

CORTES NOMOFILÁTICAS E A SUPERAÇÃO DE SEUS PRECEDENTES:

Contribuições da Doutrina de J.W. Harris à realidade brasileira

**SUPERIOR COURTS AND OVERRULING: CONTRIBUTIONS OF
J.W. HARRIS TO THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

Guilherme Lunelli*

Data de recebimento: 17/04/2013

Data de aprovação: 05/07/2013

RESUMO

A preocupação com o respeito aos precedentes judiciais é uma constante no seio da academia jurídica brasileira e a razão para tanto é simples: vive-se um momento de verdadeiro caos e incerteza dentro do nosso judiciário, em que o êxito ou o fracasso de uma demanda pauta-se numa lógica muito mais lotérica do que jurídica. Nesse contexto, se agiganta a função e importância das cortes superiores, que passam a deter um duplo papel na conformação do Direito e na fixação de diretrizes a serem seguidas pelos demais órgãos jurisdicionais, garantindo, assim, igualdade, previsibilidade, segurança jurídica e coerência dentro de um sistema jurídico. Daí a necessidade de unidade e uniformidade no interior de tais órgãos e, por consequência, o necessário cuidado a ser tomado quando, para um eventual desenvolvimento do direito, orientações jurisprudenciais tenham de ser modificadas ou superadas.

PALAVRAS-CHAVE

Cortes nomofiláticas; Cortes superiores; Precedentes.

* Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Advogado.
Email: lunellig@hotmail.com

ABSTRACT

The concern about respecting judicial precedents is a constant within the Brazilian legal academia and the reason for this is simple: we live in a time of chaos and uncertainty within our judiciary, where the success or failure of a demand relates much more to a lottery logic than to a juridical logic. In this context, grows the function and importance of the superior courts, which now hold a dual role by shaping the law and establishing guidelines to be followed by other courts, thus ensuring equality, predictability, certainty and coherence to the legal system. Hence the need of unity and uniformity within these bodies and therefore the necessary care to be taken when, for eventual development of the law, jurisprudential have to be modified or overruled.

KEYWORDS

Nomofilatic Courts; Superior Courts; Precedents.

INTRODUÇÃO

A preocupação com o respeito aos precedentes judiciais vem se mostrando uma constante no seio da academia jurídica brasileira e a razão para tanto é simples: vive-se um momento de verdadeiro caos e incerteza dentro do nosso judiciário, em que o êxito ou o fracasso de uma demanda pauta-se numa lógica muito mais lotérica do que jurídica.

Tal situação, ainda, mostra-se agravada pela manifesta despreocupação dos Tribunais Superiores em, assumindo o seu compromisso constitucional, zelarem pela harmonia, coerência e continuidade do sistema. Tais cortes, ao arrepio de ideais como isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade, se sentem totalmente desvinculadas das suas decisões pretéritas, superando entendimentos sem qualquer critério lógico ou jurídico a nortear tal atuação. Acabam, com isso, exalando diversos posicionamentos sobre uma mesma matéria, dificilmente conseguindo, efetivamente, se apresentarem como norte para a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Em tal contexto, algumas indagações acabam por emergir: afinal, qual a função de uma corte superior? O respeito às suas próprias decisões influencia de alguma forma esta função? Pode ou deve uma corte superior superar seus precedentes? Tal atuação é ou pode ser livre?

Propõe-se o presente artigo, então, a, sem qualquer intuito de esvaziar o assunto, tentar apresentar algumas respostas para tais questionamentos.

1 A MODERNA FUNÇÃO NOMOFILÁTICA DAS CORTES SUPERIORES

Conforme leciona Michele Taruffo¹, a ideia de nomofilaquia foi, já em 1920, introduzida na Itália por Piero Calamandrei e relaciona-se à função das cortes superiores em garantirem a uniformidade na interpretação e aplicação das normas, proferindo decisões voltadas para o futuro e capazes de orientar e uniformizar a jurisprudência sucessiva.

Esclarece o jurista que um órgão jurisdicional pode atuar, predominantemente, tutelando o chamado *ius litigatoris* (ou seja, dedicando-se à formulação de decisões que resolvam controvérsias particulares, levando em conta, sobretudo, os interesses individuais das partes), ou tutelando o *ius constitutionis* (ou seja, determi-

¹ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. In: Revista de Processo, São Paulo: RT vol. 199, set/2011.

nando a correta interpretação da lei, visando não somente à solução do caso em julgamento, mas, sim, buscando coordenar e uniformizar a futura aplicação da questão no sistema jurídico)². A concepção de nomofilaquia, sob tal ótica, se correlacionaria à tutela do *ius constitutionis* e, por consequência, à função pública e prospectiva inerente às cortes superiores³.

Quando do seu nascimento, a noção de nomofilaquia remetia-se à ideia de que os órgãos de cúpula, enquanto últimos e mais altos intérpretes do Direito, deveriam desempenhar uma espécie de função disciplinar, proclamando a *única e exata* interpretação aceitável para a norma, a qual se encontraria latente no texto à espera de sua extração pelo intérprete⁴.

Entretanto, à luz das mais recentes teorias da interpretação jurídica, tal noção de nomofilaquia não mais encontra espaço⁵. Isto, pois, modernamente, não há como se sustentar que, findo o processo legislativo, encontrar-se-á a norma pronta e acabada, cabendo ao intérprete unicamente extraí-la, por intermédio de uma “interpretação quase-autêntica”. A produção normativa, em verdade, trata-se de ato complexo que, para além do texto ou da vontade do legislador, finaliza-se tão-somente quando, à luz dos fatos, é apreciada pelo juiz e aplicada a determinada situação da vida concreta. A interpretação do Direito, então, envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto legal, mas, sim, a própria construção jurisdicional da norma, a partir do

² TARUFFO, Michele. **Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione**. In: *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*. Centro Studi giuridice e Politici della Regione Umbria. Centro Internationa Magstrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 96.

³ No mesmo sentido, SILVESTRI (2001, P.105-106): “*Da un punto de vista teorico, il catalogo delle funzioni che si possono attribuire ad una corte suprema, pur non essendo illimitato, spazia tra due concezioni che riconosce alla corte il ruolo di garante ultimo della giustizia e della correttezza delle decisioni rese nei singoli casi concreti e, dall'altro lato, la concezione che le assegna un compito da svolgere nell'interesse oggettivo dell'ordinamento attraverso il controllo esercitato in ordine all'uniforme interpretazione delle norme vigenti. Si tratta, ovviamente, di due concezioni che riflettono un diverso modo di concepire il ruolo della corte suprema: la prima fa della corte un organo a servizio degli individui e del loro interesse ad ottenere la <giusta> decisione delle controversie che li coinvolgono, mentre la seconda vede nella corte il difensore per eccellenza di un interesse superiore, ossia quello al mantenimento dell'unità del diritto positivo ed all'attuazione del principio di uguaglianza nell'applicazione delle norme. Si può quindi parlare di una funzione <privata> della corte suprema e di una sua funzione <pubblica>, a seconda que si adotti l'una o l'altra concezione del ruolo che le è proprio. Dal livello astratto della teorizzazione si può poi scendere al livello di una verifica concreta, che consenta di accertare quale delle due funzioni caratterizzi l'operato della corte suprema di uno specifico ordinamento, sul presupposto che l'esercizio dell'una non esclude necessariamente quello dell'altra e che il rapporto fra le due funzioni non si attegga in realtà nei termini di una rigida contrapposizione, ma piuttosto come un rapporto dialettico, in cui una pluralità di variabili determina la prevalenza ora dell'una, ora dell'altra*”.

⁴ SILVESTRI, Elisabetta. **Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione**. In: *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*. Centro Studi giuridice e Politici della Regione Umbria. Centro Internationa Magstrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè Editore, 2001, p. 110.

⁵ *Ibid.*, 2001, p. 111-112.

texto e dos fatos. A interpretação, nesse contexto, trata-se de atividade constitutiva e não meramente declaratória⁶.

Por tais razões, Elisabetta Silvestri⁷ sustenta que, na atual quadra da história, as cortes superiores desempenham um papel muito mais amplo e complexo do que simplesmente impor aos tribunais inferiores uma interpretação considerada ‘exata’. Atuam, em verdade, de modo a apontar, em cada caso, qual seria a interpretação ou a solução mais coerente, definindo as diretrizes interpretativas mais acertadas para cada situação. Complementam, assim, a atuação do legislador na criação da norma.

Daí o exponencial crescimento da importância nomofilática das cortes superiores que, nos dias atuais, correlaciona-se também ao seu papel de atualizadoras, colaboradoras e partícipes na produção normativa, não mais se restringindo a um papel de mera extração da vontade do legislador.

Nesse cenário, Sergio Chiarloni⁸ ressalta a necessidade de que a atuação de uma corte superior que se pretenda nomofilática ocorra de forma coerente e uniforme, exalando um único posicionamento, ou uma única interpretação, sobre cada questão. Sustenta, então, ser totalmente descabido qualquer discurso que pregue a necessidade de uma “nomofilaquia dialética”, caracterizada pela ‘liberdade’ interpretativa de cada juiz e escorada na premissa de que uma sociedade pluralista exige, também, uma corte suprema capaz de dar provas desse pluralismo. Tal entendimento, exclusivamente, daria azo a cada vez maiores incertezas interpretativas.

Assim, diz o jurista que somente uma postura jurisprudencial uniforme e coerente por parte das cortes superiores dará conta de: (i) tutelar o princípio da igualdade, o qual não pode ser lido somente como ‘igualdade perante a lei’, mas também como igualdade perante a interpretação da lei; (ii) catalisar a previsibilidade das decisões, reduzindo a conflituosidade e garantindo segurança e programabilidade no trato jurídico; (iii) reforçar a autoridade da corte, vez que uma jurisprudência oscilante acaba por diminuir a credibilidade de qualquer órgão jurisdicional; (iv) garantir uma maior eficiência à atuação jurisdicional, já que uma jurisprudência pacificada possibilita uma menor carga de trabalho intelectual aos magistrados⁹.

Taruffò, em sentido semelhante, leciona que, para tutelar-se a igualdade entre

⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 60.

⁷ SILVESTRI, op. cit, 2001, p. 112.

⁸ CHIARLONI, Sergio. *Funzione nomofilattica e valore Del precedente*. In: **Direito Jurisprudencial**. Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012. P. 225-243.

⁹ *Ibid.*, 2012, p. 225-229.

os jurisdicionados, mostra-se necessária a existência de coerência e uniformidade interna no âmbito das cortes superiores, razões pelas quais entende imprescindível a vinculação destas aos seus próprios precedentes. Desta feita, expõe o jurista italiano que:

O problema pode se referir a qualquer juiz, mas se coloca em particular nas cortes superiores, a respeito das quais se pergunta se elas são ou devam ser, de algum modo, vinculadas a seus próprios precedentes. Uma resposta positiva a essa questão parece justificada, essencialmente em razão da necessidade de que casos iguais venham a ser tratados do mesmo modo pelo juiz. Uma corte que, sobre a mesma questão, cambiasse cada dia uma opinião, teria bem escasso respeito e violaria qualquer princípio de igualdade dos cidadãos perante a lei. Justificar-se-ia, por isso, e com sólidas razões, um grau elevado de força do autprecedente, ou até mesmo, um vínculo formal da corte a seguir os seus próprios precedentes¹⁰

Note-se, entretanto, que, quando se reza pela necessidade de coerência e uniformidade dentro de uma corte superior, sustentando-se que, para a garantia do seu papel nomofilático, põe-se essencial a existência de um único entendimento interpretativo no interior do órgão, não se quer, com isso, dizer que, após firmada uma posição jurisprudencial esta jamais poderá ser abandonada.

Bem pelo contrário, a superação de entendimentos mostra-se totalmente salutar dentro das cortes superiores, propiciando o próprio desenvolvimento do Direito. Conforme já esboçado, uma corte superior possui, nos dias de hoje, função de verdadeira partícipe na produção normativa, “*attribuendo all’attività che essa svolge um’importanza decisiva nella’evoluzione del diritto e nella sua continua creazione*”¹¹. Assim, certamente, existirão hipóteses, mormente quando as próprias condições históricas, econômicas, e sociais que influenciaram a decisão pretérita se mostrem superadas¹², em que a corte deverá se distanciar de um posicionamento anteriormente fixado, pelo bem do próprio Direito.

Sob tal ótica, pode-se dizer que, *prima facie*, inexistiria qualquer problema ou empecilho em que uma corte superior alterasse uma orientação anterior e se distanciasse de seus precedentes. Esta é uma função que, modernamente, também lhe é intrínseca. O problema, em verdade, “*surge quando estas variações são muito frequentes, arbitrárias, casuais e privadas de justificação séria.*”¹³

¹⁰ TARUFFO, op. cit. 2011, p. 149.

¹¹ SILVESTRI, op. cit, 2001, p. 113.

¹² TARUFFO, op. cit. 2011, p. 150.

¹³ Ibid., 2011, p. 150.

Em tal contexto, a própria função da corte é colocada em xeque; eis que escopos intimamente ligados ao seu papel nomofilático, tais como igualdade, segurança jurídica, previsibilidade e coerência jurídica, dificilmente convivem de forma harmônica com uma jurisprudência aluvial e instável.

A superação de precedentes é, portanto, saudável para qualquer ordenamento, todavia, tal atuação deve se encontrar minimamente balizada, atinando-se para o justo equilíbrio entre o dever da corte em desenvolver o Direito e, ao mesmo tempo, a necessidade deste órgão garantir uniformidade e coerência ao sistema jurídico.

2 A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES PELAS CORTES SUPERIORES: UMA PROPOSTA DE BALIZAMENTO, A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO *COMMON LAW*

Conforme debatido, as cortes superiores possuem função de suma importância dentro de um ordenamento jurídico, devendo, para além da solução de casos ou conflitos individuais, adotar uma postura verdadeiramente pública, projetada para o futuro e condizente com a sua função nomofilática.

Tal função apresenta-se, a um só tempo, como um dever de construção normativa, adaptando o Direito às aspirações e modificações sociais, e, também, como um necessário modelo de atuação voltado para os demais órgãos jurisdicionais, garantindo uniformidade, igualdade, segurança e previsibilidade no trato jurídico. Esses deveres de uma corte superior podem, assim, ser encarados como duas faces de uma mesma moeda.

Em tal contexto, encontrar o ponto de equilíbrio entre essas duas atribuições, apesar de não se mostrar uma tarefa fácil, coloca-se imprescindível.

Aqui, não se pode perder de vista que a atuação das cortes superiores (mormente no contexto pós-positivista, em que lhes é conferido verdadeiro papel de construção normativa¹⁴) correlaciona-se a um exercício de poder e que qualquer poder incondicionado é perigoso e danoso. A modificação de entendimento, a superação de precedentes, é corolário do exercício do poder jurisdicional e, assim, necessita de limites e balizamentos.

Todavia, o que se visualiza na praxe jurídica brasileira é uma total despreocupação ou desapego com a questão. A verdade é que, hoje, no âmbito dos tribunais superiores de nosso país, vale tudo.

Assim, na escassez de critérios jurídicos bem definidos para a superação de

¹⁴ Sobre, ver também: MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

precedentes dentro da legislação, jurisprudência e doutrina nacional, buscou-se, na experiência do *common Law*, sustentáculos para uma tentativa de sistematização da questão.

Não se almeja, com isso, frise-se desde já, esgotar o assunto ou, muito menos, meramente “importar” uma doutrina estrangeira. A proposta, em verdade, trata-se de um convite ao diálogo, uma oportunidade de reflexão que, pelo bem ou pelo mal, encontra na experiência anglo-saxã um bom ponto de partida.

2.1 Princípios que devem orientar uma corte superior na superação de um precedente: a doutrina de J.W. Harris

J. W. Harris, em estudo intitulado “*Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?*”¹⁵ procura, por meio da análise de casos extraídos da antiga *House of Lords* inglesa e da Suprema Corte australiana entre 1966 e 1990, identificar quais seriam os princípios existentes por detrás da possibilidade (ou não) de superação de um entendimento já firmado por uma corte superior. A empreita de Harris, dentro do próprio *common law*, coloca-se, até hoje, como verdadeiro norte para todos que se prestam a estudar o assunto, razão pela qual, para os fins do presente trabalho, também fora eleita como marco teórico.

O primeiro princípio identificado por Harris (*improvement to the law*) apresenta-se, em verdade, como uma exigência a ser verificada, *prima facie*, em toda e qualquer hipótese em que se pretenda abandonar um precedente: o novo entendimento, necessariamente, deverá promover o aperfeiçoamento do Direito, trazendo-lhe melhorias.

Todavia, sendo a noção de “aperfeiçoamento do Direito” demasiadamente aberta e de difícil conceituação (fato que, por consequência, poderia servir de alibi para qualquer tentativa indevida de superação de precedentes), põe-se necessária a sua mensuração, o que, conforme propõe o jurista, deve ocorrer sob três dimensões: *justiça, certeza e coerência*.

A primeira dessas dimensões, *justiça*, não se refere (note-se) a hipóteses em que, à luz dos fatos de um único e singular caso, pode a aplicação do entendimento jurisprudencial se mostrar injusta; refere-se, sim, às hipóteses em que a aplicação do precedente tende a, de forma *universal*, se mostrar injusta para toda uma classe ou grupo identificável de pessoas.

A segunda dimensão visualizada por Harris para a mensuração de um possível aperfeiçoamento do Direito tangencia o requisito *certeza*. Não se fala aqui

¹⁵ HARRIS, J. W. *Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?* In: Oxford Journal of Legal Studies vol. 10 1990 P. 135-199.

de certeza no sentido de conhecer-se ou confiar-se no Direito, pois, neste senso, o conceito sempre militaria contra a superação de um entendimento já firmado. Trata-se, com efeito, de certeza no sentido da superação de um precedente ambíguo em prol de um precedente claro, propiciando menores dúvidas quando da aplicação do entendimento jurisprudencial. Aperfeiçoa-se o Direito pela substituição de um precedente de índole confusa ou nebulosa por outro que denote maior clareza e elucidação.

Por fim, diz o jurista que o aperfeiçoamento do Direito também poderá ocorrer sob a égide da *coerência*. Fala-se, aqui, em harmonia do sistema: um entendimento visto de forma isolada pode se apresentar aparentemente adequado, mas sua implementação, em conjunto com outras regras do sistema, o torna incoerente. Em tal contexto, inexistindo qualquer razão que justifique a coexistência simultânea de duas disposições antagônicas, a superação de uma delas põe-se imprescindível para o bem do próprio Direito.

De toda sorte, conforme leciona J. W. Harris, a presença de tais requisitos não autoriza, por si só, a superação de um precedente. Presente uma dessas hipóteses, para que o entendimento possa ser legitimamente suplantado, ainda mostrar-se-á necessário ultrapassar uma segunda etapa: a noção de aperfeiçoamento do Direito está também sujeita a *quatro princípios constritivos*, cada um deles suficientemente idôneo a reprimir a superação de um entendimento já firmado.

O primeiro, e talvez mais importante, desses princípios constritivos relaciona-se à *ausência de qualquer nova razão (no new reasons)* que justifique o abandono de um entendimento previamente fixado. Essas novas razões podem se relacionar à: (i) modificações de cunho político, social, econômico ou moral; (ii) alterações ocorridas na legislação que escorava o precedente; (iii) revisitação do antigo precedente, tomando em conta razões ou argumentos não analisados pela corte que, pioneiramente, firmou o entendimento.

No que tange a este primeiro princípio restritivo, Harris traz algumas considerações que, ante a realidade vivenciada por muitas cortes superiores dentro dos sistemas de *civil law*, merecem destaque. Expõe o autor que, via de regra, uma decisão pode ser considerada “errada” em duas medidas. A primeira refere-se à circunstância em que um ou mais argumentos jurídicos deixaram de ser invocados e apreciados quando da formação do precedente e, caso tivessem sido, poderiam ter direcionado o precedente em outro sentido. Nesse caso, como visto, plenamente possível a superação do precedente, eis que presente uma *nova razão* para tanto. A segunda, entretanto, refere-se à hipótese em que, apesar da decisão ter considerado todas as razões pertinentes ao caso, entende-se que estas foram erroneamente sobrepesadas (invariavelmente existirão decisões que não serão universalmente

aceitas, havendo aqueles que possam entender que variações no julgado, em um ou outro sentido, seriam mais aceitáveis). Em tal hipótese, ressalva o doutrinador que não há como se considerar existente qualquer *nova razão* que autorize a superação do precedente que, salvo hipótese excepcional a ser posteriormente abordada, deverá ser mantido¹⁶.

Da mesma sorte, quando duas possíveis interpretações da lei se mostrem aceitáveis e uma delas é entendida como correta pela corte, ela deve ser seguida sem que exista o risco de tal interpretação ser, posteriormente, tomada por errada e superada. Nesse caso, não há como se sustentar que a decisão encontra-se materialmente ou manifestamente errada e, portanto, a noção de certeza, consistência e continuidade do direito deve prevalecer.

Nessa esteira, o fato de, no julgamento pioneiro, a corte ter-se colocado dividida não autoriza a busca pela revisão do precedente. Bem pelo contrário, quanto mais debatida a questão, mais valor deve ser conferido ao precedente, pois mais razões foram ponderadas para que o resultado final da corte tendesse neste ou naquele sentido. Quando duas decisões se mostram plausíveis, foge do papel de uma corte modificar um entendimento já fixado sem que existam novas razões para tanto, não sendo suficiente a mera modificação da composição da corte ou do entendimento de um ou de alguns de seus membros. Entendimento contrário levaria à possibilidade (pasmese!) de que os litigantes se voltassem para as cortes almejando, a revisão de um precedente tão-somente em razão da modificação de sua composição ou da divergência de entendimento entre os seus membros. Aqui, vale transcrever a lição do professor:

The point is that if the High Court is pressed to reach a different conclusion from its predecessor and nothing is put by way of argument which was not advanced on the earlier occasion, the court should not allow itself to be persuaded to a different view even if, had the matter been *de novo*, the present majority might have seen the outcome in the way contended for¹⁷.

Todavia, sugere Harris que o *no-new-reasons principle* pode, frente a questões ou princípios de fundamental importância, sofrer certa flexibilização. Nessa linha, sustenta que, apesar de uma corte final não estar, via de regra, autorizada a superar uma prévia decisão com base em argumentos já analisados anteriormente, existirão

¹⁶ Quando as razões relacionam-se a discussões doutrinárias, vale a mesma lógica: se todas as questões levantadas pela doutrina já integraram a decisão, não há novas razões a justificar a superação do precedente.

¹⁷ HARRIS, op. cit., 1990, p. 161.

questões de tão fundamental importância que sua mera invocação será suficiente para a superação de um precedente. Trata-se, em síntese, de verdadeira válvula de escape para evitar-se a perpetuação de manifestas injustiças.

Bem exposto o primeiro princípio construtivo identificado por Harris, passa-se à análise do segundo deles, atinente à *confiança justificada (justified reliance)* que o precedente pode ter despertado na comunidade, levando as pessoas a organizarem seus afazeres, suas atividades, com base na orientação fixada pelo tribunal. Se os cidadãos assumiram obrigações, firmaram contratos, tomaram compromissos ou fizeram planos pautados em uma decisão da corte, tal precedente não deve ser superado. Tutela-se, aqui, a segurança jurídica e a previsibilidade¹⁸.

O terceiro princípio capaz de impedir a superação de um precedente correlaciona-se a um “*compromisso*” com o Legislativo (*comity with the Legislature*). Assim, diz Harris que, quando o legislador, após a fixação do precedente, traz demonstrações de que a orientação jurisprudencial deve permanecer válida (por exemplo, legislando na área sem contrariar o precedente ou, tacitamente, presumindo a força do precedente ao dispor sobre assuntos afetos à matéria), não cabe mais ao judiciário modificar tal entendimento.

Por fim, o último princípio construtivo trazido pelo autor refere-se à impossibilidade de se superar um precedente quando tal postura não acarretar qualquer consequência para a resolução do caso (*mootnes doctrine*) e, basicamente, diz respeito àquelas situações em que não mais existe controvérsia. Esclarece o autor que a função primária de uma corte superior do *common law* é a de resolver conflitos e, por consequência, a produção de regras por intermédio dos precedentes, apesar de essencial, apresenta-se como uma função secundária. Dessa forma, superar-se um precedente quando não mais existente qualquer controvérsia entre as partes, na visão de Harris, implicaria alçar a função secundária da corte à condição de função principal, ensejando a criação de regras apartadas de casos, o que, sob a ótica da separação dos Poderes, não é cabível.

2.2 Alguns apontamentos para a aproximação da doutrina de J.W. Harris à realidade brasileira e seus impactos sobre a função nomofilática de nossas cortes

Conforme se passa a demonstrar, tem-se que a proposta de J.W. Harris, em que pese forjada sob a égide do *common law*, quando compulsada com a necessária função nomofilática a ser desempenhada pelas cortes superiores também dos países

¹⁸ Ressalva o professor, entretanto, que o princípio da confiança justificada não pode ser invocado pelos Poderes públicos: essa é uma proteção exclusiva do jurisdicionado.

de *civil law*, parece, *mutatis mutandis*, se manter bastante coerente.

As razões para tanto, apesar das evidentes diferenças existentes entre os dois sistemas jurídicos¹⁹, põem-se bastante simples: a lógica por detrás da doutrina do *stare decisis* e por detrás da função nomofilática esperada das cortes superiores nos países de *civil law*, em verdade, se sustenta sobre fundamentos idênticos, quais sejam: previsibilidade, segurança, igualdade e coerência jurídica.

A proximidade apresenta-se ainda mais evidente quando se percebe que o discurso de Harris nada mais pretende do que conciliar o desenvolvimento (ou aperfeiçoamento) do Direito com a necessidade de coerência, uniformidade e continuidade do sistema, funções essas que, como se viu, são inerentes também às cortes nomofiláticas do *civil law*.

Daí porque se acreditar que, na ausência de critérios bem definidos para a superação de entendimentos no âmbito de nossas cortes superiores, a experiência do *common law* pode ser um bom ponto de partida.

Em especial no que tange aos tribunais superiores brasileiros, como é sabido por todos aqueles envoltos na práxis forense, estes, sem sombra de dúvidas, ainda não se deram conta da importância de, verdadeiramente, assumirem sua função pública. Vive-se um contexto de instabilidade e incerteza, onde órgãos fracionários de uma mesma corte (ou, ainda pior, o mesmo órgão fracionário, a depender dos magistrados votantes) proferem entendimentos diametralmente opostos (não se sentindo, de qualquer forma, vinculados às decisões anteriormente proferidas) e em que orientações jurisprudenciais são superadas sem qualquer critério para tanto. Sob tal ótica, a releitura das formulações de J. W. Harris, adaptando-as à nossa realidade de *civil law*, pode trazer, acredita-se, bons resultados no processo de condução das cortes superiores brasileiras à condição de verdadeiras cortes nomofiláticas.

Assim, sem prejuízo de outras possíveis abordagens, pontuam-se aqui, sem qualquer pretensão de esgotar-se ou aprofundar-se nas temáticas levantadas (até porque seria meta incompatível com a natureza do presente trabalho), alguns possíveis aspectos de aproximação da doutrina de Harris à realidade nacional. Tratam-se, em síntese, de algumas primeiras reflexões que, mais do que tudo, constituem um convite para o debate.

Nesse diapasão, a primeira aproximação que se mostra relevante refere-se à pretensão de coerência interna do sistema. Diz Harris que, existindo duas diretrizes conflitantes pairando no ordenamento, por uma questão de coerência, uma delas poderá (deverá) ser varrida do sistema. A questão, dentro da lógica do *common law*,

¹⁹ Sobre as diferenças entre os dois sistemas, entre outros, ver: TUCCI, José Rogério. Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2004.

aplica-se, fundamentalmente, às chamadas decisões *per incuriam*, ou seja, aquelas proferidas em razão do desconhecimento da prévia existência de um precedente em sentido diverso.

No cenário nacional, entretanto, a falta de coerência entre precedentes ocorre de forma muito mais frequente e por razões muito diversas daquelas enfrentadas no âmbito do *common law*, mas isso, de toda sorte, não descarta a valia da lição de Harris. O grande problema de coerência enfrentado no Brasil, na realidade, relaciona-se ao fato de que os nossos tribunais superiores não se vêem compelidos a respeitarem decisões anteriormente exaladas, mormente quando proferidas por outros órgãos fracionários²⁰. Tal conjuntura acaba criando uma situação de legítimo caos, onde, no bojo de cada corte, podem ser encontrados inúmeros posicionamentos diferentes sobre uma mesma matéria.

Põe-se, assim, como passo prévio e necessário para se erigir nossas cortes à condição de efetivas cortes nomofiláticas, a eliminação dos posicionamentos incompatíveis já existentes no interior da jurisprudência, superando-se entendimentos contraditórios e fixando-se, vez por todas, um único e legítimo posicionamento sobre cada questão (frise-se: cuja adoção futura pela própria corte se colocará obrigatória, a não ser nas – necessariamente restritas – hipóteses em que se mostre legítima a sua superação). Não há como existir uma séria atuação nomofilática sem a prévia superação de tais antinomias.

Outra aproximação importante da doutrina de Harris à realidade brasileira refere-se ao requisito certeza (lembre-se: no sentido de clareza e elucidação), indispensável para que o precedente possa cumprir o seu papel. Neste específico, deve-se considerar que nosso país vivencia a ascensão do direito sumulado e, em tal contexto, máximas ambíguas ou confusas (como vem sendo corriqueiro em sede de súmulas vinculantes, mormente em matéria trabalhista) podem comprometer em grande monta a sua aplicação. Não se desconsidera aqui, note-se, a diferença entre precedentes e súmulas vinculantes²¹, mas, conforme já exposto, deve-se procurar adaptar a experiência do *common law* à nossa realidade. Sobre tal ótica, parece a questão se

²⁰ A título meramente exemplificativo, note-se a discrepância entre dois recentes julgados proferidos pelo STJ no mesmo mês de 2012: (i) "Nos termos da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a multa diária somente é exigível com o trânsito em julgado da decisão que, confirmando a tutela antecipada no âmbito da qual foi aplicada, julgar procedente a demanda." AgRg no AREsp 50.196/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012; e (ii) "É desnecessário o trânsito em julgado da sentença para que seja executada a multa por descumprimento fixada em antecipação de tutela. Precedentes do STJ." (AgRg no AREsp 50.816/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 22/08/2012).

²¹ Neste sentido, ver: ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

mostrar bastante pertinente: existindo uma súmula cujo conteúdo se mostre confuso ou ambíguo, não devem os tribunais superiores hesitarem em revogá-la, editando uma nova, de conteúdo menos nebuloso.

Todavia, dentre todas as lições de J.W. Harris, talvez a que mereça maior atenção, refere-se à necessária existência de *novas razões* para a superação de um posicionamento jurisprudencial. E, neste especial, as observações do autor quanto à impossibilidade de uma corte superar precedentes tão somente em razão da modificação de sua composição ou da mudança de entendimento de seus membros parece o mais importante para o cenário brasileiro: o posicionamento de uma corte que se diga nomofilática não pode se encontrar sujeito a entendimentos pessoais ou a variações na composição do órgão. A modificação de entendimentos com base em tais fatores mostra-se totalmente inconsistente com as próprias funções de uma corte superior em zelar pela igualdade, previsibilidade, segurança jurídica e coerência do sistema²².

Essa constatação ganha especial relevância no que se refere à seriedade com que as decisões proferidas por órgãos fracionários deve ser encarada. O respeito a tais decisões põe-se fundamental para a garantia de coerência do sistema, não podendo outro órgão fracionário afastar-se de um precedente já firmado, se ausente qualquer *nova razão* para tanto (e, lembre-se: a mera discordância com o posicionamento do julgador anterior não constitui, intrinsecamente, nova razão, suficientemente apta a ensejar a revisão do precedente). Nessa senda, principalmente no âmbito do STJ, talvez fosse o caso de instituírem-se instrumentos procedimentais que autorizassem as Turmas ou Seções a, quando discordantes do entendimento já exalado por outro órgão fracionário, remeterem (independentemente de novo recurso) a questão diretamente à Corte Especial, sanando-se, em definitivo, a controvérsia. A existência de divergência jurisprudencial pode ser saudável no âmbito dos Tribunais locais, mas, quando a questão chega às cortes superiores, o que o se espera é a sua pacificação, e não a catalisação da dúvida²³.

Ainda no que concerne à possibilidade de superação de precedentes frente à existência de *novas razões*, algumas considerações merecem ser tecidas quanto

²² Da mesma opinião, Teresa WAMBIER (2012, p. 56): “Situação extremamente diversa é a que ocorre quando a alteração da jurisprudência tem lugar como decorrência da ‘mudança de opinião’ dos juízes. Esta alteração, via de regra brusca, não significa, em sentido algum, evolução do direito e inviabiliza de modo definitivo a uniformização, já que impossibilita a estabilização. Esta alteração de compreensão do direito decorrente de fatores pessoais é extremamente criticável e nociva, ainda mais porque normalmente ocorre em tribunais superiores, cuja função (a razão de ser) é justamente a de orientar os demais órgãos do Poder Judiciário.”

²³ Lembra CHIARLONI (2010, p. 229) que admitir a divergência interna dentro de uma corte superior acaba, tão-somente, ensejando a formação de um círculo vicioso: quanto maior a divergência interna, mais se estimula a litigiosidade; quanto maior a litigiosidade, maior o número de recursos interpostos perante a corte; quanto maior o número de recursos que a corte tem de julgar, maior a probabilidade de surgirem decisões divergentes.

à ocorrência de alterações de circunstâncias de cunho político, social, econômico ou moral. Como sabido, o legislador brasileiro, cada vez mais, vem valendo-se da introdução de conceitos vagos, cláusulas gerais e princípios jurídicos no corpo normativo, buscando arejar o sistema, conferindo-lhe adaptabilidade às novas situações impossíveis de serem previstas antecipadamente²⁴. Nesse contexto, se agiganta, em muito, a importância nomofilática das cortes superiores, pois, em última medida, serão elas a, retirando do tecido social suas necessidades e aspirações, “preencherem” essas normas abertas, definindo a melhor interpretação da questão para aquele momento histórico. Fixam, assim, posicionamentos que, por uma questão de isonomia, deverão ser seguidos pelos demais tribunais.

Ocorre que, conforme leciona Teresa Arruda Alvim Wambier²⁵, a “*sociedade é um organismo vivo, e, como acontece com organismos vivos, as mudanças pelas quais passa, ocorrem lentamente. Não há alterações sociais bruscas.*” Dessa feita, mesmo quando judicando com escoro em normas de caráter aberto, a atuação dos Tribunais Superiores também deverá se dar de forma comedida e vagarosa. As mudanças no seio social não ocorrem do dia pra noite e, desta forma, também os precedentes não devem ser modificados de tal maneira.

Também se deve considerar que nem todos os ramos do Direito apresentam-se afetáveis de igual forma pelas variações sociais. Campos como o direito tributário, em situações de normalidade, dificilmente devem sofrer modificações por intermédio da jurisprudência. Tratam-se daquilo que Teresa Wambier²⁶ chama de *ambientes decisoriais rígidos*, nos quais a inovação do direito não pode ocorrer por via da ‘criatividade’ judicial. Constituem campos onde “*a mudança de entendimento dos tribunais, principalmente se for brusca, desorienta e tumultua, não podendo ser considerada evolução do direito*”²⁷.

Nesse ponto, já se adentra em outra questão de fundamental importância, exposta por Harris, que se refere à impossibilidade de revogação de um posicionamento quando este despertou uma *confiança justificada* no seio da sociedade. Áreas como o direito tributário e o direito contratual são típicos exemplos em que as decisões dos tribunais superiores passam a, literalmente, pautarem condutas na trama social e, por

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. São Paulo: RT, 2008.

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. In: Direito Jurisprudencial. Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012. p.15.

²⁶ Ibid., 2012.

²⁷ Ibid., 2011, p. 64.

consequência, não devem e não podem ser modificadas. Todavia, nesse específico, para uma efetiva aproximação das lições oriundas do *common law*, adequando-as à nossa realidade, não se pode deixar de também tomar em conta a existência, no Brasil, de duas Cortes Superiores.

Explica-se. Urgentemente deve-se compreender que, em nosso país, existem duas cortes responsáveis pelo exercício nomofilático e, assim, igualmente responsáveis pela tutela da igualdade, segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, então, devem caminhar juntos por uma produção jurisprudencial uniforme e coerente e, neste contexto, coloca-se imperiosa uma *consciente interrelação* dos dois órgãos, trabalhando em harmonia, pelo bem do próprio Direito. É dizer: mormente em razão da “*artificialidade da divisão de competências entre nossos tribunais superiores*”²⁸, a tutela da *confiança justificada* deve, sempre que possível, ser posta, também, como barreira para a superação de entendimentos já consolidados por outro tribunal superior.

Assim, na interrelação dos dois órgãos de cúpula, não deve o STF se prestar a superar decisões já pacificadas pelo STJ se aquele entendimento se mostrar crível. Pode-se falar que o ideal por trás da antiga súmula 400 do STF, apesar de absurdo frente à função nomofilática de uma corte superior para com os demais tribunais, bem se aplicaria no contexto de interrelação de duas cortes que, em um mesmo ordenamento, compartilham de um único dever nomofilático. Quer-se dizer: mostrando o entendimento já pacificado por uma Corte razoável, deverá a outra Corte, primando pela coerência do sistema e segurança jurídica daqueles que pautaram suas condutas conforme a orientação jurisprudencial, não se distanciar do precedente já firmado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, com este trabalho, esclarecer, efetivamente, qual é a moderna função de uma corte superior, demonstrando o seu duplo papel na conformação do Direito e na fixação de diretrizes a serem seguidas pelos demais órgãos jurisdicionais, garantindo, assim, igualdade, previsibilidade, segurança jurídica e coerência dentro de um sistema jurídico.

Nesse contexto, acentuou-se a importância de unidade e uniformidade dentro das cortes superiores e, por consequência, o necessário cuidado a ser tomado quando, para um eventual desenvolvimento do direito, orientações jurisprudenciais devam ser modificadas dentro do órgão.

²⁸ Ibid., 2011, p. 37.

Ante a escassez de critérios no contexto nacional para se estabelecer os limites da atuação de uma corte superior para a superação dos seus entendimentos, buscou-se, no estudo desenvolvido por J.W. Harris, um ponto de partida para a discussão.

Afirma Harris que uma corte superior somente deve prestar-se a superar seus entendimentos quando isso puder trazer algum aperfeiçoamento do direito, questão que poderá ser mensurada sob três dimensões: justiça, certeza e coerência.

A presença de um desses entendimentos, todavia, por si só, não garante a legitimidade na superação do posicionamento da corte, devendo-se verificar, ainda, a inoportunidade de quatro princípios constritivos: ausência de novas razões, confiança justificada no precedente, coerência com o Legislativo e irrelevância para a solução do caso.

Assim foi que, a partir do estudo de Harris, extraindo-lhe algumas constatações que, *mutatis mutandis*, se acredita aproveitáveis também no nosso contexto de *civil law*, procurou-se levantar algumas discussões cujo aprofundamento coloca-se essencial para, efetivamente, se poder alçar os órgãos de cúpula do judiciário brasileiro à condição de verdadeiras cortes nomofiláticas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CHIARLONI, Sergio. **Funzione nomofilattica e valore del precedente.** In: Direito Jurisprudencial. Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012. P. 225-243.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

HARRIS, J. W. **Towards Principles of Overruling – When Should a Final Court of Appeal Second Guess?** In: Oxford Journal of Legal Studies vol. 10 1990 P. 135-199.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo Paradigma do Direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** In: Revista de Processo, São Paulo: RT vol. 199, set/2011. P. 139-155.

TARUFFO, Michele. **Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione.** In: *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000.* Centro Studi giuridice e Politici della Regione Umbria. Centro Internaional Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè Editore, 2001.

TUCCI, José Rogério. Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: RT, 2004.

SILVESTRI, Elisabetta. **Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione.** In: *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000.* Centro Studi giuridice e Politici della Regione Umbria. Centro Internaional Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè Editore, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito.** In: *Direito Jurisprudencial.* Coord: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012. P.11-96.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória.** São Paulo: RT, 2008.