

# PRECEDENTES

## COORDENADORES

Fredie Didier Jr  
Leonardo Carneiro da Cunha  
Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr  
Lucas Buril de Macêdo



## AUTORES

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes  
Ana Beatriz Rebello Presgrave  
André Duarte de Carvalho  
André Frederico Horta  
Antonio Pereira Gaio Jr  
Dierle Nunes  
Eduardo Cambi  
Eva Steiner  
Fábio Gabriel Breitenbach  
Federico D. Sedlacek  
Frederick Schauer  
Frederico Augusto Leopoldino Koehler  
Fredie Didier Jr  
Georges Abboud  
Hermes Zaneti Jr  
Hugo Chacra Carvalho e Marinho  
Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr  
Jane Henderson  
João Otávio Terceiro Neto Bernardo de Albuquerque  
José Henrique Mouta Araújo

José María Salgado  
José Rogério Cruz e Tucci  
Juliana Coelho Tavares da Silva  
Juraci Mourão Lopes Filho  
Larissa Clare Pochmann da Silva  
Leandro A. Ardoy  
Lenio Streck  
Lorena Miranda Santos Barreiros  
Lucas Buril de Macêdo  
Lúcio Grassi de Gouveia  
Marcelo Veiga Franco  
María Victoria Mosmann  
Mateus Costa Pereira  
Mateus Vargas Fogaça  
Mayara de Carvalho  
Michele Taruffo  
Pedro Spíndola Bezerra Alves  
Ravi Peixoto  
Renê Francisco Heilman  
Rinaldo Mouzalas  
Teresa Arruda Alvim Wambier  
Thomas da Rosa de Bustamante



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia  
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

**Copyright:** Edições JusPODIVM

**Conselho Editorial:** Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

**Capa:** Rene Bueno e Daniela Jardim ([www.buenojardim.com.br](http://www.buenojardim.com.br))

**Diagramação:** PVíctor Editoração Eletrônica ([pvictoredit@live.com](mailto:pvictoredit@live.com))

---

P923 Precedentes / coordenadores, Fredie Didier Jr. ... [et al.]. – Salvador : Juspodivm, 2015.  
780 p. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3 ; coordenador geral, Fredie Didier Jr. )

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-442-0485-6.

1. Precedente. 2. Precedente judicial. I. Didier Jr., Fredie. II. Cunha, Leonardo Carneiro da. III. Ataíde Jr., Jaldemiro Rodrigues de. IV. Macêdo, Lucas Buril de. V. Título.

CDD 347.014

---

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

# Aspectos materiais e processuais da superação de precedentes no direito brasileiro

Ravi Peixoto<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES; 2.1. SUPERAÇÃO EXPLÍCITA, IMPLÍCITA E A (IN)ADMISSIBILIDADE DA TRANSFORMAÇÃO DE PRECEDENTES.; 2.2. SOBRE MUDANÇAS DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SEM A APLICAÇÃO DAS CONDICIONANTES DA SUPERAÇÃO: UM DIÁLOGO COM HUMBERTO ÁVILA; 3. ASPECTOS PROCESSUAIS; 3.1 QUEM PODE EDITAR E SUPERAR PRECEDENTES?; 3.2. AS DIFICULDADES EXISTENTES PARA A VERIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES NA MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: UM DESAFIO PARA A ANÁLISE DA COMPETÊNCIA NA SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES; 3.3. QUAL O PROCEDIMENTO DA SUPERAÇÃO?; 3.4. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES – O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO; 4. ASPECTOS MATERIAIS – EM QUE CASOS DEVE SER OPERADA A SUPERAÇÃO; 5. CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos países do *civil law*, na maioria dos casos, os precedentes não possuem força vinculante, mas apenas persuasiva. Em geral, a interpretação é a de que as Cortes inferiores não estão obrigadas a seguir os precedentes dos tribunais superiores, não se encarando a desobediência como uma situação grave, mas permitida, sob o ponto de vista da independência judicial. A obediência aos precedentes deve-se mais nesses casos ao peso dos argumentos do que à sua autoridade,<sup>2</sup> podendo o magistrado de primeira instância não aplicar um precedente do tribunal superior por entender que a sua solução ao caso é melhor. De acordo com a doutrina, a principal função do precedente persuasivo é a necessidade da consideração do precedente nos casos futuros e também a de criar um dever ao magistrado que opte pela não adoção da solução utilizada

1. Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo - CEAPRO. Procurador do Município de João Pessoa.
2. ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. *Quieta movere: interpretative change in a codified system*. CANE, Peter; STAPLETON, Jane. (orgs). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 303; BRONAUGH, Richard. *Persuasive precedent*. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 223.

no caso anterior. Ele pode, sim, não ser aplicado, desde que o magistrado fundamente o desacordo, mas não deve ser ignorado.<sup>3</sup>

Ele pode também ser vinculante, quando deverá ser obrigatoriamente seguido pelos magistrados nos casos posteriores. É importante estabelecer que o cabimento ou não da reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante. Nos casos em que cabível a reclamação trata-se apenas de mais um remédio jurídico processual apto à correção da não aplicação de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante.<sup>4</sup>

O CPC/2015 almeja a construção de uma sistemática de precedentes vinculantes. Na versão final, optou-se por inserir o tratamento dos precedentes judiciais no título I, que trata “Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”, modificando o tratamento normativo realizado pela Câmara dos Deputados, que havia criado um capítulo específico para o tratamento do tema.

O regime dos precedentes judiciais é normatizado pelos artigos 926 e 927 do CPC/2015. O art. 926 inicia o tratamento da matéria ao destacar, no *caput*, a necessidade de os tribunais uniformizarem a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.<sup>5</sup> Consoante menciona a doutrina, para que se possa construir uma sistemática de precedentes, é imprescindível que os próprios tribunais que estabelecem as decisões vinculantes “mantenham uma jurisprudência razoavelmente estável”, estando, exceto nos casos de *overruling*, vinculados às próprias decisões (*stare decisis* horizontal).<sup>6</sup> Para complementar o texto normativo e o estabelecimento da vinculação de precedentes, o art. 926 cria um rol hierárquico de precedentes obrigatórios como forma de efetivar os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia.

Não por acaso o *caput* do art. 927 afirma que as “Os juízes e os tribunais observarão” ao iniciar o elenco dos precedentes que devem ser seguidos. Para além de uma mera persuasão, tais precedentes são obrigatórios, não cabendo

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 118. Natural que o magistrado não seja obrigado a levar em consideração todos os precedentes persuasivos, mas é possível o entendimento de que deveria, ao menos, levar em consideração os precedentes das Cortes a eles superiores. Especialmente se já houver decisão sobre o tema advindo do tribunal constitucionalmente adequado a fixar o posicionamento sobre a matéria.

4. Nesse sentido, além de criticar a própria opção em permitir que alguns precedentes sejam impugnados diretamente por meio da reclamação, cf.: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 485-493.

5. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

6. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências não compreendidas de padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 199, set.-2011, p. 55, 68.

aos magistrados a eles sujeitos a opção de seguir ou não, quando o caso em questão estiver sob a força gravitacional de um dos precedentes listados no art. 927, entendimento adotado pelo enunciado n. 170, do FPPC.<sup>7</sup>

A ordem proposta pelo art. 927, do NCPC, de força vinculante é a seguinte: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, b) os enunciados de súmula vinculante, c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Há um grande fortalecimento da jurisprudência tanto do STF, como do STJ e também dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Militares visto que o texto normativo também faz referência aos precedentes decorrentes da resolução de demandas repetitivas, que também podem ser instaurados nos tribunais inferiores. No entanto, esse rol de precedentes obrigatórios não deve ser entendido como exaustivo, mas, sim, como exemplificativo.<sup>8</sup> A segurança exige essa interpretação, sob pena de deixar vários textos normativos sem uma Corte capaz de editar precedentes obrigatórios sobre a sua mais adequada compreensão. Não há qualquer menção, no texto normativo, aos precedentes dos demais tribunais superiores, para além da possibilidade de que neles também existam os incidentes de resolução de demandas repetitivas. Muito embora essa temática seja retomada no tópico 5.4, em regra, os precedentes dos demais tribunais superiores em suas respectivas matérias de atuação também devem ser tidos como obrigatórios.

É preciso ainda fazer referência aos acórdãos decorrentes das turmas e seções dos tribunais superiores. Muito embora o art. 927 não faça referência a esses precedentes, parece ser mais adequado inseri-los também como obrigatórios, nos casos em que inexista posicionamento do plenário ou do órgão especial, onde houver.<sup>9</sup> Assim, no caso de interpretação do direito infraconstitucional, caso não exista decisão do órgão especial, deve ser observada a existência de precedente advindo da respectiva seção e, posteriormente, das turmas. A mesma lógica deve ser adotada em relação ao STF, assim, caso não haja decisão do plenário, as decisões das turmas serão vinculantes.

7. No mesmo sentido é o enunciado 170, do FPPC: “170. As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Na mesma linha: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 588-589.

8. De forma semelhante: MACÊDO, Lucas Buriel de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 237, nov.-2014, p. 387; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil... cit.*, p. 436-438.

9. MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil... cit.*, p. 437-438.

Ainda há de se destacar que cada uma das seções do STJ possuem competências específicas. Enquanto a Primeira Seção é especializada em matérias de Direito Público, a Segunda Seção em Direito Privado e a Terceira Seção, em matérias de Direito Penal. Pela natureza da competência de cada uma das seções, diversos posicionamentos sequer chegarão ao órgão especial do STJ, por exemplo, em matéria de direito penal. Isso faz com que o posicionamento do órgão hierarquicamente mais elevado do tribunal sobre o tema seja o da referida seção. Tal aspecto torna ainda mais evidente que se considere o precedente das sessões como obrigatórios, do contrário, diversos temas não terão aptidão para gerar precedentes obrigatórios, exceto se forem transformados em súmulas.

Acerca das turmas, não se pode ignorar a possibilidade da existência de divergência entre elas (que, em certos casos, também pode ocorrer entre seções). Nas hipóteses de haver divergência entre órgãos da mesma hierarquia no tribunal, não parece ser possível a imposição de vinculação de ambos os precedentes. Em tais casos, ambos terão eficácia persuasiva, cabendo ao respectivo julgador em posição hierarquicamente inferior optar, fundamentadamente, por seguir um deles ou adotar outro posicionamento.

Continuam a existir precedentes de caráter persuasivo, muito embora em menor quantidade, por exemplo, as decisões dos tribunais locais em matéria de legislação de caráter nacional, enquanto ainda não houve precedentes dos tribunais superiores.

Inserido na sistemática de precedentes vinculantes, um aspecto que passa a se tornar bastante importante é a técnica denominada de *overruling*, que consiste na superação de precedentes. Como os precedentes passam a ter eficácia vinculante, esse momento passa a ter um caráter paradigmático para os jurisdicionados, que pautaram as suas condutas no posicionamento do Poder Judiciário.

Para tentar melhor esclarecer a forma de utilização dessa técnica, será realizado um estudo com foco tanto nos seus aspectos processuais, relacionados com o estudo de quem efetivamente produz precedentes vinculantes. No Brasil, ao contrário do que parece indicar o CPC/2015, a situação não é tão simples como afirmar, por exemplo, que compete ao STJ uniformizar o direito infraconstitucional e o STF, o constitucional, uma vez que, em certas situações será cabível o recurso em face de decisões do STJ para o STF.

No segundo momento, o objetivo é o estudo dos aspectos materiais da superação, ou seja, em quais situações estaria autorizado o tribunal a superar os seus próprios precedentes.

## 2. A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES

A adoção do *stare decisis* não significa, de forma alguma, o engessamento do direito. Existem diversas técnicas desenvolvidas pela jurisprudência e doutrina do *common law*, para além da própria interpretação da *ratio decidendi*, aptas a permitir um maior dinamismo na aplicação dos precedentes.

A principal delas, para efeito deste trabalho, é superação, denominação atribuída à técnica de alteração de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento; técnica essencial para qualquer sistema de precedentes, permitindo que o sistema possa evoluir. Ao contrário do que possa parecer, a superação de precedentes, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito.<sup>10</sup>

Para além da vinculação de precedentes, a manutenção de um entendimento jurisprudencial estabelece uma nova camada na concretização do princípio da segurança jurídica. Consoante aponta Jeremy Waldron, não se trata apenas de garantir previsibilidade pela vinculação, mas sim “conceder tempo aos jurisdicionados para se acostumar com a norma jurisdicional e a internalizar como base para a sua tomada de decisões”.<sup>11</sup> Não por acaso, a doutrina estabelece uma série de requisitos para a sua utilização.

### 2.1. Superação explícita, implícita e a (in)admissibilidade da transformação de precedentes.

A superação pode ocorrer tanto de forma expressa, como de forma implícita. No entanto, a implícita traz consigo vários problemas. Dentre eles, é possível citar a falta de clareza da superação, que dificulta a atuação das Cortes inferiores em interpretar esse novo precedente, sem ter certeza quanto a sua aplicabilidade ou não. Por vezes, acaba-se por burlar as condições para a superação, mencionadas abaixo, o que reforça o repúdio à utilização pelas Cortes da modalidade implícita da técnica, já que todo abandono de um precedente judicial deve ser expressamente justificado, além de não atentar, com isso, para o dever de autorreferência.<sup>12</sup>

Cumprе diferenciar a superação implícita da *transformation* (transformação do precedente), muito embora sejam semelhantes em vários pontos. As duas

10. SPRIGGS, II, James F.; G. HANSFORD, Thomas. Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, v. 63, n. 4, 2001, p. 1094.

11. Tradução livre de: “It is about people having time to take a norm on board and internalize it as a basis for their decisionmaking”. (WALDRON, Jeremy. *Stare decisis and the rule of law: a layered approach*. *Michigan Law Review*, v. 111, 2012, p. 28).

12. No mesmo sentido: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial...* cit., p. 388-389.

ocorrem sem que haja manifestação expressa da Corte sobre a superação do precedente, muito embora tanto em uma como na outra seja possível constatar a negação do conteúdo do precedente.<sup>13</sup> A grande dessemelhança entre elas seria a forma de argumentação do tribunal. Enquanto na superação implícita tem-se um novo precedente, embora não se faça menção expressa à mudança de posicionamento, na transformação o precedente é efetivamente incompatível com o anterior, mas há uma tentativa de compatibilização de ambos os resultados. A diferença, no fim das contas, é apenas aparente e seria, em tese, justificada nos casos em que o tribunal entende que ainda haveria necessidade de maior discussão sobre a questão, tutelando, em tese, a segurança jurídica e a igualdade.<sup>14</sup>

Não se afigura adequada a utilização da transformação, que é ainda mais nociva do que a superação implícita. Existem técnicas mais adequadas à promoção da segurança jurídica e da igualdade, tais como a técnica da sinalização, a própria não superação e a modulação da eficácia temporal da superação. A transformação aparenta ser uma técnica que deve ser abandonada justamente por não se prestar à sua própria função, que seria uma espécie de “superação implícita ao quadrado”. Incumbe ao tribunal, em tais hipóteses, utilizar-se de técnicas que possam, de fato promover as próprias justificativas da adoção do *stare decisis*, sem dificultar mais ainda o trabalho das demais Cortes na interpretação de seus precedentes.

## 2.2. Sobre mudanças de posicionamento jurisprudencial sem a aplicação das condicionantes da superação: um diálogo com Humberto Ávila

Humberto Ávila estabelece uma série de situações em que, apesar de o entendimento jurisprudencial ser modificado, não haveria a efetiva configuração de uma superação de precedentes. Tais ponderações são extremamente relevantes, inclusive pelo fato de que, não havendo propriamente superação, as regras gerais não serão a ele aplicadas. Não haverá necessidade de ponderação de razões de segurança, inexistirá a existência de um ônus argumentativo e ainda das questões de competência que envolvem a fixação dos precedentes, todos esses requisitos a serem trabalhados neste texto.

A primeira situação é que não haveria configuração efetiva de superação quando houver modificação da base normativa.<sup>15</sup> De fato, em tal situação não

13. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 344

14. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998, p. 134.

15. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 467. Aparentemente em sentido contrário, inserindo-a como uma das hipóteses de superação de precedentes: ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais...* cit., p. 309.

há propriamente modificação de um posicionamento da Corte em questão, já que essa mudança ocorreu por um fator completamente externo e que, por si só, tem a possibilidade de fazê-lo, com a exceção de a modificação legislativa ou constitucional ser decretada como inconstitucional ou ocorrer a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.<sup>16</sup> Outro aspecto que também deve ser analisado é a hierarquia do precedente, tratado no tópico 3.3.1.3, e qual o nível hierárquico da alteração legislativa, posto que, para a superação do precedente, a alteração da base normativa deve ter o mesmo nível ou superior.<sup>17</sup>

Assim, no caso de alteração do texto normativo, a superação ocorre a partir do início de vigência do novo texto. Sequer há necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário, até porque tem-se a presunção de constitucionalidade no direito brasileiro.

Nos casos em que há alteração do texto normativo, não se aplicam as condicionantes da superação, já que ele é realizado pelo Poder Legislativo. Como apontado, a única hipótese de ele não ocorrer é por meio de decretação de sua inconstitucionalidade. Um exemplo recente está relacionado com a possibilidade de protesto da certidão de dívida ativa pela Fazenda Pública. Durante muito tempo, era pacífico o entendimento do STJ pela sua impossibilidade, no entanto, a Lei nº 9.492, de 1997 ampliou as espécies de documentos de dívida que poderiam ser levadas ao protesto, o que incluiu a CDA, após a modificação sofrida levada a efeito pela Lei nº 12.767, de 2012, gerando, por consequência, a mudança do posicionamento do tribunal.<sup>18</sup> Muito embora razões adicionais tenham sido utilizadas, o motivo principal da mudança foi a alteração legislativa, que permitiu a prática. Não há, no exemplo mencionado, uma efetiva superação, mas uma alteração, via legislação do entendimento jurisprudencial.<sup>19</sup>

Uma situação específica que pode ser identificada na superação dos precedentes por texto normativo é a sua eficácia temporal. Como haverá um ponto específico no tempo em que pode ser identificada a específica razão para a mudança do posicionamento, em face da irretroatividade, ao menos em geral,

16. No mesmo sentido é o enunciado n. 324, do FPPC: Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.

17. No mesmo sentido, tratando da revogação de precedentes por alteração do texto normativo e também da hierarquia do precedente: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* cit., p. 327.

18. STJ, 2ª T., REsp 1.126.515/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03/12/2013, DJe 16/12/2013.

19. Com o mesmo entendimento, cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Protesto cambiário de certidão de dívida ativa*. Opinião 22. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-22-protesto-cambiario-de-certidao-de-divida-ativa/>. Acesso às 12h, do dia 15 de abril de 2014.

das novas leis, o novo entendimento terá como eficácia temporal inicial a data da entrada em vigência da alteração do texto.

Segundo Humberto Ávila, quando há alteração da situação fática também não haveria efetiva mudança jurisprudencial.<sup>20</sup> Ocorre que essa é, justamente, uma hipótese de superação mencionada pela doutrina. Não se pode afirmar que não se aplicam as condicionantes da superação, sendo relevante a ponderação das razões de segurança para a sua realização e seria possível imaginar, eventualmente, a realização da superação prospectiva. A confiança dos jurisdicionados no precedente permanece, mesmo com a mudança das situações fáticas, o mesmo não ocorrendo com a alteração do texto normativo que é, de forma expressa, fonte do direito. A mudança na situação fática não tem atuação direta e obrigatória na atuação jurisprudencial, mas apenas indireta, sendo uma fonte material, e não formal, do direito.

O exemplo utilizado para demonstrar o raciocínio refere-se à mudança jurisprudencial do STF acerca da eficácia do mandado de injunção, quando passou a adotar a corrente concretista, em vez da meramente declaratória. Na espécie, utilizou-se o autor do precedente que se refere ao direito de greve do servidor público, mencionando que, em 2002, o tribunal teria adotado a corrente declaratória<sup>21</sup> e, em 2007, no MI 670, pela continuidade da omissão durante um prazo razoável, modificou seu entendimento, passando a adotar a corrente concretista.<sup>22</sup> Muito embora não concordemos que a modificação tenha se dado meramente pela passagem do tempo, mesmo que assim o fosse, ainda assim seriam aplicáveis as condicionantes da superação, visto que a previsibilidade gerada pelo precedente permanece mesmo que a modificação fática ocorra.

Para que haja efetivamente superação, tem-se ainda a necessidade de que a decisão originária tenha transitado em julgado, ou, ao menos, “produzido efeito orientadores àquele que suscita a resistência dos seus efeitos referente à ‘decisão modificadora’.”<sup>23</sup> Apenas o entendimento com capacidade de ser eficaz em termos de gerar previsibilidade, servindo de orientação a casos posteriores é efetivamente superado. Ocorre que a aptidão para que sirva de orientação aos jurisdicionados depende de inúmeros fatores. Não se pode classificar abstratamente uma decisão como apta ou não a servir de precedente. Isso irá depender do caso concreto. Por exemplo, o STJ possui centenas de precedentes destacando o não cabimento de recurso para atacar os requisitos de

20. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* cit., p. 467.

21. STF, Tribunal Pleno, MI 485, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25/04/2002, DJ 23/08/2002.

22. STF, Tribunal Pleno, MI 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. p/ Acórdão, Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe-206 31/10/2008.

23. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* cit., p. 467.

verossimilhança da alegação e da prova inequívoca da antecipação de tutela.<sup>24</sup> Por outro lado, uma eventual decisão tomada pelo próprio tribunal superior em sede de antecipação de tutela e logo após reformada na sentença não chegou a se estabelecer como precedente e a servir de orientação para os jurisdicionados. Assim, o apontamento de Humberto Ávila é excessivamente genérico. Serve tão somente para destacar que nem toda mudança de posicionamento jurisprudencial significa necessariamente uma superação de precedente, trazendo consigo todas as dificuldades a ela inerentes.

O autor diferencia ainda mudança jurisprudencial de inovação, que ocorreria quando “uma decisão judicial inova pela introdução de elementos dogmáticos ou critérios antes inexistentes, mas sem que haja contraposição com alguma decisão anterior”.<sup>25</sup> Um exemplo dessa situação seria a decisão que passa a interpretar determinado texto normativo com base na Constituição, e não mais no Código Civil. Não coadunamos com o posicionamento do professor gaúcho, sendo esse, mais uma vez, exemplo claro de superação, não podendo o julgador simplesmente ignorar a previsibilidade e a igualdade gerada pelo entendimento anterior. Entender que a “inovação judicial” está fora das hipóteses de modificação jurisprudencial clássica é admitir que uma série de situações fiquem sem a proteção atinente a precedentes consolidados, permitindo uma alteração não desejada de posicionamentos jurisprudenciais.

É irrelevante que a mudança de posicionamento venha a partir da introdução de novos elementos na interpretação dos órgãos jurisdicionais. Se, por exemplo, determinado tribunal passa a entender que a relação de filiação não está vinculada apenas a um vínculo genético, mas também afetivo, a partir da constitucionalização do direito civil, não deixa de ser uma superação de precedente. Mantem-se o ônus argumentativo que deve ser ultrapassado, não sendo abandonado simplesmente porque a mudança de posicionamento adveio da inserção de novos elementos na interpretação.

### 3. ASPECTOS PROCESSUAIS

#### 3.1. Quem pode editar e superar precedentes?

Quando se utiliza a técnica da superação, tem-se a criação de duas novas regras impositivas: uma relativa ao entendimento superado e uma de natureza

24. Dentre outros, cf.: STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 598.674/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20/11/2014, DJe 01/12/2014.

25. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* cit., p. 471.

processual, relativa ao precedente, afirmando que agora este é o novo precedente e que deterá a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico.<sup>26</sup> Tal formulação tem por objetivo ressaltar que apenas a Corte competente para fixar aquele entendimento ou a Corte a ela superior (ao menos em termos de matéria) poderá alterá-lo. Mesmo que uma determinada Corte incompetente para tanto não adote aquele entendimento, ela não terá poder para modificar a eficácia do precedente, inexistindo, por consequência, sua superação, permanecendo a norma jurisprudencial em vigor.<sup>27</sup> No máximo, essa não aplicação será caracterizada como um *anticipatory overruling* (superação antecipada). Em sendo aplicável, e não sendo a hipótese da não aplicação antecipada, tratar-se-á de decisão em *error in iudicando ou in procedendo*.<sup>28</sup>

Enfim, os tribunais inferiores não podem superar precedentes das Cortes superiores e mesmo a não aplicação do entendimento firmado pelo tribunal competente não supera a norma do precedente. Da mesma forma que o Poder Judiciário não pode deixar de aplicar a legislação por discordar dos seus méritos (salvo situação de inconstitucionalidade), as Cortes inferiores não possuem competência para questionar os méritos dos precedentes das Cortes superiores por meio da superação.<sup>29</sup>

### 3.2. As dificuldades existentes para a verificação dos precedentes vinculantes na matéria infraconstitucional: um desafio para a análise da competência na superação de precedentes

Hans Kelsen, ao utilizar o entendimento de que o Estado é uma ordem jurídica, ressalta que as formas federativas que possuem maior ou menor descentralização, consideradas como formas de organização dos entes estatais em relação à divisão territorial, devem ser compreendidas como dois tipos de ordens jurídicas.<sup>30</sup> O modelo do Estado federal é caracterizado por uma orga-

26. BENDITT, Theodore M. *The rule of precedent*. GOLDSTEIN, Laurence. (ed). Precedent in law. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 101.

27. ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais... cit.*, p. 307.

Em estudo realizado em vários países (Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Inglaterra e EUA), também houve a identificação de que as Cortes inferiores não possuem o poder de superar ou modificar oficialmente os precedentes das Cortes superiores. Em alguns países, por vezes, os tribunais superiores não aplicam os precedentes dos tribunais superiores, mas tal fuga ao precedente não tem aptidão, por si só, de superá-lo. O que se tem é a não aplicação do precedente, que não deve ser confundida com a sua superação. (SUMMERS, Robert; ENG, Svein. *Departures from precedent*. MACCOR-MICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 524, 529-530).

28. MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 237, nov.-2014, p. 391.

29. LAMOND, Grant. *Precedent*. *Philosophy Compass*, v. 2, 2007, p. 700.

30. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 433.

nização peculiar de exercício de competências. Quando um determinado país adota essa forma de Estado, tem-se uma espécie de “pluralismo” estatal, em que as diversas competências são distribuídas entre a União e os Estados-membros.<sup>31</sup> Enquanto o primeiro exerce seu domínio em todo o território nacional, os segundos têm uma atuação apenas local, muito embora guarde autonomia com relação ao ente central.

Tem-se nessa espécie de organização estatal, uma descentralização das competências normativas. Existe tanto uma ordem jurídica centralizada, aplicável a todo o território nacional, como uma ordem jurídica descentralizada, caso em que as normas jurídicas possuem esferas territoriais de validades diferentes. As normas que possuem validade para todo o território são denominadas de normas centrais, enquanto as que são válidas apenas para uma parcela territorial são denominadas de locais. A junção dessas duas normas gera a ordem jurídica nacional, que irá constituir a comunidade jurídica total, o Estado. Naturalmente, essa divisão de competências irá variar em graus, dependendo da opção política constitucional a existência de uma maior ou menor centralização.<sup>32</sup> Assim, o balanceamento das competências dos entes federativos será feito pela Constituição, a quem compete garantir o “equilíbrio do vínculo federativo”.<sup>33</sup>

O Brasil é um país que adota modelo federativo de Estado e a construção kelseniana pode ser aplicada à Constituição pátria, muito embora de forma mais acentuada. O estado federativo brasileiro, para além da União, como ente central, e os Estados como ente regionais, ainda irá abranger outras subdivisões, como os Municípios e o Distrito Federal.<sup>34</sup>

Um dos aspectos de um estado federativo é a divisão de competências entre os diversos entes que o compõem, em geral, baseado na predominância de interesses, em que à União caberia tratar dos temas de interesse nacional e aos Estados-membros, assuntos de interesse regional e aos Municípios, de assuntos de interesses local.<sup>35</sup> A esse aspecto, não foge a distribuição das competências para a produção de textos normativos.

31. CAMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. *Revista de Informação Legislativa*, v.18, nº 71, jul./set.-1981, p. 26.

32. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado... cit.*, p. 434, 436-437, 451-452.

33. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 16, nº 64, out./dez.-1979, p. 54.

34. LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007, versão digital, n. 1.1. Não se ignora a polêmica sobre o fato de serem os municípios considerados entes federativos ou não, pois, para o que se deseja analisar neste tópico, basta a consideração de que possuem competências normativas. Sobre a temática, no sentido de não admitir um federalismo de terceiro grau, cf.: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 474-475. Em sentido contrário, admitindo-a, cf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 344-353.

35. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo... cit.*, p. 478.

A competência legislativa inicialmente pode ter um caráter privativo ou exclusivo, como também ser concorrente no Brasil.

As competências privativas da União estão previstas no art. 22, da Constituição, muito embora seja possível que, por meio de lei complementar, o ente central permita aos Estados e ao Distrito Federal a edição de leis sobre tais matérias. Aos Municípios e ao Distrito Federal, é concedida a competência exclusiva de legislar nas matérias de interesse predominantemente local, nos termos do art. 30, I e 32, §1º, da Constituição.

A competência concorrente consta do art. 24, da Carta Magna, distribuindo competências entre a União e os Estados-Membros e o Distrito Federal, havendo quem também insira os Municípios nessa equação, em face da previsão do art. 30, II, da CR, que concede a tais entes a capacidade de suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber<sup>36</sup>. À União compete estabelecer as normas gerais e aos demais entes, a suplementação dessa legislação, a partir dos interesses regionais e locais.<sup>37</sup>

Em relação aos Estados e ao Distrito Federal, ainda existe uma competência de caráter residual, nos termos do art. 25 e 32, §1º, da Carta Magna. Por meio dessa competência, tais entes podem legislar sobre as matérias que não tenham sido a ele vedadas, ou, em outros termos, acerca das competências que não são exclusivas da União e dos Municípios.

Por fim, ainda existe a competência de cada ente para a edição de sua "Constituição". A União edita a Constituição da República; os Estados-membros, a Constituição estadual e os Municípios Distrito Federal, sua lei orgânica. Ressalte-se que esse texto normativo, no caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tem um condicionante que seria o princípio da simetria e as normas de repetição obrigatória.<sup>38</sup>

Toda essa distribuição de competências para a edição de textos normativos irá se relacionar com a atuação do Poder Judiciário e com as diferentes

36. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Tese de doutorado. Recife: UFPE, 2008, p. 38.

37. Um dos grandes desafios é justamente a diferenciação entre o que seria uma norma geral e uma norma de interesse local, para a efetiva delimitação da competência concorrente. Para uma tentativa de definição, cf.: FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 90, 1995.

38. O manejo dessas limitações, seja do poder constituinte derivado, que existe no caso das Constituições estaduais e a lei orgânica do DF e, muito embora inexista para os Municípios, que exercem tão somente um poder de terceiro grau é um dos grandes desafios da doutrina constitucionalista. Sobre o tema, cf.: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional...* cit.; QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no direito constitucional brasileiro*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012, 193-226; LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual...* cit., capítulo 1.

competências atribuídas a cada um dos seus órgãos. É necessário analisar a distribuição de competências aos diferentes órgãos jurisdicionais para que possa definir a quem compete fixar o entendimento em face de cada um dos textos normativos editados pelos diversos entes. Para que se possa verificar a competência para o estabelecimento e a superação de precedentes, é imperioso analisar quais serão os órgãos jurisdicionais aptos a emitir os precedentes obrigatórios em cada matéria.

Para que isso seja feito, um fator essencial é o estudo da estrutura judiciária de um determinado país. Como destaca a doutrina, "há de se notar a ligação entre estrutura e precedente".<sup>39</sup> É impossível ignorar que a relação hierárquica é um dos principais fatores, embora não seja o único, para a elaboração dos precedentes obrigatórios, na medida em que passa a ser possível o controle da aplicação do precedente. Nos casos em que inexistem meios processuais aptos ao controle do precedente, a obrigatoriedade de seguir-se um entendimento passa a derivar de um caráter cultural.

A organização judiciária brasileira e a sua divisão em justiça federal, trabalhista, eleitoral, militar e comum possuem, como critérios para distribuição de competência, tanto fatores de ordem subjetiva como objetiva. Uma legislação federal pode ser aplicada igualmente por um tribunal estadual e um federal, podendo o mesmo acontecer em relação à legislação local.

Em relação às normas editadas pela União, independente de serem derivadas da competência exclusiva ou da normatização geral da competência concorrente, elas terão validade em todo o território nacional. Por conta disso, caberá a um tribunal com competência sobre todo o país a uniformização do entendimento sobre aquela matéria, como forma de evitar uma indesejada divergência entre os diversos tribunais estaduais e federais distribuídos pelo Brasil. Não se acolhe a crítica realizada por Adroaldo Furtado Fabrício à função uniformizadora dos tribunais de cúpula, no sentido de que iria forçar uma mesma interpretação a "contextos geográficos, culturais e socioeconômicos radicalmente distintos".<sup>40</sup> A doutrina dos precedentes não tem por objetivo excluir particularidades relevantes que podem surgir na prática judiciária. Nada impede que um entendimento adotado pelo STJ possa ser alvo da técnica da

39. BARROS, Lucas Buriel de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2014, p. 351; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* cit., p. 450. De forma semelhante: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial...* cit., p. 308-310; TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 437-443.

40. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O princípio federativo e os recursos extraordinários: uma reflexão. AMARAL, Guilherme Rizzo; MITIDIERO, Daniel. (coords). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25.

distinção por um magistrado no interior de Pernambuco, caso perceba alguma situação particular que necessite de uma adequação do precedente vinculante.

A questão é que não se pode pensar na segurança jurídica advinda dos entendimentos dos tribunais em pequenas esferas no caso da legislação aplicável a todo o território nacional. É imprescindível que exista um órgão para uniformizar os entendimentos.

No Brasil, existem vários órgãos com jurisdição nacional, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral. Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição, fixando o entendimento a ser adotado pelos demais órgãos jurisdicionais acerca da Carta Magna. Ao STJ, compete a fixação da “interpretação do direito federal, evitando que cada estado da federação trate da lei federal a seu gosto”, entendimento que pode ser extraído do art. 105, III, da Constituição.<sup>41</sup> Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado aos demais tribunais com jurisdição em todo o território nacional, em relação às suas respectivas áreas de atuação.<sup>42</sup>

*Apenas a esses tribunais de cúpula (STF, STJ, TST, STM e TSE) compete a fixação de um entendimento uniformizador sobre a Constituição Federal e sobre legislação federal, cada um com a sua esfera de competência.*

Aos tribunais estaduais, em regra, compete fixar precedentes acerca da interpretação do direito municipal (com a inclusão das leis orgânicas) e estadual, além do entendimento acerca do texto constitucional estadual, quando não seja hipótese de repetição obrigatória da Constituição Federal. Ressalte-se a inexistência de um Judiciário municipal, o que faz com que seja o Poder Judiciário estadual o ente competente para fixar o entendimento sobre a matéria.

A interpretação de que às Cortes estaduais compete fixar o entendimento sobre a legislação é reforçado pelo enunciado n. 280 da jurisprudência dominante do STF, o qual afirma que “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. Esse entendimento do STF também é seguido pelo STJ em diversos precedentes.<sup>43</sup>

Não se pode ignorar que a Justiça Federal, eventualmente, também poderá se utilizar da legislação local em certas hipóteses, a exemplo de questões

41. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 97-98.

42. De forma semelhante: NERY JR., Nelson. *Boa fé objetiva e segurança jurídica - eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo tribunal superior*. CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. Apresentação. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009, p. 91; BARRROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro...* cit., p. 348-349.

43. STJ, 2ª T., AgRg no AREsp 545.740/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. 07/10/2014, DJe 15/10/2014; STJ, 2ª T., AgRg no AREsp 549.852/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. 07/10/2014, DJe 14/10/2014; STJ, 1ª Seção, AgRg na Pet 10.622/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24/09/2014, DJe 14/10/2014; STJ, 6ª T., AgRg no REsp 879.159/MA, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJSP), j. 02/12/2010, DJe 17/12/2010.

envolvendo direito urbanístico e um ente federal. Pela lógica dos precedentes, no entanto, ocorre que deveria caber ao tribunal local ditar o entendimento sobre a matéria, mas o ordenamento jurídico não tem a previsão de nenhum remédio jurídico processual para garantir essa obediência. A partir dessa constatação, é possível admitir que, por uma questão pragmática, na esfera federal, incumbe aos tribunais que fazem parte da organização judiciária federal (Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho) a fixação do entendimento sobre a matéria local aplicável aos entes sob sua jurisdição. Trata-se de mais uma quebra da lógica dos precedentes proporcionada pela organização judiciária brasileira.

Essa é a moldagem padrão dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro. Ocorre que a organização judiciária gera alguns problemas nessa determinação de competência uniformizadora. Em alguns casos, há a admissão de que uma Corte, que, em tese, não seria constitucionalmente competente para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, por uma possibilidade recursal, ou mesmo por uma competência originária, acaba analisando matéria que a ele não compete uniformizar e não existe remédio jurídico processual para a correção da decisão. Isso faria com que, esse tribunal, que, em tese, pode decidir de forma contrária à do tribunal moldado constitucionalmente para uniformizar o entendimento sobre a matéria, edite precedente obrigatório sobre aquele tema? A regra é a de que a resposta seja negativa.

Essa interpretação decorre tanto do fato de que esse tribunal revisor não foi modelado constitucionalmente para decidir sobre aquela matéria, como pelo próprio fato de inexistirem remédios jurídicos processuais aptos a questionar aquele precedente.<sup>44</sup> Nos processos cíveis, para os cidadãos comuns, caso estejam envolvidos em uma questão infraconstitucional, não haveria remédio jurídico processual apto a discutir o precedente prolatado pelo STF, implicando no engessamento daquele entendimento.

Por exemplo, em certas hipóteses, é cabível recurso ordinário para o STF advindo do STJ, ou mesmo a possibilidade de o STF decidir sobre a legislação infraconstitucional em ação de competência originária, mesmo ele não tendo competência para definir o sentido da interpretação dos textos normativos infraconstitucionais. Mesmo existindo essa possibilidade, o STJ permanece com a competência para editar precedentes vinculantes acerca do direito infraconstitucional.

44. De forma semelhante, especialmente em relação ao segundo argumento: GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32823-40696-1-PB.pdf>. Acesso à 20h, do dia 27 de fevereiro de 2015, p. 9.

Um exemplo de decisão do STF em que não há formação de precedente advém do enunciado n. 631 da jurisprudência dominante do STF,<sup>45</sup> que versa sobre o mandado de segurança e, assim, sobre matéria infraconstitucional. Não compete a esse tribunal a uniformização do entendimento sobre a legislação infraconstitucional no direito brasileiro após a criação do STJ. Nessas hipóteses, deve prevalecer o entendimento do STJ sobre a questão e não o do STF. O que se tem na hipótese em que o STF edita súmula sobre matéria infraconstitucional, é mero exemplo, não formando precedente, seja ele persuasivo ou vinculante.<sup>46</sup> Os exemplos são decisões que não possuem a função orientadora dos demais órgãos jurisdicionais. Como destaca Michele Taruffo, o exemplo tão somente informa, “mas não sugere e menos ainda impõe uma decisão conforme”.<sup>47</sup>

É preciso perceber que adotar entendimento em sentido contrário, afirmando-se que a mera posição hierárquica faz com que um tribunal deva prolatar precedentes vinculantes, independentemente da matéria e da questão recursal traria sérios problemas.

Essa revisão da matéria “alienígena” em termos de competência constitucional depende de um mesmo caso semelhante ser julgado seja pelo STF em recurso ordinário ou em matéria de competência originária, hipóteses bastante restritas pelo texto constitucional. Sendo fixado um determinado entendimento pelo órgão superior, não existem remédios jurídicos processuais para que outras partes possam questionar aquele entendimento. Não existe recurso extraordinário por violação de lei federal, ou um recurso extraordinário por divergência jurisprudencial, em especial no tocante à legislação federal. Se o STF fixar um entendimento sobre uma matéria de natureza infraconstitucional pela via do recurso ordinário, o cidadão comum, que não esteja sob a competência originária do STJ, jamais poderá provocar a superação daquele entendimento. A bem da verdade, a inconsistência do sistema jurídico seria causada pela adoção do entendimento de que caberia, nesses casos, ao STF fixar entendimento obrigatório sobre matéria infraconstitucional.

Nos casos de competências originárias que impliquem a interpretação de matéria em relação à qual o tribunal não é constitucionalmente delimitado para uniformizar o entendimento sobre aquela matéria, mesmo quando

45. “Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário”.

46. GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança...* cit., p. 6. De forma semelhante: CUNHA, Leonardo Carneiro da. A função do Supremo Tribunal Federal e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. PAULSEN, Leandro (coord). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 67.

47. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução de Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luis Monteiro. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 199, set.-2011, versão eletrônica.

seja hierarquicamente superior, também não haverá subtração da competência para o estabelecimento de precedentes obrigatórios sobre aquele tema.<sup>48</sup>

No entanto, não parece possível defender a existência de uma vinculação entre o tribunal inferior – constitucionalmente competente para editar precedentes obrigatórios sobre o tema – e o seu tribunal hierarquicamente superior. É possível exigir-se um *dever de diálogo*, mas não de vinculação, por não ser adequado admitir-se que exista uma vinculação do STF em relação ao STJ, por aquele lhe ser hierarquicamente superior.<sup>49</sup> Por outro lado, nenhuma das duas hipóteses gera uma “avocação” para a determinação de precedentes obrigatórios pelo órgão hierarquicamente superior. Essa competência permanece com o tribunal constitucionalmente modelado para definir a interpretação sobre aquela matéria, que deverá ser seguida pelos demais tribunais.

Permitir que a competência para uniformizar o entendimento em determinadas matérias seja deslocado do STJ para o STF pela possibilidade de cabimento de recurso em algumas situações não é coerente para com a teoria dos precedentes. O *stare decisis* deve possuir mecanismos que permitam a evolução do direito, com a contínua possibilidade de moldagem do precedente pela Corte que o prolatou e também deve ter meios de permitir a superação do precedente.

Nas hipóteses em que, por alguma previsão de competência deslocada, seja permitida a cognição pelo STF de matéria infraconstitucional, caso ele passe a ser competente para uniformizar aquele entendimento, surge um problema na teoria dos precedentes. Caso não se esteja em uma das restritas possibilidades de competência originária ou de cabimento de recurso ordinário, será impossível ao tribunal a moldagem ou a revisão daquele entendimento. Ao cidadão comum, será impossível a superação daquele entendimento em um processo individual, caso não exista matéria constitucional envolvida, por não ser cabível o recurso extraordinário. Sequer caberia a utilização da reclamação, pois nenhuma das hipóteses previstas no novo CPC abrange cabimento desse remédio jurídico processual para matéria infraconstitucional decidida pelo STF.

Não há nenhum óbice ao diálogo institucional entre o STF e o STJ sobre matérias infraconstitucionais, sendo possível, eventualmente, que o STJ opte por adotar o posicionamento do STF, como o fez algumas vezes, mas isso não significa que ele deixou de ser competente para fixar aquele posicionamento. Caso, eventualmente, ele seja provocado e venha a modificar o seu posicionamento,

48. Também nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* cit., p. 453.

49. Idem, ibidem, p. 452-453.

essa possibilidade deve ser admitida e o novo precedente terá eficácia vinculante, independentemente de ter havido algum posicionamento diverso pelo STF.

### 3.3. Qual o procedimento da superação?

O CPC/2015, na versão da Câmara dos Deputados possuía um regramento mais detalhado sobre a sistemática dos precedentes. Dentro dessa regulação, constava a temática do procedimento para a superação de posicionamentos consolidados no §6º, do art. 521, retirado na versão final.

No entanto, parece viável, pela via interpretativa, recuperar esse raciocínio desenvolvido pelo texto normativo proposto anteriormente para a atual sistemática, que diferenciava a procedimento para a superação das súmulas vinculantes, as demais súmulas e dos demais precedentes.

Afinal, existiriam duas espécies de procedimentos para a revisão de precedentes, um concentrado e um difuso<sup>50</sup>.

O primeiro seria decorrente de um procedimento específico para a revisão do precedente. Dois relevantes exemplos estão contidos na Lei n. 11.417/2006, que trata da súmula vinculante e no art. 926, do novo CPC, que versa sobre a revisão de teses firmadas em causas repetitivas. É possível ainda a criação de outras hipóteses, para o caso de revisão das súmulas e da jurisprudência dominante dos tribunais.

O modelo difuso, por sua vez, iria permitira a revisão dos precedentes em qualquer processo. Não haveria um procedimento específico, mas sim uma superação feita de forma incidental, seja no julgamento de recurso, causa de competência originária ou em remessa necessária.

Nesse sentido é o que dispõe o enunciado n. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal”.

Há de se perceber que esses dois modelos convivem em harmonia. O fato de haver um procedimento específico para a revisão não impede que seja feito de forma incidental. Por exemplo, as súmulas vinculantes podem ter a sua revisão

proposta de forma incidental pelos legitimados do art. 3º, da Lei 11.417/2006, pelos Municípios (§1º, do art. 3º, da Lei 11.417/2006), de ofício pelo STF, não se podendo excluir ainda a possibilidade dessa revisão ser suscitada e acolhida pelo tribunal em caso concreto relativo à súmula. Da mesma forma ocorre com a revisão das teses jurídicas firmadas em incidentes de causas repetitivas.

Por mais que exista um procedimento com legitimados específicos, não se pode impedir que a revisão do precedente possa também ocorrer de forma incidental. Trata-se de um mecanismo imprescindível à evolução do direito, do contrário, a superação de certos precedentes ficaria limitada a apenas alguns legitimados, que poderiam eventualmente optar por não se utilizarem desses procedimentos. Para além disso, um determinado argumento novo, apto a provocar a superação pode surgir apenas em um recurso específico e não admitir que a superação possa ocorrer de forma incidental é impedir a evolução do direito

### 3.4. O princípio da cooperação e a superação de precedentes – o dever de fundamentação

Deve ser fixada inicialmente uma premissa básica. O CPC/2015 adota o modelo cooperativo de processo, em que se busca a construção de uma comunidade de trabalho no processo.<sup>51</sup> Por meio desse modelo, objetiva-se encontrar um ponto de equilíbrio entre o modelo adversarial e o inquisitivo,<sup>52</sup> fazendo com que haja um maior diálogo entre os sujeitos processuais – inclui-se o juiz como sujeito do diálogo.<sup>53</sup> Há, nessa concepção do processo, uma relação de caráter simétrico entre as partes na condução do processo, voltando a haver a assimetria, muito embora “condicionada” ao diálogo no momento de ser proferida a decisão.<sup>54</sup> O

51. Tratamos do tema de forma mais detalhada em artigo específico: PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 219, mai.-2013.

52. Já fazendo menção a esse contraponto de modelos, muito embora em artigo com mais de 20 anos de existência, demonstrando a sua já característica de trazer sempre novos aportes teóricos para a doutrina pátria, cf.: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 394. Para uma análise comparativa dos três modelos, cf.: DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. DIDIER JR., Fredie et alii (coords). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 65-228. Daniel Mitidiero adota a nomenclatura de processo isonômico, assimétrico e cooperativo: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, 101-103.

53. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O modelo de processo no estado constitucional*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235-236; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 102.

54. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 56-57; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas... cit.*, p. 301; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 65.

50. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*, v. 2, no prelo.

que se almeja é a garantia de uma condição cooperativa do processo, mediante o diálogo entre os partícipes da relação processual sem protagonistas.<sup>55</sup>

A decisão de superação de precedentes tem grande importância na dinâmica processual, não guardando relevância tão somente para o caso concreto em que for modificado o precedente. Nesse sentido, ela possui uma importância paradigmática para os jurisdicionados sujeitos ao referido entendimento jurisprudencial.

Não custa reforçar a exigência de fundamentação detalhada exigida pelo CPC/2015, em especial dos incisos IV e VI, do §1º, do art. 489. O inciso IV destaca que não será fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. O inciso VI, por sua vez, considera não fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a superação do entendimento.

A junção desses dois textos normativos exige que a Corte que realize a superação, para além de demonstrar os requisitos materiais abaixo construídos, deve enfrentar adequadamente a argumentação da parte que deseje a manutenção do precedente.

Além disso, face da importância paradigmática da decisão, impõe-se a admissão da intervenção do *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do CPC/2015 como mais um sujeito do diálogo. Inclusive, o §2º, do art. 927, do CPC/2015 permite expressamente a intervenção do *amicus curiae* nas hipóteses de superação de súmulas ou de precedente advindo de julgamento de causas repetitivas, previsão esta que deve ser ampliada para as demais hipóteses que façam referência a precedentes vinculantes.<sup>56</sup> A inclusão desse novo sujeito processual também impõe novos deveres de diálogo ao magistrado, que também deverá levar em consideração a sua argumentação.

Antonio do Passo Cabral faz menção ao dever de atenção às alegações das partes na fundamentação dos magistrados em um processo cooperativo. (CABRAL, Antonio do Passo. El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. XIV, 2010, p. 270).

55. DIDIER JR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolter Klumers, 2010, p. 47; SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A improbidade processual da administração pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno... cit.*, p. 217. Em sentido semelhante, afirmando que o magistrado deve participar do processo pelo diálogo, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação. Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. 1, p. 135.

56. Art. 927 (...)

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Enfim, pelo fortalecimento realizado pelo CPC/2015 em relação ao princípio da cooperação, que envolve também um maior dever de fundamentação por parte do Poder Judiciário, este elemento da decisão ganha ainda mais importância na superação de precedentes. Como destacado, tal decisão não produz efeitos tão somente para o caso concreto, mas influencia um sem número de jurisdicionados que a levam em consideração para as suas condutas.

#### 4. ASPECTOS MATERIAIS – EM QUE CASOS DEVE SER OPERADA A SUPERAÇÃO

A realização de um *overruling* pode ocorrer tanto por meio de um processo traumático, em que a mudança jurisprudencial ocorre de forma abrupta, como pode ser decorrente de uma modificação paulatina da *ratio decidendi*, que, ao fim, ocasiona a mudança total do entendimento inicial de forma quase natural. Eisenberg, nesses casos, utiliza-se da imagem da evolução darwiniana, em que a superação é quase imperceptível, porquanto contínua à existência das críticas doutrinárias e ao aumento das exceções inconsistentes.<sup>57</sup>

Há uma série de situações diferentes, com requisitos também diversos, em que é adequada a realização da superação. É importante estabelecer que sempre haverá uma forte pressão normativa pela manutenção do precedente, sendo a superação a última opção a ser feita pela Corte, justamente pela possibilidade de gerar instabilidade no ordenamento jurídico.<sup>58</sup>

Esse ônus argumentativo para a superação do precedente gera um dever de fundamentação específico para o magistrado, destacado pelo CPC/2015, ao exigir, no § 4º, do seu art. 927, a “necessidade de fundamentação adequada e específica” para a superação de precedentes. Ou seja, para além da fundamentação típica das decisões ordinárias, que por si só passa a ser mais detalhada pelas exigências do § 1º do art. 489 do CPC/2015, há a previsão de uma argumentação ainda mais sólida quando a decisão implicar na superação de um “entendimento sedimentado, sumulado ou não”.

Apenas a título de curiosidade, a Suprema Corte Americana, de 1789, até o fim de 2009, realizou apenas 210 superações expressas de precedentes, demonstrando a raridade de sua utilização.<sup>59</sup> Na Inglaterra, entre 1898 e 1966 a Suprema Corte não admitia sequer a superação de precedentes, que dependeu de um *Practice Statement* emitido em 1966 para que passasse a admitir a técnica. E, desde então, consoante a doutrina, pouco se utiliza da superação

57. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law... cit.*, p. 126.

58. DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent... cit.*, p. 123.

59. GERHARDT, Michael J. *The power of precedent... cit.*, p. 11, 206-245.

de precedentes, em nome da estabilidade do ordenamento jurídico<sup>60</sup>, havendo quem faça menção ao fato de que a superação de precedentes, entre 1966 e 1991 só foi exercida de forma inequívoca oito vezes.<sup>61</sup> Não há dúvidas de que tal estatística, se realizada no Brasil, seja no STF, ou no STJ, chegaria a números muito mais expressivos.

A necessidade de manutenção dos precedentes vigentes, de forma a gerar previsibilidade e garantir a isonomia na aplicação do direito, impõe tanto um maior esforço argumentativo à parte que litiga em face de precedente em sentido contrário, como ao magistrado que atue nessa superação (a quem cabe o dever de fundamentação qualificada), estando tal ônus, de acordo com a doutrina, relacionado com o princípio da inércia argumentativa.<sup>62</sup>

Uma regra geral estabelecida por Eisenberg é a de que a superação deve ocorrer quando: a) o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e b) as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica mais fundamentam a sua superação do que a sua preservação.<sup>63</sup> Ocorre que a construção de Eisenberg apenas tem funcionalidade nos casos em que a superação é paulatina, não sendo útil nas hipóteses em que há uma quebra repentina do entendimento.

O precedente não teria mais congruência social a partir do momento em que há uma incompatibilidade entre esse entendimento e a própria mudança fática da sociedade. A congruência sistêmica seria a relação entre determinado entendimento e o ordenamento jurídico como um todo. Deverá demonstrar o julgador que a concepção atual do direito não é mais capaz de sustentar o precedente a ser superado. Tal concepção foi acolhida pelo enunciado n. 322, do FPPC, ao destacar que a superação de precedentes pode fundar-se, dentre

60. DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent...* cit., p. 128.

61. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law...* cit., p. 135.

62. ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 229, mar.-2014, *passim*; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito...* cit., p. 180-181. De acordo com o autor, "a inércia argumentativa intervém em favor do estado de coisas existente, que só deve ser alterado, se houver razões a favor da mudança, se houver prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete. No direito, as razões a favor da mudança funcionam de forma bastante semelhante à força resultante que pode pôr em movimento um corpo em repouso, ou a alterar a velocidade ou direção de um corpo em movimento" (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro... cit., p. 390). Ressalte-se que o princípio da inércia argumentativa, relacionado com a própria manutenção do precedente estabelecido anteriormente, também atua na diminuição do ônus argumentativa de quem atua com base no entendimento atual e mitiga a necessidade de motivação do magistrado, a quem se requer basicamente a demonstração de aplicação do precedente.

63. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law...* cit., p. 104-105.

outros motivos, em "alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida".<sup>64</sup>

As próprias razões utilizadas para que se adote o *stare decisis* atuam na manutenção do entendimento jurisprudencial. A segurança jurídica requer estabilidade da *ratio decidendi* para que os jurisdicionados possam prever o resultado de suas ações e a isonomia requer que casos iguais sejam decididos da mesma forma. E a superação quebra essa lógica, já que um precedente estabelecido atua justamente na promoção da segurança jurídica, aumentando o grau de previsibilidade dos jurisdicionados e garante também que situações semelhantes tenham a mesma solução. O desafio em relação à segurança jurídica é o de ponderar até que momento é mais adequado ao ordenamento jurídico manter um entendimento inadequado ou desatualizado de forma a permitir que os jurisdicionados possam prever as consequências de suas ações ou omissões.<sup>65</sup>

No entanto, em casos onde existam diversas exceções inconsistentes, tais argumentos não são mais capazes de sustentar o precedente. Na hipótese, a igualdade nos precedentes não está mais garantida, visto que situações semelhantes estão recebendo tratamento diferente, sendo necessária sua reforma para que a isonomia volte a ocorrer. A segurança jurídica também resta abalada, já que o precedente originário não mais possui uma força gravitacional adequada.

Como mencionado, esse raciocínio aplica-se apenas aos casos em que a superação é paulatina, não quando ele é realizada de forma repentina. Quando ela ocorre de forma radical, as razões de segurança e de isonomia apontam para manutenção do precedente, mencionando a doutrina ser essa uma espécie de segunda grande hipótese de utilização dessa técnica.<sup>66</sup> Deverá ocorrer, então, uma análise comparativa entre a necessidade de mudança e as expectativas dos jurisdicionados, que baseiam sua atuação no entendimento ora atacado.

Caberá ao julgador demonstrar que a necessidade de mudança supera a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e a imposição de igualdade de tratamento para casos semelhantes. Nessa hipótese, quando as razões de segurança são mais fortes, pode a Corte se utilizar de outras técnicas, a exemplo da superação prospectiva, mantendo, por vezes, o precedente que

64. Enunciado n. 322, do FPPC: A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida.

65. SCHAUER, Frederic. *Precedent...* cit., p. 597.

66. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law...* cit., p. 126.

se mostra desatualizado, mas que, pela sua importância sistêmica, ainda deve ser aplicado.

De uma forma ou de outra, os aplicadores do direito sempre irão se deparar com razões de segurança e de igualdade. Seja para afirmar que elas devem ser superadas pela necessidade de superação do entendimento, seja para argumentar que serão mais adequadamente promovidas pela superação do precedente. O CPC2015 acolheu essa necessidade de argumentação a partir de tais razões, ao exigir a consideração, na superação de precedentes, dos “princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” no § 4º, do art. 927.<sup>67</sup> É perceptível que o CPC/2015 almejou trilhar um caminho da possibilidade de superação de precedentes, mas sempre exigindo um ônus argumentativo em tais decisões e ainda a consideração de uma série de princípios para que um novo entendimento possa ser adotado.

Há também a situação da superação quando não houver propriamente nenhuma grande mudança no direito, mas a discussão refere-se às possibilidades interpretativas do texto normativo. Já é comum a percepção de que a interpretação de um texto pode gerar diversos resultados diferentes e que vários deles são efetivamente justificáveis. Não há como afirmar que um dos resultados está fora do campo de possibilidades do texto. Nesses casos, o precedente da Corte competente reduz a complexidade normativa ao estabelecer determinado entendimento sobre a questão jurídica em discussão, não devendo ser superado, exceto se houver demonstração de incongruência social ou sistêmica. Em outra hipótese, o resultado fornecido pela Corte não está dentro do âmbito de possibilidade do texto normativo. Tem-se uma hipótese de erro evidente na interpretação, e não uma evolução na interpretação do tema; trata-se de um erro da decisão originária.

Havendo a adoção de uma “teoria forte” do *stare decisis*, nesses casos, o precedente deve seguir a mesma sistemática dos demais precedentes, inclusive quanto à sua superação. Não bastaria apenas demonstrar que houve um erro. No entanto, para Caleb Nelson, é preferível, na hipótese, a adoção de uma versão mais fraca do *stare decisis*, permitindo que haja superação desses entendimentos claramente errôneos, sem a necessidade de demonstração da incongruência social, dentre outros fatores.<sup>68</sup>

67. Art. 927. (...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

68. NELSON, Caleb. *Stare decisis and demonstrably erroneous precedents*. *Virginia Law Review*, v. 87, 2001, p. 52 e ss. Também trazendo os precedentes errados como hipótese de *overruling*, cf.: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes...* cit., p. 249-250; TUSHNET, Mark. *Os precedentes judiciais nos Estados Unidos*.

Um exemplo *adaptado* pode ser imaginado. No informativo 662 do STF, o tribunal começou o julgamento do RE 250.844/SP e o relator, Ministro Marco Aurélio, proferiu o seu voto no sentido de que seria desnecessário que entidades educacionais sem fins lucrativos, entes imunes, realizassem a manutenção dos livros fiscais, caso comprovada a referida imunidade.<sup>69</sup> Destaque-se que o art. 14, III, do CTN, exige expressamente a manutenção da “escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão” pelas entidades para que usufruam da imunidade. Ou seja, o voto do ministro Marco Aurélio, sem que tenha suscitado qualquer argumento referido à não recepção do texto normativo, foi completamente contrário à exigência do CTN.

Imagine-se que, ao contrário do que ocorreu no caso, em que o reajuste do voto do Ministro não tivesse ocorrido e o precedente tivesse sido gerado. Haveria necessidade de que, em caso seguinte, sobre a mesma questão, o STF tivesse de lidar com argumentos de modificação social ou jurídica? Parece que não. Bastaria, como fez o ministro Luiz Fux, no caso em tela, demonstrar a incorreção do argumento e a violação do texto legal.

A demonstração da incorreção pode partir tanto do próprio tribunal, como da doutrina. De fato, a possibilidade da superação por erro evidente de interpretação deve ser admitida com parcimônia, principalmente em um país marcado por viradas jurisprudenciais constantes, a exemplo do Brasil. No entanto, essa possibilidade não pode simplesmente ser descartada.

Naturalmente, permanece sempre a pressão normativa de que o precedente deve ser mantido, em especial se continuar a ser aplicado pelo Poder Judiciário, e também a necessidade de ponderação entre os danos causados à estabilidade do sistema e os perigos trazidos pela manutenção de entendimentos claramente errados, mas o ônus de manutenção é menor<sup>70</sup>, ou a demonstração de que essas razões também apontam para a superação do precedente. A adoção de uma “teoria forte” do *stare decisis*, que inadmita a superação pela demonstração de evidente erro, por outro lado, pode trazer problemas,

Tradução de Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 218, abr.-2013, p. 105; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* cit., p. 398-399.

69. No informativo 668, o Min. Luiz Fux explicitou que, no Direito Tributário, inexistiria a vinculação de o acessório seguir o principal, porquanto haveria obrigações acessórias autônomas e obrigação principal tributária. Foi destacada ainda a atuação do art. 14, III, do CTN e o próprio Ministro Marco Aurélio reajustou o voto. (STF, 1ª T., RE 250.844, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/05/2012, DJE-205 29/11/2012).

70. NELSON, Caleb. *Stare decisis and demonstrably erroneous precedents...* cit., p. 63. Em sentido contrário, apontando que razões de segurança não se aplicam aos precedentes errados, cf.: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes...* cit., p. 251. Não concordamos com a autora, pois a segurança jurídica atua em qualquer espécie de precedente estabilizado.

como a realização de distinções inconsistentes pelas Cortes, visto não existirem outras razões para a superação do precedente.<sup>71</sup>

Há quem afirme que “a decisão sobre a superação de um precedente deve ser mais conservadora quando a matéria ou as circunstâncias do caso identificarem que a lei é o instrumento mais adequado para a modificação do direito”.<sup>72</sup> Muito embora a autora não elenque as razões para a adoção dessa hipótese, não visualizamos um caso em que determinado entendimento seja fixado por uma Corte e a melhor hipótese para a sua superação seja a atuação do Poder Legislativo. Além do mais, quando, em tese, haveria a necessidade de atuação legislativa para a mudança do entendimento jurisprudencial, sequer caberia ao Poder Judiciário atuar – exceto em caso de inconstitucionalidade. Em outras palavras, se um determinado posicionamento é apenas inadequado, mas de acordo com os textos normativos em vigor, mas sem que haja inconstitucionalidade, não cabe ao Poder Judiciário simplesmente moldá-lo ao que lhe parecer melhor. Esse não parece ser um critério que dificulte a superação do precedente, mas um critério que indique um limite à atuação do Poder Judiciário. Se o tribunal competente para realizar a superação do direito identifique que é um caso em que a atuação legislativa é mais adequada, não se trata de inadequação do precedente com o direito, mas de mero apontamento de caráter de política legislativa, no sentido de que seria melhor uma modificação do texto normativo. É possível ainda imaginar que esse critério esteja relacionado com uma preocupação com violações à segurança jurídica operada pela virada jurisprudencial. Ocorre que existem inúmeras técnicas que podem ser utilizadas para moldar a aplicação de um novo precedente, a exemplo da superação prospectiva, criando situações de transição de diminuindo as consequências dessa superação. Por conta disso, em geral, esse não parece ser um critério relevante para não dificultar a realização de uma superação.

A doutrina também faz menção a decisões da Suprema Corte norte-americana, que indicam que precedente que interpretem textos normativos sejam mais difíceis de serem superados, uma vez que, teoricamente, o Congresso iria modificar a legislação. Acontece que a própria Corte, em geral, ignora essa própria orientação, superando por diversas vezes esses precedentes.<sup>73</sup>

Esses são apenas exemplos de fatores que podem facilitar ou dificultar a superação de um precedente. Os fatores ora indicados nesse texto são, obviamente, meramente exemplificativos. Várias outras situações podem tornar um precedente, a despeito do desenvolvimento da concepção geral do direito, mais fácil ou difícil de ser superado

71. NELSON, Caleb. *Stare decisis and demonstrably erroneous precedents...* cit., p. 64-65.

72. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes...* cit., p. 253-254.

73. ALDISERT, Ruggero J. *What it is and what it isn't; when do we kiss it and when do we kill it?...* cit., p. 628-629.

Após as explanações expostas, é possível estabelecer os seguintes requisitos, ao menos em termos gerais, para a realização da superação: primeira série de requisitos alternativos: a) quando ambas as possibilidades puderem ser extraídas do texto normativo, impõe-se que o julgador demonstre que o precedente não mais corresponde aos padrões de congruência social e de consistência sistêmica; b) quando houve efetivo erro da decisão originária, deve o julgador demonstrá-lo. Segunda série de requisitos alternativos, que devem ser somados com os anteriores: a) se for caso de superação paulatina, argumentar que as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica mais fundamentam a sua superação do que a sua preservação; b) na superação repentina, deverá ponderar a necessidade de mudança com as razões de segurança e isonomia, utilizando-se eventualmente da superação prospectiva.

## 5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve objetivo o estudo de alguns pontos relevantes no que toca à técnica da superação de precedentes. A partir do momento em que há o estabelecimento do *stare decisis* no direito brasileiro, a superação de precedentes passa a ter grande relevância no tráfego jurídico, sendo imprescindível um maior cuidado analítico da decisão.

Nesse sentido, objetivou-se demonstrar inicialmente quais são as Cortes competentes para fixar e superar precedentes, destacando-se a relação entre a estrutura judiciária e também a moldagem constitucional dos tribunais. Ainda sobre o aspecto processual, destacou-se a possibilidade da existência de um procedimento concentrado ou difuso para a superação de precedentes. Por fim, quanto ao aspecto processual, fez-se referência ao dever de fundamentação do magistrado, que precisa levar em consideração os argumentos da parte que defende o precedente e, também de outros sujeitos processuais, a exemplo do *amicus curiae*.

Acerca dos aspectos materiais, houve discussão acerca dos argumentos aptos a permitir a superação de precedentes. Destaca-se que não deve ser operada a superação pela mera discordância pessoal e ainda a sempre necessária análise comparativa entre as razões de segurança e a constatação da desatualização do precedente em questão.