diálogo com o objeto da pesquisa. Também, na perspectiva do caráter normativo do precedente, inspecionou-se as sistemáticas aplicáveis ao *distinguishing* e ao *overruling*, definindo cada uma dessas técnicas no contexto da superação das regras. Ao final observou-se que as teses jurídicas consolidadas nos precedentes judiciais são incapazes de esgotar todas as possibilidades relacionadas à questão de direito de que tratam, a semelhança do que ocorre com as leis elaboradas pelo Poder Legislativo. Concluiu-se que a teoria da derrotabilidade pode ser excepcionalmente utilizada para justificar a não observância de tese firmada em precedente vinculante, em especial quando demonstrada a exceção implícita, sem que isso possa comprometer a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia vinculante; juízo de ponderação; precedentes judiciais; regra judicial; teoria da derrotabilidade.

ABSTRACT: This article proposes to analyze the possibility of the legal defeasibility theory being used by the law operator to not apply a judicial precedent with binding effectiveness. To implement this analysis, the concept of judicial precedent is presented, its nuances in the Brazilian legal system as opposed to the common law, the graduation of its binding force, its approximation to the legal norm, as well as its application in concrete cases. Based on these introductory concepts, we went on to evaluate the approximation of judicial precedent to the essence of legal norms, especially in terms of generality and abstraction. Once the normative character was verified, the limits to be observed in the formation of judicial precedents were analyzed, especially in light of the understanding that judicial activity is creative of the legal norm, using as a guide for this investigation judgments of the Federal Supreme Court that, in concentrated control of constitutionality, invalidated precedents of the jurisprudence of the Superior Labor Court. A counterpoint was also established between the precedents and the legitimacy of the legislative reaction, considering the ambivalence between self-restraint and the Supreme Court's counter-majoritarian function. The next step was to evaluate how precedents fit into the traditional normative species - rules and principles - on which occasion the concepts presented by national and foreign doctrines were identified, in conjunction with the particularities of the *ratio decidendi* and the objective of standardizing jurisprudence. Thus, having understood mandatory precedents as rules drawn up by the Judiciary, the study went on to tackle the issue from the point of view of the theory of the defeasibility of legal norms, presenting a brief historical contextualization of its origin, its concept, the understanding of the doctrine and its dialogue with the subject matter. Also, from the perspective of the normative character of precedent, we inspected the systems applicable to distinguishing and overruling, defining each of these techniques in the context of overruling rules. It was observed that the legal theses



consolidated in the judicial precedents are incapable of exhausting all possibilities related to questions of law, similar to what happens with the laws elaborated by the parliament. It was concluded that the defeseability theory can be exceptionally used to justify the non-observance of a thesis established in a binding precedent, especially when demonstrating the implied exception, without compromising the stability, integrity and coherence of jurisprudence.

KEYWORDS: Binding effectiveness; balancing judgment; judicial rule; legal precedent; legal defeseability theory.

1. O PRECEDENTE JUDICIAL

A busca pela uniformidade e previsibilidade da prestação jurisdicional desde há muito tem sido objeto de preocupação⁴. Pode se dizer que a par das numerosas diferenças nos regramentos presentes nas tradições jurídicas do *civil law* e do *common law* há, ao menos, um ponto que as intersecciona, que é a preocupação em criar um ambiente decisional minimamente previsível, isso de modo a preservar a confiabilidade do jurisdicionado no Poder Judiciário e a mitigar as inseguranças decorrentes das alterações jurisprudenciais.

Historicamente, no Brasil, essa inquietação se aflorou com maior ênfase no período pós redemocratização, com o advento da Constituição Federal (CF) de 1988, tendo em vista a progressiva facilitação do acesso à prestação jurisdicional e o conseqüente protagonismo do Poder Judiciário na pacificação social dos conflitos. É que, diante da impossibilidade natural do legislador esgotar todas as possibilidades por detrás do fenômeno legislativo, o Juiz estatal, quando provocado, passou a protagonizar um papel complementar à atividade legiferante, isso enquanto reflexo da institucionalização do Estado Democrático de Direito,

⁴ Em 1974, ao discorrer sobre a uniformização da jurisprudência, Barbosa Moreira já alertava: “[...] o fenômeno que se tem em vista quando se alude à conveniência de adotar medidas tendentes à uniformização dos pronunciamentos judiciais. Liga-se ele ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico [...] a mesma regra de direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas. Assim se compromete a unidade do direito [...] e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o cepticismo quanto à efetividade da garantia jurisdicional” (MOREIRA, José Carlos B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 10-11).



o que tem possibilitado, com cada vez mais frequência, o desencontro de entendimentos sobre um mesmo problema jurídico.

Frente a essa questão, o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 buscou implementar na realidade brasileira um “sistema de precedentes” que pudesse adequadamente conferir unidade ao direito, mas sem ignorar as peculiaridades da cultura jurídica nacional. O jurista Aluísio Mendes⁵, nesse sentido, assevera que a regulamentação estabelecida pelo legislador teve o mérito de implementar uma sistematização autêntica e substancialmente diversa daquela que é característica do *common law*, ou seja, não se limitou a puramente importar institutos próprios do direito alienígena como soluções prontas às questões internas.

Vale observar que, na tradição inglesa, o “sistema de precedentes” é construído a partir da solução adotada pelo Poder Judiciário em estrita observância às singularidades do caso concreto, sendo legitimado pela aplicação subsequente desse mesmo entendimento pelas cortes inferiores, independentemente de previsão legal que imponha essa deferência⁶. De outro lado, no sistema brasileiro, a decisão judicial só se torna precedente caso seja resultado de procedimento específico estabelecido pelo próprio legislador constitucional ou ordinário, ainda que não seja naturalmente produzido a partir de numerosos julgamentos convergentes sobre o mesmo tema.

Embora a definição de precedente judicial possa encontrar certa controvérsia na doutrina, destacadamente por ter significações diferenciadas a depender do contexto jurídico no qual é inserido, o professor Luiz Guilherme Marinoni⁷ propõe quatro critérios que, quando atendidos, qualificam a decisão judicial como “precedente”.

Assim, o processualista afirma ser necessário que o pronunciamento judicial tenha solucionado uma questão jurídica, não se limitando a dirimir ponto restrito ao domínio dos fatos. Também, deve traduzir uma interpretação que vá além da literalidade do enunciado previsto em lei, de modo a excluir tautologias. Além disso, deve expor fundamentação

⁵ MENDES, Aluísio G. Castro. Jurisprudência e precedentes no Direito Brasileiro: Panorama e Perspectivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, p. 42-52, 2021, p. 46.

⁶ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Precedente formado em casos repetitivos: eficácia, issue preclusion e as teses jurídicas prejudiciais*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 126-127.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 213-214.



completa, a ser constatada a partir da fundamentação racional e do enfrentamento de todo o quadro normativo envolvido, especialmente dos argumentos contrapostos à tese prevalecente. Por fim, o precedente deve ser autêntico, ou seja, não pode se limitar à reafirmação de precedentes anteriores.

A proposição do jurista brasileiro dialoga com aquela sugerida por Michele Taruffo⁸ que, em acréscimo a essa parametrização, investiga os precedentes judiciais sob quatro dimensões, a saber: institucional, objetiva, estrutural e da eficácia.

Na avaliação do jurista italiano, a dimensão institucional impõe a análise do precedente a partir da organização judiciária adotada por um determinado ordenamento positivo, ou seja, pela estruturação orgânica das instituições que compõem o poder judicante. Pela dimensão objetiva, identifica-se o conteúdo do precedente, o qual só pode ser a fundamentação e a motivação do ato judicial (*ratio decidendi*), que se expressa nos argumentos utilizados como indispensáveis à solução do problema jurídico. Já a dimensão estrutural, indica o procedimento adotado pelo Poder Judiciário como necessário à formação do precedente judicial, que pode se relacionar tanto à consolidação da jurisprudência como a partir de um único caso (*leading case*). No plano da eficácia, por fim, revela-se o grau de intensidade e vinculação do precedente judicial, sendo nessa mesma dimensão que se denota a sua eficácia temporal, ante a possibilidade de apuração de elementos que já permitam vislumbrar a superação do entendimento firmado no julgamento de casos futuros (*overruling*) em especial pela avaliação dos argumentos colaterais à *ratio decidendi* (*obiter dictum*).

A par desses critérios, no entanto, a tradição jurídica do *civil law* adotada pelo direito brasileiro não se contenta com a apuração do aspecto qualitativo para caracterização do precedente judicial, pois o próprio ordenamento jurídico nacional também deve reconhecê-lo como tal. O art. 927, do CPC, nesse sentido, condensa em seus incisos as hipóteses nas quais a prestação jurisdicional será qualificada pelo *status* de precedente obrigatório, de modo que, nas situações nele previstas, o legislador foi categórico ao impor a observância do entendimento firmado por todos os juízes e tribunais brasileiros – ao menos em sentido

⁸ TARUFFO, Michele. Dimension ides precedentes giudiziario. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano XLVIII, p. 411-430, 1994, p. 415-416.



literal. É sobre essa temática, referente ao grau de vinculação dos precedentes, que se ocupará o tópico subsequente.

2. A EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE JUDICIAL

O artigo 927, do CPC, estabelece, em suma, que os juízes e tribunais observarão: as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR); os entendimentos firmados em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria infraconstitucional, além da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O dispositivo legal, segundo Cássio Scarpinella Bueno⁹, traça uma autêntica “política pública” do Poder Judiciário, na medida em que lança mão dos instrumentos previstos nos seus incisos para ajustar a atuação dos tribunais de modo a criar um ambiente fértil à consolidação de uma jurisprudência – em sentido amplo – íntegra, estável e coerente, em sintonia com a previsão do art. 926, do CPC. Importante, nesse ponto, é a ponderação de Lênio Streck¹⁰ quando elucida que a “decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao poder público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador” e, simultaneamente, a um dever cogente dos magistrados de moldarem a sua atuação a partir desses predicados.

O escopo principal que se extrai da articulação entre o art. 926 em conjunto com o art. 927, ambos do CPC, é a vocação para reduzir o espaço de discricionariedade judicial em situações nas quais a “questão jurídica” já tenha sido solucionada por um padrão decisório. A estratégia tem o condão de conferir maior previsibilidade à atuação do Poder Judiciário e, assim, assegurar efetivo cumprimento ao postulado constitucional da isonomia.

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 757.

¹⁰ STRECK, Lênio. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 25 de julho de 2022.



Nesse contexto, Thomas de Bustamante¹¹ analisa a eficácia dos precedentes judiciais conforme o seu grau de vinculação, sendo eles: precedentes vinculantes em sentido forte; precedentes vinculantes em sentido frágil e os precedentes persuasivos.

Por essa classificação, Odilon Romano Neto¹² esclarece que os precedentes vinculantes em sentido forte correspondem àqueles nos quais a observância é obrigatória por força de imperativo legal, a exemplo das hipóteses previstas nos incisos do art. 927, do CPC, e aquelas expressamente discriminadas na Constituição Federal – súmula vinculante e os acórdãos proferidos pelo STF em julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Os precedentes vinculantes em sentido frágil, de outro turno, são aqueles que, dada a sua particular importância no sistema jurídico, são normalmente obedecidos mesmo não dispondo de vinculação formal. À título exemplificativo, menciona-se os acórdãos proferidos no julgamento de embargos de divergência pelo STJ ou pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e de causas pelo plenário ou órgão especial nos tribunais de segundo grau e superiores.

Por último, os precedentes persuasivos traduzem a regra geral do sistema e incorporam critério residual com relação às demais categorias.

Importante anotar que, com relação às hipóteses do art. 927, do CPC, destacadamente as referenciadas nos incisos III a V, não se desconhece que há vozes autorizadas na doutrina¹³ que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo em razão da ausência de intermediação da eficácia vinculante por previsão constitucional expressa. Entretanto, dado o objeto do presente estudo e sem a pretensão de esgotar o tema, filiamos à compreensão defendida por Ada Pellegrini Grinover¹⁴ que, resumidamente, chancela a constitucionalidade do dispositivo ao fundamento de que ele guarda compatibilidade material com os princípios da

¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 213.

¹² *Ibid.*, p. 113.

¹³ Nesse sentido é a posição de Cássio Scarpinella Bueno (*Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 748).

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2018, p. 160-162.



segurança jurídica e da isonomia, além de não comprometer qualquer vedação expressa na Lei Fundamental.

Feita essa ressalva, para avançar na análise proposta nos centraremos na análise dos precedentes vinculantes em sentido forte, pois é nessa categoria que o ônus argumentativo em torno da sua inaplicabilidade ao caso concreto é mais acentuado, tanto em razão da imperatividade do verbo previsto no art. 927, do CPC, quanto pela variedade de instrumentos processuais colocados à disposição da parte para provocar a adequação da decisão judicial.

3. A NORMATIVIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL

Dadas as particularidades do precedente judicial de vinculação obrigatória é crível admitir a sua feição normativa, tanto pelo seu conteúdo quanto pela dinâmica envolvida na sua aplicação. Antecipa-se que a definição de “norma jurídica” considerada para efeito da análise proposta se identifica com aquela trabalhada na obra de Humberto Ávila, segundo a qual “[...] os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”¹⁵.

Dentro dessa perspectiva, a análise do caráter normativo do precedente judicial pressupõe o reconhecimento de que a função jurisdicional constitui atividade criativa da norma jurídica. Isto é, os precedentes atuam no limbo situado entre a generalidade do texto legislado e a concretude da decisão judicial, moldando artesanalmente a norma apta a solucionar a controvérsia. A propósito disso, é de acentuada pertinência o enunciado n. 380¹⁶, editado pelo Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC), que dispõe: “A expressão ‘ordenamento jurídico’, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

Com efeito, a compreensão da normatividade do precedente para além de um instituto meramente revelador do direito, também se escora na própria inviabilidade de se admitir, nos tempos atuais, que o magistrado seja um mero “juiz boca de lei”. Ao menos desde a

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50.

¹⁶ BRASIL. Fórum Permanente de Processo Civi. Enunciado n. 380. Disponível em: <<https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/>> Acesso em 08 abr. 2023.



“virada kantiana”, não mais se concebe a atividade jurisdicional como um exercício puramente mecânico de subsunção dos fatos à hipótese registrada no texto escrito. Muito além disso, a jurisdição e, em especial os precedentes, deve construir a norma jurídica por intermédio da aglutinação das “questões de Direito” com as “questões de justiça”, considerando ainda os princípios morais e elementos metajurídicos¹⁷.

Ademais, a partir das experiências constitucionais contemporâneas, sobretudo com o advento do neoconstitucionalismo, a compreensão pela natureza criativa da prestação jurisdicional e, por conseguinte, normativa do precedente judicial, tem se destacado. De acordo com Luís Roberto Barroso¹⁸, em razão da “força normativa da constituição”, foi institucionalizada a “constitucionalização do direito”, fenômeno que impõe a filtragem obrigatória do direito infraconstitucional à luz dos valores, fins e comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, uma vez compreendida a prestação jurisdicional como atividade criativa do direito, deve ser somada à reflexão a singularidade de que os aspectos qualitativos e materiais do precedente judicial também impulsionam a sua aproximação da generalidade e da abstração, que são próprias das normas jurídicas.

Conforme já foi oportunamente abordado, o núcleo do precedente judicial é a *ratio decidendi* que, por sua vez, apresenta a tese adotada pelo Poder Judiciário como resposta necessária e suficiente à questão jurídica suscitada pelo conflito de interesses. Assim, como observa Ada Pellegrini Grinover¹⁹, não compõem a *ratio decidendi* as reflexões que não influem sobre a decisão ou sobre a motivação jurídica do ato decisório, como por exemplo aquelas aduzidas à título de *obiter dicta* e as definições que recaiam exclusivamente sobre “questões de fato”.

Na realidade, a *ratio decidendi* tem a pretensão de ser universalizável, pois a fundamentação que a compõe se sustenta em argumentos sujeitos a checagem e com aptidão

¹⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 455-459.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 09, n. 33, p. 43-92, 2006, p. 16.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2018, p. 134-135.



a ser replicada em casos futuros dotados das mesmas particularidades fáticas²⁰. Por conseguinte, isso significa afirmar que é por intermédio desse aspecto universal que o precedente pavimenta o norte a ser seguido por todas as instâncias do Poder Judiciário, viabilizando que todos os casos que apresentarem características similares sejam definidos de maneira uniforme.

É bom que se diga, entretanto, que o reconhecimento da normatividade do precedente judicial não significa afirmar que a atividade criativa da jurisdição é ilimitada.

4. LIMITES À INOVAÇÃO NORMATIVA DOS PRECEDENTES

O exercício da jurisdição, ao mesmo tempo em que cria a norma jurídica, deve se ater aos limites das possibilidades apresentadas pelo texto legislado, sob pena de configurar indevida usurpação de atuação típica do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni²¹ enfatiza que:

Se o Juiz pode optar por uma ou outra interpretação, isso não quer dizer que possa fugir do texto legal, já que a sua vontade não se sobrepõe à do Legislador, a menos que o produto legislativo esteja em desconformidade com a Constituição – quando o caso não mais será de simples interpretação, porém de controle de constitucionalidade.

Exemplificando esse raciocínio, menciona-se o acórdão proferido no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 501, pelo Tribunal Pleno do STF, que pronunciou a inconstitucionalidade da súmula n. 450²² do TST.

O enunciado da súmula refletia a jurisprudência consolidada do TST que, diante da interpretação do art. 137 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), concluía que a sanção de pagamento em dobro do período de férias se aplicava, por igual, à situação descrita no

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 1.084.

²¹ *Ibid.*, p. 393.

²² “É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal”.



art. 145 da CLT. Diante desse entendimento, sustentou-se na arguição que a posição do TST contrariava os princípios da divisão funcional do Poder (art. 2º, da CF) e da legalidade estrita (art. 5º, inciso II, da CF), ao argumento de que a analogia construída pela súmula teria invadido o campo de atuação reservado ao legislador.

Dois pontos merecem ser destacados nesse *leading case*. Primeiro, é o fato de que a ADPF teve o seu processamento admitido em sede de agravo interno, isto é, em um primeiro momento, o ministro relator, rejeitou a sua admissão por entender que a súmula não ostentava “substrato normativo”²³. No julgamento do agravo, contudo, prevaleceu a tese divergente²⁴, acatada pela maioria dos demais ministros, que admitiu o prosseguimento da ação²⁵ ao argumento de que a súmula consubstanciava “ato do poder público” qualificado pela generalidade e abstração, e ainda, responsável pela multiplicação de inúmeras controvérsias judiciais.

O segundo ponto a ser destacado consiste no fato de que essa ADPF obteve julgamento de mérito procedente²⁶, ou seja, foi declarada a inconstitucionalidade da súmula n. 450 do TST. Sem adentrar no mérito dos argumentos lançados no acórdão, fato é que a conclusão pela procedência do pedido foi estada, principalmente, no fundamento de que a

²³ No aditamento ao voto o relator, Min. Alexandre de Moraes, afirmou: “Presidente, aqui, eu não reconheci, no enunciado do TST, o qual repete os termos da própria CLT, o substrato normativo necessário para que houvesse uma arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com base nessa interpretação, neguei seguimento à arguição e ao agravo regimental. O enunciado 450 não tem, ao meu ver, o substrato normativo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). AgReg. na ADPF n. 501, Rel. Min. Alexandre de Moraes e relator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 de agosto de 2018, p. 11 do acórdão).

²⁴ No seu voto, pontuou o Min. Ricardo Lewandowski: “Senhora Presidente, peço vênha para divergir do Ministro Relator, pois entendo que, na espécie, a ação é viável, uma vez que combate Súmula de Tribunal Superior que, em verdade, criou sanção não prevista em lei, configurando, desse modo, ato de natureza abstrata suscetível de impugnação via controle concentrado de constitucionalidade. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). AgReg. na ADPF n. 501, Rel. Min. Alexandre de Moraes e relator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 de agosto de 2018, p. 12-14 do acórdão).

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). AgReg. na ADPF n. 501, Rel. Min. Alexandre de Moraes e relator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 de agosto de 2018.

²⁶ “[...] 2. Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, de modo a ampliar o âmbito de incidência de sanção prevista no art. 137 da CLT para alcançar situação diversa, já sancionada por outra norma. [...] Proibição da criação de obrigações não previstas em lei por súmulas e outros enunciados jurisprudenciais editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho (CLT, art. 8º, § 2º). 4. Arguição julgada procedente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). AgReg. na ADPF n. 501, Rel. Min. Alexandre de Moraes e relator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 de agosto de 2018).



jurisprudência questionada havia ultrapassado os limites possibilitados pelo texto legislado, e assim, teria invadido o limite tolerado pela atividade criativa da jurisdição.

Importante o registro de que, poucos anos depois, a Suprema Corte tornou a se debruçar sobre temática similar ao julgar o mérito da ADPF n. 323, cujo objeto era a validade constitucional da súmula n. 277²⁷, do TST, responsável por consagrar a “ultratividade da norma coletiva”. Tal como ocorreu com a impugnação da súmula n. 450 do TST, o STF reafirmou a sua posição quanto à admissibilidade da arguição, e ainda, declarou a inconstitucionalidade da súmula por também ter entendido que o enunciado contrariava o direito positivo e responsável por causar contínuas lesões aos preceitos fundamentais²⁸.

Destarte, a conclusão que se extrai dessas proposições é que, ao admitir o cabimento da ADPF contra as súmulas editadas pelo TST, o STF acaba por reconhecer a possibilidade dos precedentes judiciais assumirem caráter normativo, destacadamente em razão dos seus efeitos sobre o exercício da jurisdição pelas instâncias inferiores. Também, reconhece-se que a atividade criativa da prestação jurisdicional não é ilimitada, mas o contrário, restringida pelas próprias possibilidades do texto positivado.

Vale acrescentar, ainda tratando dos limites da dimensão normativa dos precedentes, que a norma jurídica criada pelo Poder Judiciário também pode se sujeitar à invalidação por atuação típica do próprio Poder Legislativo. Essa possibilidade de superação legislativa da jurisprudência se ampara no tradicional esquema republicano de “freios e contrapesos”, que orienta a interação de controle mútuo dos poderes constituídos, e ainda, na própria “dificuldade contramajoritária”²⁹ do Poder Judiciário que, diferentemente do parlamento, não é integrado por membros eleitos direta e democraticamente pelo povo.

²⁷ “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”.

²⁸ O acórdão foi assim ementado: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Violação a preceito fundamental. 3. Interpretação jurisprudencial conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região ao art. 114, § 2º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, consubstanciada na Súmula 277 do TST, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012. 4. Suposta reintrodução do princípio da ultratividade da norma coletiva no sistema jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 45/2004. 5. Inconstitucionalidade. 6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 323, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30 de maio de 2022)

²⁹ Sem a pretensão de esgotar o tema, dado não ser esse o objeto do presente estudo, remetemos à definição apresentada por Luís Roberto Barroso: “[...] Isso significa que os juízes das cortes superiores, que



A jurisprudência do STF, nesse cenário, apresenta um exemplo emblemático que bem evidencia a legitimidade dessa reação legislativa. Referimo-nos à solução da controvérsia constitucional em torno da inelegibilidade do candidato provocada pela condenação criminal por acórdão não transitado em julgado.

Em um primeiro momento, o STF, no julgamento da ADPF n. 144, que analisou a redação original da Lei Complementar n. 64/90, concluiu pela “não recepção” dessa hipótese de inelegibilidade, pois, à época, prevaleceu a tese de que a ausência de trânsito em julgado seria incompatível com a presunção de inocência³⁰. Posteriormente a esse julgamento, no entanto, sobreveio a publicação da Lei Complementar n. 135/10 (“Lei da Ficha Limpa” que, mais uma vez, positivou a inelegibilidade em circunstâncias similares às aquelas rejeitadas pelo STF na ADPF n. 144.

À vista desse contexto foram ajuizadas ações de controle concentrado de constitucionalidade questionando a reação legislativa – ADCs n. 29 e 30 e ADI n. 4.578. No julgamento conjunto dessas ações, contudo, o Pretório Excelso se curvou à opção do legislador e chancelou a constitucionalidade da LC n. 135/10, máxime em razão da soberania popular inerente à atuação típica do Poder Legislativo, sobretudo em temas cercados pelo “desacordo moral razoável”³¹.

À semelhança desse *leading case*, mais recentemente esse mesmo fenômeno operou sobre precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). É o que se deduz pelo contraponto direto do acórdão exarado pela Segunda Seção da corte no julgamento conjunto

jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, p. 2.2171-2.228, 2018).

³⁰ Constou na ementa do acórdão: “[...] Impossibilidade constitucional de definir-se, como causa de inelegibilidade, a mera instauração, contra o candidato, de procedimentos judiciais, quando incorrente condenação criminal transitada em julgado” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06 de agosto de 2008).

³¹ Na ementa do acórdão foi expressamente registrado: “[...] 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida progressiva, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16 de fevereiro de 2012).



dos embargos de divergência nos recursos especiais (EREsp) n. 1.886.929/SP e 1.88.9704/SP e o posterior advento da Lei n. 14.454/22³².

No caso, o STJ concluiu, a partir da análise da Lei n. 9.656/98, que o rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, constante de ato normativo lavrado pela Agência Nacional de Saúde (ANS), teria, em regra, caráter taxativo³³. Ocorre que, poucos meses após a conclusão do julgamento, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei n. 2.033/2022, depois sancionado pelo Presidente da República, o qual resultou na promulgação da Lei n. 14.454/22, que solapou a taxatividade reconhecida pelo STJ.

Em ambos os casos é possível notar que a norma criada pela jurisdição foi objeto de reação do Poder Legislativo que, no exercício da sua atribuição típica, consolidou orientação contraposta àquela criada pelo Poder Judiciário. Essa atuação legislativa, embora sujeita à crítica doutrinária, comprova que a atuação criativa da jurisdição se sujeita à invalidação por obra parlamentar e independentemente da possibilidade do precedente se submeter, em um futuro incerto, ao *overruling*³⁴.

É por isso que, embora se defenda o caráter normativo do precedente judicial, não se ignora que a sua consolidação não se dá à revelia do esquema organizatório constitucionalmente estabelecido. Assim, tanto pode ser reconsiderado pelo próprio Poder Judiciário, quanto pode ser derogado por força da atuação típica do Poder Legislativo, tendo em vista sua incindível relação com o texto legislado.

Avançando na análise proposta, ainda importa perscrutar em qual espécie de norma jurídica o precedente judicial de vinculação obrigatória se enquadra, o que se fará no tópico adiante.

³² “Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar”.

³³ A ementa do acórdão registrou o seguinte: “1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Embargos de Divergência nos Recursos Especiais n. 1.889.704/SP e n. 1.889.704/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08 de junho de 2022).

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 76.



5. REGRAS E PRINCÍPIOS

Enfatiza-se que, mesmo não havendo consenso doutrinário quanto ao tema, a doutrina tradicionalmente classifica as normas jurídicas em duas categorias: regras e princípios. A partir do pós-positivismo, com efeito, a reconstrução da interpretação das normas e do próprio Direito levou os juristas a se debruçarem com maior afinco sobre as dinâmicas que envolvem a aplicação das regras e dos princípios na tentativa de, metodologicamente, distingui-las.

Em linhas gerais, pode se dizer que as regras “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência”³⁵, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência entre a descrição normativa e os fatos. Também, é muito difundida a ideia de que elas operam por subsunção, a partir do modelo “tudo-ou-nada”, na medida em que, *a priori*, a conclusão pela aplicação hipotética de uma regra deve necessariamente excluir outra, não admitindo, em tese, ponderação conciliatória.

Por outro lado, os princípios, de acordo com Humberto Ávila³⁶, enunciam “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”. Assim, bem diferente das regras, os princípios são normas jurídicas que veiculam conteúdo de ordem axiológica, dotados de elevada abstração, pois demandam “[...] uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”³⁷.

Digno de nota que Ronald Dworkin³⁸, ao investigar o tema, propôs que o traço distintivo dos princípios se consubstancia, principalmente, na “dimensão de peso”, ou seja, na possibilidade de um se sobrepor ao outro quando em colisão, mas sem que o juízo ponderativo possa importar em prejuízo à validade da norma sobreposta. Alexy³⁹, ao desenvolver essa premissa, vai mais além e enfatiza que a ponderação dos princípios em

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 102.

³⁶ *Ibid.*, p. 102.

³⁷ *Ibid.*, p. 102.

³⁸ *Ibid.*, p. 57.

³⁹ *Ibid.*, p. 57.



conflito deve ser implementada gradualmente e em função das possibilidades fático-normativas, o que significa dizer que a prevalência de um sobre o outro deve ser determinada pelas circunstâncias concretas nas quais ambos seriam igualmente aplicáveis.

Destarte, partindo da definição atribuída a cada uma das espécies normativas acima explicitadas, defende-se que os precedentes judiciais de vinculação obrigatória, previstos no art. 927, do CPC, se enquadram na categoria das regras.

Isso porque, a *ratio decidendi* que compõe o precedente particulariza as normas jurídicas em tese aplicáveis – inclusive os princípios – para viabilizar a sua concretização no caso concreto, de maneira a produzir uma regra dotada de maior especificidade⁴⁰. Dessa forma, a partir dessa linha de pensamento, o precedente judicial é regra, porque, ao construir a norma específica, passa a operar analogamente ao texto legal – com os atributos da obrigatoriedade, abstração e generalidade –, possibilitando sua aplicação a todos os casos que lhe forem idênticos.

Ademais, a elasticidade inerente aos princípios, de fato, pode não ser adequada à função estabilizadora da jurisprudência, tendo em vista que o seu reduzido grau de objetividade acentua o risco de ofensa à isonomia entre os jurisdicionados, sobretudo quando estiverem presentes os mesmos pressupostos analisados na norma criada pelo precedente judicial. Acrescenta-se, ainda, que o tradicional modelo “tudo-ou-nada”, típico da dinâmica das regras, tem o efeito de reduzir a discricionariedade judicial sobre questões jurídicas já definidas, o que tanto confere maior previsibilidade, quanto contribui para consolidação da segurança jurídica.

Destarte, a fim de revelar a adequação do precedente à estatura das regras pode-se mencionar, à título exemplificativo, a tese definida no julgamento conjunto dos recursos extraordinários (RE) n. 955.227/BA e n. 949.297/CE⁴¹ pelo Tribunal Pleno do STF.

À título de contextualização, nesse julgamento estava em jogo a eficácia temporal da coisa julgada em matéria tributária. Na hipótese específica dos recursos, discutia-se a

⁴⁰ *Ibid.*, p. 69-73.

⁴¹ STF. Entenda a decisão sobre “coisa julgada” na área tributária tomada pelo STF. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502140&ori=1> >. Acesso em 20 de março de 2023.



influência dos efeitos do acórdão proferido na ADI n. 15⁴² – que reconheceu a constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) – em contraponto com as decisões proferidas anteriormente à sua publicação que admitiram, em demandas individuais, a inconstitucionalidade da mesma tributação.

Ao enfrentar o tema, o Supremo decidiu que os efeitos temporais da coisa julgada nas relações jurídico-tributárias de trato continuado cessam automaticamente com a superveniência de julgamento da sua lavra em sentido contrário à decisão proferida na demanda individual – em controle concentrado ou difuso, neste caso, pela sistemática da repercussão geral⁴³. Assim, independentemente de ação rescisória, as decisões transitadas em julgado, anteriores e contrárias ao teor do acórdão proferido na ADC n. 15, tiveram seus efeitos automaticamente cessados a partir do reconhecimento da constitucionalidade da CSLL, sendo certo que, desde então, os contribuintes tornaram a serem obrigados ao recolhimento da exação.

Com efeito, sem adentrar nos pormenores desse julgamento, fato é que a *ratio decidendi* adotada pelo STF conduz ao raciocínio de que o controle de constitucionalidade realizado na ADI n. 15 importou na criação de norma jurídica cogente, genérica e abstrata, na medida em que chancelou a tributabilidade da CSLL instituída pelo legislador ordinário⁴⁴. Além disso, a definição do marco interruptivo pelo julgamento dos recursos extraordinários também importou na criação de regra normativa, pois a delimitação dos efeitos da coisa julgada traduz postulado que, à semelhança da norma legal, tem elevado grau de abstração

⁴² Confira-se o seguinte trecho da ementa: “[...] L. 7.689/88, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, resultante da transformação em lei da Medida Provisória 22, de 1988. [...] 3. Improcedência das alegações de inconstitucionalidade formal e material do restante da mesma lei, que foram rebatidas, à exaustão, pelo Supremo Tribunal, nos julgamentos dos RREE 146.733 e 150.764, ambos recebidos pela alínea b do permissivo constitucional, que devolve ao STF o conhecimento de toda a questão da constitucionalidade da lei” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 15, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 14 de junho de 2007).

⁴³ No seu voto, o relator, Min. Roberto Barroso, enfatiza que a interrupção dos efeitos da coisa julgada por decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade necessariamente deve ser dada à luz da sistemática da repercussão geral. Segundo o ministro: “[...] chego à conclusão de ser necessária a interrupção dos efeitos da coisa julgada nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, independente do tributo que se esteja discutindo, quando esta Corte se manifestar em sentido oposto, em controle concentrado ou em controle difuso, desde que de acordo com a sistemática da repercussão geral”.

⁴⁴ Inclusive, em seu voto proferido na sessão virtual relativa ao julgamento do RE n. 955.227, o relator, o Min. Roberto Barroso, afirma exatamente isso: “Reitero que, no julgamento da ADI 15, em 2007, esta Corte produziu norma nova e em sentido contrário ao pleito dos contribuintes, vinculando todos à constitucionalidade da instituição da CSLL pela Lei nº 7.689/1988, de modo a prevalecer sobre a coisa julgada individual”.



a ponto de viabilizar o tratamento uniforme a jurisdicionados que se encontram em situações equivalentes.

Por outro lado, a se admitir eventual relativização do precedente em tela, por intermédio da ponderação casuística que é própria dos princípios, dar-se-á o ensejo de que determinados contribuintes possam ser prestigiados por vantagem econômica não extensível aos seus concorrentes, o que potencialmente culminaria em nocividade à concorrência e contrariedade à pretensão pacificadora da prestação jurisdicional.

Portanto, estabelecida essa compreensão, ocupar-se-á de enfrentar nos tópicos subsequentes a possibilidade da regra jurídica estabelecida pelo precedente judicial se submeter à derrotabilidade.

6. A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

Como visto, o principal critério utilizado para diferenciação das espécies de normas jurídicas se concentra na (in)suscetibilidade de ponderação. Então, de acordo com a doutrina tradicional, as regras, diferentemente dos princípios, seriam insubmissas ao sopesamento, de modo que caberia ao operador do direito identificar qual a melhor regra a ser aplicada e, uma vez identificada, afastar todas as outras cogitadas.

Essa compreensão tradicional, no entanto, passou a ser revisitada pelos teóricos, sobretudo a partir da década de quarenta, se revelando paradigmática a publicação do ensaio elaborado por Hebert Hart, intitulado “A atribuição de responsabilidades e direitos”. Em síntese, na teorização que propôs, as regras comportam não só as exceções explícitas – traduzidas naquelas estabelecidas expressamente pelo legislador –, mas também as denominadas “exceções implícitas”, que se referem às circunstâncias que não foram conjecturadas pela regra, mas que, por força da sua excepcionalidade, seriam relevantes o suficiente para afastá-la.

No entanto, com o passar dos anos, essas ideias foram desenvolvidas pela doutrina, sobretudo na segunda metade do século XX, dando origem à denominada “teoria da derrotabilidade das normas jurídicas”. No direito comparado, se tornaram expoentes do



assunto os juristas Neil MacCormick e Frederik Schauer, enquanto, no Brasil, se destaca a obra de Humberto Ávila.

A partir desse marco teórico, passou a ser defendida a ideia de que o julgador, diante de casos extremos e sob circunstâncias excepcionais, pode conferir ao conflito de interesses uma solução diversa daquela prevista na literalidade da regra, mormente quando entender que a situação sob análise não foi considerada pelo legislador. Ainda, segundo Frederick Schauer⁴⁵, a regra também pode ser derrotada quando a sua fiel aplicação causar um “resultado ruim” – sob a perspectiva da consequência inadequada, injusta ou ineficiente –, isso a serviço de valores maiores, como a razoabilidade, eficiência, bom senso e justiça.

Nesse sentido, Casten Backer⁴⁶ preleciona, com propriedade, que “a derrotabilidade das regras se origina da limitação da capacidade humana em prever todas as circunstâncias relevantes e, por conseguinte, da correspondente deficiência estrutural das regras”. Por isso, de acordo com o autor, “se as condições de uma regra são satisfeitas, então a conclusão se segue, a menos que ocorra uma exceção, ou seja, se ‘a’, então ‘b’, a menos que ‘c’”, tendo em vista que se “não é possível prever todas as exceções, não é possível criar uma regra sem exceções”.

A doutrina, no entanto, adverte que a aplicação da derrotabilidade só pode ser cogitada à luz do traço de excepcionalidade, e ainda assim, mediante o cumprimento de acentuado ônus argumentativo. Como bem observa Neil MacCormick⁴⁷, as regras, a rigor, “estabelecem condições ‘ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes’ e não simplesmente ‘necessárias e suficientes’, de forma absoluta”.

Ademais, enquanto instrumentos de justiça geral, as regras se sustentam em uma perspectiva generalista, na medida em que são elaboradas com a pretensão de eliminar ou reduzir o máximo de incertezas e arbitrariedades originadas pelos conflitos. Nesse quadro, a “superação” da norma, implementada à revelia de análise criteriosa, pode conduzir à frustração dos objetivos pretendidos com a própria “razão de ser” da formulação das regras

⁴⁵ SCHAUER, Frederick. Is defeasibility an essential property of law. BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (cords.). *The Logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 81.

⁴⁶ BACKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 102, p. 67-68, jan./jun. 2011.

⁴⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p 101.



e, se levadas às últimas consequências, provocar a erosão do sistema, sobretudo pelo abalo à previsibilidade e à segurança jurídica.

Essa cautela imposta pela derrotabilidade já foi externada pelo próprio STF que, no voto proferido pelo Min. Marco Aurélio, no julgamento do RE n. 567.985⁴⁸, ressaltou que o fenômeno “[...] exige do intérprete que sopesse não só o próprio valor veiculado pelo dispositivo como também os da segurança jurídica e da isonomia”.

Destarte, nessa difícil tarefa de estabelecer critérios objetivos voltados à aplicação metodológica do postulado, o jurista Humberto Ávila⁴⁹ propõe três requisitos de ordem material que, quando satisfeitos, tornam legítima a superação da regra. São eles: a existência de uma incompatibilidade entre a hipótese prevista na regra e a sua finalidade subjacente; baixa probabilidade do reaparecimento frequente de uma situação similar; e, por fim, a avaliação de que a implementação da justiça em um determinado caso não afetará a promoção da justiça para maior parte das hipóteses abrangidas pela norma.

Somados a esses requisitos, o autor também elabora condições de ordem procedimental⁵⁰. Primeiro, afirma que a derrotabilidade se legitima pelo propósito de alcançar a finalidade que subjaz a regra, o que, para ser demonstrado, depende da demonstração de incompatibilidade entre a hipótese nela estabelecida em contraponto ao que o seu fim exige. Segundo, pressupõe fundamentação condizente, que deve ser expressada na exteriorização, de modo racional e transparente, das razões que levaram à superação. Terceiro, e por fim, defende a exigência de comprovação substancial da situação excepcional, ressaltando que a mera alegação da parte, desacompanhada de elementos probatórios adequados, não deve ser suficiente a justificar a derrotabilidade.

Por esse viés, constata-se que a derrotabilidade é método hermenêutico excepcional e que deve ser reservado às situações absolutamente singulares, sob pena de comprometer a própria essência das regras.

Na sequência, passa-se a perscrutar as dinâmicas envolvidas na superação das regras judiciais, destacadamente o *overruling* e o *distinguishing*.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 567.985, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 18 de abril de 2013, p. 13 do acórdão.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 141-143.

⁵⁰ *Ibid*, p. 147.



7. *DISTINGUISHING E OVERRULING*

A começar pelo *overruling*, trata-se de fenômeno no qual se modifica substancialmente o precedente, abandonando total ou parcialmente (*overriding*) a *ratio decidendi* que até então o identificava, mas, em função da modificação das circunstâncias de fato e de direito que o tornaram obsoleto frente à realidade que sobreveio. Com propriedade, Odilon Romano Neto⁵¹ enfatiza que, embora não se trate de ocorrência habitual, é “equivocado supor que um sistema baseado em precedentes vinculantes seja necessariamente estático ou petrificado”, pois o “respeito aos precedentes não implica sua imutabilidade”.

Assim, a presença de mecanismos de superação e revisão são indispensáveis para conferir unidade ao direito e contemporaneidade às regras judiciais, sobretudo as vinculantes, sob pena de se consolidar o inadmissível *estoppel* processual. Nesse sentido, o CPC de 2015 teve o mérito de incluir no ordenamento jurídico nacional as bases da disciplina aplicável à superação dos precedentes.

O art. 927, §4º, do CPC, por exemplo, estabelece que as alterações jurisprudenciais relevantes sobre temas sumulados, pacificados ou dirimidos sob a sistemática dos recursos repetitivos devem observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, sem prejuízo da ponderação quanto aos princípios da proteção da confiança e da isonomia. Também, à luz da novel legislação processual, o STF⁵² já reconheceu que o recurso de embargos de declaração pode ser utilizado para adaptar julgados à nova realidade jurisprudencial, desde que não transitados em julgado.

Destarte, manifestação emblemática do *overruling* na história recente foi evidenciada no julgamento conjunto das ADCs n. 43, 44 e 54, pelo Tribunal Pleno do STF. Nesse caso, discutiu-se a constitucionalidade em abstrato do trânsito em julgado da sentença penal

⁵¹ NETO, Odilon Romano. *Proteção da confiança nas modificações na jurisprudência*: a tutela dos jurisdicionados diante da alteração de entendimentos consolidados. São Paulo: Dialética, 2021, p. 402-403.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). Rcl 15.724 AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Relator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 05 de maio de 2020.



condenatória enquanto pressuposto ao início da execução definitiva pena, previsto no art. 283⁵³, do Código de Processo Penal (CPP).

Até o julgamento dessas ações, prevalecia no Supremo o entendimento de que não havia óbice legal à execução provisória da pena, sobretudo a partir do julgamento do HC n. 126.292⁵⁴, ocorrido no ano de 2016, pelo plenário. No entanto, mesmo sem qualquer alteração no contexto legislativo, no julgamento das ADCs prevaleceu a tese de inadmissão da execução da pena antes do trânsito em julgado, firmando-se a constitucionalidade do art. 283 do CPP e, conseqüentemente, superando o entendimento firmado em 2016 que estabeleceu regra judicial diametralmente oposta⁵⁵.

O *distinguishing*, por outro lado, consiste em técnica na qual se identifica a ausência de similaridade fática entre o caso sob julgamento e o precedente que, a princípio, seria aplicável à solução do litígio. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni⁵⁶, trata-se de uma confrontação analítica entre os fatos materiais de cada um dos casos com o escopo de, objetivamente, estabelecer a diferenciação entre eles e, por conseguinte, tornar possível a formulação de conclusão diversa.

Quanto ao ponto, é importante anotar que o *distinguishing*, para ser válido, deve ser lastreado nas circunstâncias determinantes do precedente, ou seja, sobre aspectos que efetivamente determinaram a convicção imprimida na *ratio decidendi*. Caso contrário, na hipótese de se apoiar em elementos não essenciais que, a rigor, não justificariam o *distinguishing*, configura-se o que é doutrinariamente designado como “distinção inconsistente”.

⁵³ “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

⁵⁴ [...] A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. [...] (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). HC n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016).

⁵⁵ “[...] Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). ADC n. 43, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07 de novembro de 2019).

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325.



A respeito do tema, Odilon Romano Neto⁵⁷ argumenta que a formulação de distinções inconsistentes “[...] é técnica por vezes empregada por órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior, que, deparando-se com um precedente que consideram equivocado ou injusto (*bad law*) [...]”, optam por “[...] forçar o reconhecimento de uma distinção que, rigorosamente, não seria relevante, apenas com o objetivo de afastar a incidência do precedente”. Trata-se, dessa forma, de *modus operandi* que implementa verdadeira burla ao sistema processual, na medida em que tem o efeito de superar a vinculação imposta pela regra, mas à revelia do *overruling*.

Na atualidade, o julgamento do tema n. 1.076, dirimido sob a sistemática dos recursos repetitivos, pela Corte Especial do STJ, talvez seja o exemplo mais claro de distinção inconsistente que se tem verificado na jurisprudência brasileira. Ao julgar os recursos afetados, o tribunal definiu que nos processos nos quais o valor da causa ou o proveito econômico forem elevados devem ser obrigatoriamente observados os percentuais pré-fixados no art. 85, §§2º e 3º, do CPC, só se admitindo o critério da equidade quando forem inestimável, irrisório, ou então, quando o valor da causa for de reduzida expressão econômica⁵⁸.

Entretanto, apesar da clareza da tese definida pelo tribunal da cidadania, diversos tribunais de segunda instância, no mesmo ano em que foi definida a tese, lavraram acórdãos em sentido contrário, isto é, admitindo a fixação da verba com base na apreciação equitativa (art. 85, §8º, do CPC), ainda que à revelia da demonstração articulada de distinções essenciais quanto às circunstâncias materiais dos casos analisados⁵⁹. Tal prática, com efeito, manifesta autêntica “distinção inconsistente”, pois, sem identificar qualquer exceção

⁵⁷ NETO, Odilon Romano. *Proteção da confiança nas modificações na jurisprudência*: a tutela dos jurisdicionados diante da alteração de entendimentos consolidados. São Paulo: Dialética, 2021, p. 415.

⁵⁸ Tese fixada relativa ao tema n. 1.076: “i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC [...] ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo”.

⁵⁹ Para mais informações sobre o tema, confira-se o levantamento realizado pelo CONJUR: VITAL, Danilo; ANGELO, Tiago. “Placar apertado”: tribunais acham razões para não aplicar tese sobre honorários. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jan-19/tribunais-usam-placar-apertado-desculpa-afrontar-stj>>. Acesso em: 20 mar. 2023.



implícita ou alguma circunstância singular, tem-se ilegitimamente afastada a regra judicial que, a rigor, deveria ser observada.

Demais disso, importa dizer que a técnica do *distinguishing* é atualmente prevista no CPC.

O art. 489, §1º, inciso VI, do CPC, nesse sentido, considera ser vício de fundamentação, sujeito à correção pela via dos embargos de declaração (art. 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC), a decisão judicial que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Também, o art. 1.037, §9º do, CPC designa que, no contexto dos recursos repetitivos, há possibilidade das partes aduzirem a distinção com o intuito de afastar o sobrestamento decorrente da afetação pelo tribunal superior.

À guisa de conclusão é notório que, pelas definições apresentadas, o *distinguishing* e o *overruling* constituem fenômenos absolutamente distintos. Thomas de Bustante⁶⁰, ao discorrer sobre os institutos, bem os diferencia quando avalia que o *overruling* opera no “plano do discurso de justificação”, ao argumento de que busca demonstrar que a regra judicial anteriormente estabelecida deixou de ser válida. De outro lado, afirma que a sistemática do *distinguishing* opera no “plano do discurso de aplicação”, tendo em vista ser destinada a demonstrar a inaplicabilidade de regra judicial constituída, mas em razão da ausência de similaridade das circunstâncias fáticas sem, contudo, invalidar ou negar-lhe autoridade.

Destarte, para os objetivos do presente estudo, assume especial relevância verificar o ponto de contato entre o *distinguishing* e a derrotabilidade, tendo em vista que, diferentemente do *overruling*, ambos os institutos atuam sobre o discurso de aplicação da regra, isto é, não a invalidam (total ou parcialmente).

⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial*: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 388.



8. DERROTABILIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL

Diante das premissas apresentadas, é possível admitir que a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, tradicionalmente aplicada aos textos legislados, possa ser igualmente observada à regra judicial consolidada no precedente, destacadamente quando for possível verificar a existência da exceção implícita não conjecturada pelo tribunal responsável pela sua elaboração. Conforme já observado, a regra judicialmente formulada nasce do caso concreto e constitui a generalização de uma situação particular, o que evidentemente a torna sujeita a incompletudes que podem ser denunciadas por situações particulares e supervenientes.

A questão, no entanto, demanda a retomada da compreensão sobre o *distinguishing*, em especial para identificar o procedimento aplicável à derrotabilidade do precedente. Tal como defendido no tópico anterior, o *distinguishing* é técnica que se destina a apurar o grau de aderência entre o precedente judicial e o caso sob julgamento, o que, ordinariamente, se dá por intermédio da confrontação das circunstâncias fáticas e materiais. Se, nessa apuração, constata-se perfeita similaridade, aplica-se a regra judicial. Ao contrário, não havendo identidade suficiente, conclui-se pela não incidência do precedente.

É possível, no entanto, ir além dessa compreensão para também entender que o *distinguishing* é técnica de aperfeiçoamento e operacionalização das decisões judiciais, sendo seu principal escopo o constante refinamento da regra judicial. Com esse propósito, a análise sistemática sobre as circunstâncias fáticas não pode impedir a constatação de exceções ocultas à norma jurisprudencial, ainda que possam torná-la inaplicável ao caso concreto.

Ao tratar do tema, Thomas de Bustamante⁶¹ enfatiza que é possível retificar ou emendar o conteúdo da regra judicial, ainda que com a pretensão de reduzir o seu alcance semântico, sobretudo quando a generalidade da norma se revelar problemática para solução de determinado conflito. Para o autor, nas situações nas quais o sentido literal da regra possa

⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial*: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007, p. 474.



demandar uma restrição que não foi expressamente apresentada ou cogitada é possível que o seu conteúdo sofra uma “redução teleológica”, de maneira a mitigar o seu âmbito de aplicação à vista da circunstância excepcional.

Por esse viés, Guilherme Lessa⁶² assevera, com precisão, que a justificação do *distinguishing*, com base na exceção implícita, tem o condão de outorgar ao precedente maior grau de especificidade, na medida em que ajusta e corrige as imprecisões causadas pela incapacidade humana de considerar todas as variáveis aptas a influenciar a determinação da regra. Digno de nota que, embora reconheça a derrotabilidade do precedente, o autor é enfático ao afirmar que tal possibilidade não significa admitir a irreverência à autoridade ou intensidade da força vinculante, mesmo quando realizada por juízes de instâncias inferiores.

Nesse cenário, Guilherme Lessa⁶³ pontifica que a eventual pronúncia da exceção implícita, pelo juiz de primeira instância ou mesmo pelo tribunal de apelação não pode ser entendida como uma indevida “alteração do próprio precedente”, tampouco em “distinção inconsistente”, mas na estipulação de exceção a ser observada dentro dos limites objetivos e subjetivos do caso concreto. Assim, em situações tais, a derrotabilidade atua não para subverter a lógica imposta pela hierarquização do sistema de Justiça – pois não nega o conteúdo da regra judicial, sua vigência ou vinculação –, mas para possibilitar que, à vista da particularidade identificada, determinados valores protegidos pelo ordenamento positivo devem se sobrepor à generalidade da regra judicial.

Da mesma forma, a derrota do precedente, quando promovida pelo próprio tribunal responsável pela sua formulação, evidentemente não suscita questionamentos em torno da coerência, integridade e estabilidade da jurisprudência, pois, ao assim diligenciar, a corte acaba por incorporar a exceção implícita à própria regra. Nesse contexto, é relevante o exemplo apresentado por Luiz Guilherme Marinoni⁶⁴ ao examinar a aplicação da súmula n. 691 do STF (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus*

⁶² LESSA, Guilherme Thofehrn. *Precedentes judiciais e raciocínio jurídico*: aplicação, analogia e distinção. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 228-229.

⁶³ *Ibid.*, p. 228-229.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 990-991.



impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”) quando do julgamento do HC n. 85.185⁶⁵.

No contexto fático apreciado pelo Supremo, a parte impetrante suscitou que havia um fato singular, a saber, a “flagrante ilegalidade” da decisão judicial impugnada na impetração e que, por isso, não pode ser aplicada a súmula n. 691, do STF. Pretendia-se, portanto, a cognição do remédio constitucional que, *a priori*, apresentava objetivamente todos os requisitos tratados na súmula – eis que impetrado contra decisão monocrática de indeferimento de medida liminar lavrada por ministro de tribunal superior – e que, a rigor, deveria ensejar no pronto indeferimento da petição inicial.

Ocorre que, a despeito da textualidade do verbete, o tribunal reconheceu que a súmula deveria ceder à singularidade do caso em voga, isto é, que o *writ* deveria ser admitido, mesmo que, abstraídas as particularidades fáticas, a regra fosse em tese aplicável. No caso analisado, portanto, a norma jurisprudencial foi superada casuisticamente, pois, entre a generalidade da sua formulação e a particularidade do impetrante, preponderou a conclusão que mais se aproximaria da finalidade última do remédio constitucional, que é a tutela da liberdade individual.

Ao discorrer sobre esse episódio, Marinoni pondera que:

Ao considerar a particularidade da ‘flagrante ilegalidade’, admite-se a existência de uma circunstância que não foi considerada pelos precedentes que deram origem à súmula, afastando-se a sua aplicação no caso sob julgamento. A limitação do precedente, assim, é necessária para ajustá-lo a uma realidade que exige outra solução. Isso permite ver que o direito não se desenvolve apenas quando o precedente abarca outra porção da realidade, mas também quando se constata que esta não pode ser por ele regulada⁶⁶.

⁶⁵ “[...] Habeas corpus. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em habeas corpus. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de habeas corpus contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). HC n. 85.185, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10 de agosto de 2005).

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 991.



Destarte, sob a ótica proposta no presente estudo, é possível observar que a regra estabelecida na súmula n. 691, do STF, se sujeitou à derrotabilidade, tendo em vista que a superação pontual da súmula, nessa circunstância específica, não teve aptidão a colocar em risco a coerência da atuação jurisprudencial, pois os precedentes que a originaram, de fato, não consideraram a excepcionalidade reconhecida no julgamento do HC n. 85.185. De igual modo, a derrota implementada no caso concreto não teve o efeito de negar a vinculação imposta pela súmula, pois a regra nela veiculada permanece válida, mas com aplicabilidade teleologicamente esclarecida.

Ademais, importante mencionar que situação análoga pode ser verificada, com ainda mais ênfase, no tocante à aplicação da súmula n. 267, também da Suprema Corte (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”).

Antes de avançar, é necessário frisar que a finalidade subjacente à construção do enunciado da súmula n. 267, do STF, é de bem tutelar o “devido processo legal”, isso de maneira a evitar que o *writ* seja utilizado pela parte em detrimento do recurso cabível – como “sucedâneo recursal”. Nesse sentido, ao se debruçar sobre o assunto, Cassio Scarpinella Bueno⁶⁷ ressalta a absoluta excepcionalidade da ação de segurança impetrada contra o ato judicial, na medida em que, “[...] para ser adequadamente empregado como ‘sucedâneo recursal’, vale enfatizar, pressupõe algum ponto de estrangulamento do sistema e não, meramente, o insucesso pontual de algum pedido ou requerimento negado pelo magistrado do caso concreto”.

Dessa forma, embora a súmula editada pelo Supremo seja clara ao prescrever a vedação genérica de cabimento do mandado de segurança contra a decisão judicial sujeita a recurso, o mesmo tribunal tem excepcionado sua incidência quando demonstrada a necessidade de conferir peso maior à tutela do “direito líquido e certo”. Demonstração clara dessa assertiva são os numerosos julgados do próprio STF admitindo o processamento do *mandamus* quando impetrado contra decisão judicial sujeita a recurso desprovido de efeito suspensivo⁶⁸.

⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, pp. 36-37.

⁶⁸ No voto do relator, Min. Celso de Mello, foi consignado que: “[...] O exame do remédio constitucional do mandado de segurança tem levado a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais em geral, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, a admitirem a possibilidade de impetração mandamental contra atos de conteúdo



Também, apesar da clareza da súmula, a jurisprudência do STJ também tem admitido o cabimento do mandado de segurança em situações que, se objetivamente consideradas, ensejariam o óbice da súmula n. 267, do STF.

Nesse sentido, o tribunal da cidadania tem admitido a impetração da segurança contra o ato judicial que atinge a esfera de direitos de terceiro estranho ao processo⁶⁹ (súmula n. 202, do STJ: “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”). Também, tem viabilizado a tramitação do *mandamus* intentado contra ato judicial flagrantemente ilegal, teratológico e consumado com abuso de poder (MS n. 21.463/SP⁷⁰). Mais recentemente, admitiu a impetração da segurança contra o ato judicial diante da comprovação, pelo impetrante, da sua “vulnerabilidade processual”, caracterizada pelas dificuldades processuais e procedimentais impostas pelas próprias circunstâncias (RMS n. 66.683/MG⁷¹).

Em todas essas situações excepcionais, reconhecidas pelo STJ, a análise fria e hermética da regra judicial imposta pela súmula n. 267, do STF, se aplicada, certamente inviabilizaria a cognição do *writ* e, conseqüentemente, comprometeria a própria vocação do

jurisdicional, sempre que, presente situação de dano efetivo ou potencial, tais atos comportarem recurso destituído de eficácia suspensiva, como sucede, p. ex., com o recurso extraordinário, que possui efeito meramente devolutivo. [...] Esse entendimento, no sentido da excepcional admissibilidade de mandado de segurança contra decisão judicial impugnável mediante recurso desprovido de efeito suspensivo, sempre teve, como ora referido, o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 36/651 – RTJ 42/714 – RTJ 47/716 – RTJ 70/516 – RTJ 71/876 – RTJ 136/287, v.g.), mesmo nos casos em que cabível, tão somente, o recurso extraordinário. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Segunda Turma). RMS n. 26.265 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16 de setembro de 2014).

⁶⁹ “[...] 4. “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso” (Súmula n. 202/STJ). O advogado, representante judicial de seu constituinte, é terceiro interessado na causa originária em que praticado o ato coator, e, nessa condição, tem legitimidade para impetrar mandado de segurança para defender interesse próprio. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Quarta Turma). RMS n. 59.322/MG, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 05 de fevereiro de 2019).

⁷⁰ “1. O mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional é medida excepcional, somente cabível em casos de flagrante ilegalidade, teratologia ou abuso de poder [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial). MS n. 21.463/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18 de novembro de 2015).

⁷¹ “[...] 3- O excepcional cabimento do writ contra ato judicial na hipótese se justifica porque, no habeas corpus impetrado pelo devedor, não há a obrigatória integração do polo passivo pelo credor, tampouco lhe é deferido, em regra, a admissão como terceiro e, mesmo nas pontuais situações em que é admitido, apenas lhe é facultado interpor recursos excepcionais após a concessão da ordem, cuja cognição é constitucionalmente limitada. 4- Impedir a impugnação da decisão que concede habeas corpus pela via mandamental implicaria em colocar o credor de alimentos, materialmente vulnerável na relação jurídica alimentar, também em situação de vulnerabilidade processual, o que não se coaduna com o princípio da paridade de armas. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Terceira Turma). RMS n. 66.683/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 08 de março de 2022).



mandado de segurança de conferir tutela ao direito líquido e certo. Assim, em casos tais é que a derrotabilidade da regra judicialmente construída se afigura de suma relevância, pois, mediante a constatação das excepcionalidades casuísticas somadas ao peso maior a ser conferido ao direito especialmente tutelado, o balanceamento dos valores em jogo legitima a pavimentação de um caminho diverso, ou seja, rumo à solução que se afigura mais legítima e consentânea com o sistema jurídico.

Destarte, todos os exemplos destacados bem demonstram que a possibilidade de superação da regra judicial, à vista das circunstâncias específicas e articuladamente demonstradas pelo julgador, não importam em derrogação do próprio precedente, tampouco abalam a reverência à força vinculante. Nas duas hipóteses exemplificadas, relativas às súmulas n. 691 e n. 267, do STF, não há como admitir que as regras nelas tratadas perderam vigência ou força vinculativa. Antes o contrário, ou seja, permanecem válidas e aplicáveis à generalidade dos casos, embora tenham se tornado regras ainda mais precisas e vocacionadas ao atingimento das finalidades que lhe são subjacentes.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do advento do Código de Processo Civil, em 2015, inaugurou-se no ordenamento jurídico nacional a estruturação de um particular sistema de precedentes judiciais. Para muito além de meramente importar institutos próprios da cultura jurídica do *common law*, o precedente só pode ser assim considerado em razão da escolha do legislador que, o identificando, lhe atribui força vinculante, as consequências do seu descumprimento e os instrumentos adequados à sua tutela.

Pode-se dizer que, na realidade brasileira, os padrões decisórios descritos no art. 927, do CPC, representam aquilo que parcela da doutrina convencionou denominar de “precedentes vinculantes de força obrigatória”, na medida em que bem ilustram o dever cogente dos juízes de instâncias inferiores de observar e aplicar o entendimento dos tribunais de superposição. Importante dizer que, apesar de parte da doutrina defender que a vinculação demanda assento constitucional, filiou-se à compreensão de que o efeito vinculante



determinado pelo legislador infraconstitucional não compromete ou desafia a Constituição Federal.

Observou-se, ao longo da pesquisa, que a atividade jurisdicional não se resume a um exercício mecânico de aplicação literal do ordenamento positivo, tendo em vista que o texto legislado, sendo produto da construção humana, é suscetível a incompletudes e falhas que são denunciadas pela própria imprevisibilidade dos conflitos sociais. Com efeito, por não ser a atividade legislativa autossuficiente, a atividade-fim do Poder Judiciário assume autêntica índole criativa, na medida em que, ao ponderar as circunstâncias fáticas à luz do prescreve a lei, elabora a norma jurídica a ser aplicada enquanto solução adequada à disputa das partes.

Destarte, se é certo que a decisão judicial “cria o Direito”, também é indubitoso que os precedentes judiciais assumem especial relevância nesse aspecto normativo, destacadamente por terem a consequência de vincular instâncias judiciais inferiores ao entendimento dos tribunais superiores. Nesse contexto, é indispensável que a deferência ao precedente, pela atividade dos juízes ordinários e tribunais de segunda instância, vá ao encontro da questão que lhe é central, isto é, da *ratio decidendi* que é, justamente, a formulação da norma construída pelo julgamento das questões fáticas à luz dos fundamentos jurídicos considerados.

Atender à essência do julgado é essencial para assegurar previsibilidade e unidade à jurisdição. É por isso que, para o atingimento desse propósito, defendeu-se que a força vinculante do precedente judicial o aproxima da categoria das “regras”, pois essa espécie de norma jurídica se caracteriza por estabelecer diretriz de ordem descritiva, pretensiosamente geral e definitiva.

Todavia, atribuir ao precedente o caráter normativo, de regra, não significa encerrar na *ratio decidendi* uma verdade absoluta ou insuscetível a reflexões. Desde há muito, principalmente a partir da segunda metade do século XX, não se compreende mais a dinâmica das regras a partir da tradicional premissa do “tudo ou nada”, pois, à semelhança do texto legislado, suas prescrições podem ignorar circunstâncias que, se consideradas, alterariam a solução literal que a sua aplicação aprioristicamente determina, especialmente quando puder ir à contramão de princípios e valores caros à ordem jurídica.



Ao cotejar todas essas reflexões, sobretudo à luz da teoria da derrotabilidade, concluiu-se que as regras judiciais construídas nos precedentes podem, em situações excepcionais, serem sopesadas pelo operador do direito, ainda que pelo juiz ordinário. Defender essa possibilidade, é bom dizer, não denota advogar contra o objetivo estabilizador da jurisprudência, mas, antes, assegurar que a jurisdição possa ajustar soluções pré-determinadas às singularidades das circunstâncias fáticas, em especial quando o caso particular for suficiente a caracterizá-lo como exceção (implícita) à regra.

Portanto, a derrotabilidade do precedente pressupõe excepcionalidade e acentuado ônus argumentativo do operador do direito. É indispensável que a pronúncia de inaplicabilidade da regra judicial seja justificada em função de aspectos do caso particular que escapam ao largo daqueles expressamente considerados na formulação da *ratio decidendi*. É bem por isso que não há que se confundir a derrotabilidade com a conhecida “distinção inconsistente”, esta sim, irreverente ao sistema de precedentes e contrária aos seus propósitos.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BACKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 102, p. 67-68, jan./jun. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, p. 2.2171-2.228, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 09, n. 33, p. 43-92, 2006.
- BRASIL. Fórum Permanente de Processo Civi. Enunciado n. 380. Disponível em: <<https://diarioprocessual.com/2022/03/23/enunciados-fppc-2022/>> Acesso em 08 abr. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Mandado de Segurança n. 21.463/SP, rel. Ministro Raul Araújo, rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18 de novembro de 2015.



-
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Recurso Especial n. 1.906.618/SP, relator Min. Og Fernandes, julgado em 16 de março de 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Súmula n. 202., aprovada em 17 de dezembro de 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Agravo Interno nos Embargos de Declaração na Reclamação Constitucional n. 15.724, Rel. Min. Rosa Weber, Relator para acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 05 de maio de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso em Mandado de Segurança n. 59.322/MG, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 05 de fevereiro de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.886.929/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08 de junho de 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.889.704/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08 de junho de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 26.265, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16 de setembro de 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso em Mandado de Segurança n. 66.683/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08 de março de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07 de novembro de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16 de fevereiro de 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 15, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 14 de junho de 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 501, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10 de agosto de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 501, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 08 de agosto de 2022.



-
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06 de junho de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 323, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30 de maio de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). “Habeas Corpus” n. 85.185, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 10 de agosto de 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). “Habeas Corpus” n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 949.297/CE, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 08 de fevereiro de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 955.227/BA, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 08 de fevereiro de 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 589.998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20 de março de 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 567.985, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 18 de abril de 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Súmula n. 691, aprovada em 24 de setembro de 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Súmula n. 267, aprovada em 13 de dezembro de 1963.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Tribunal Pleno). Súmula n. 277, aprovada em 25 de setembro de 2012.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Tribunal Pleno). Súmula n. 450, aprovada em 21 de maio de 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.



- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2018.
- LESSA, Guilherme Thofehn. *Precedentes judiciais e raciocínio jurídico*: aplicação, analogia e distinção. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MENDES, Aluisio G. Castro. Jurisprudência e precedentes no Direito Brasileiro: Panorama e Perspectivas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 3, p. 42-52, 2021.
- MOREIRA, José Carlos B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- NETO, Odilon Romano. *Proteção da confiança nas modificações na jurisprudência*. a tutela dos jurisdicionados diante da alteração de entendimentos consolidados. São Paulo: Dialética, 2021.
- RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Precedente formado em casos repetitivos*: eficácia, *issue preclusion* e as teses jurídicas prejudiciais. Curitiba: Juruá, 2017.
- SCHAUER, Frederick. Is defeasibility na essential property of law. BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista (cords.). *The Logic of legal requirements*: essays on defeasibility. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 81.
- STF. Entenda a decisão sobre “coisa julgada” na área tributária tomada pelo STF. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502140&ori=1> <>. Acesso em 20 mar. 2023.
- STRECK, Lênio. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 25 jul. 2022.
- TARUFFO, Michele. Dimension ides precedentes giudiziario. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano XLVIII, p. 411-430, 1994.
- VITAL, Danilo; ANGELO, Tiago. "Placar apertado": tribunais acham razões para não aplicar tese sobre honorários. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-jan-19/tribunais-usam-placar-apertado-desculpa-afrontar-stj>>. Acesso em: 20 mar. 2023.