

A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES (OVERRULING) NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

OVERRULING IN THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015
Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 6/2018 | |
Revista de Processo Comparado | vol. 3/2016 | p. 121 - 157 | Jan - Jun / 2016
DTR\2016\20468

Ravi Peixoto

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. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO. Procurador do Município de João Pessoa. Advogado. ravipeixoto@gmail.com

Área do Direito: Processual

Resumo: O objetivo deste trabalho é o de pesquisar o conceito, as condicionantes processuais e materiais da superação de precedentes no direito brasileiro. Para que se possa entender a importância dessa técnica, far-se-á inicialmente um breve estudo da sistemática de precedentes a partir do Código de Processo Civil de 2015 e da sua vinculatividade.

Palavras-chave: Superação de precedentes - Requisitos materiais - Requisitos processuais - Código de Processo Civil de 2015

Abstract: The objective of this paper is to study the concept and also the material and procedural requisitions to the overruling of precedents in Brazilian law. To understand its importance there will be a brief study of the new systematic of precedents in the Civil Procedure Code of 2015 and the Stare Decisis.

Keywords: Overruling - Material requisitions - Procedural requisitions - Civil Procedure Code of 2015

Revista de Processo Comparado • RPC 3/121-157 • Jan.-Jun./2016

Sumário:

1 Introdução - 2 A superação de precedentes - 3 Aspectos processuais - 4 Aspectos materiais. Em que casos deve ser realizada a superação - 5 Conclusão - Referências

1 Introdução

É perceptível que o Código de Processo Civil de 2015 almeja a construção de uma sistemática de precedentes vinculantes. O regime dos precedentes judiciais é normatizado pelos arts. 926 e 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656). 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.¹ 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).² É impossível imaginar a construção de um sistema de precedentes sem que os próprios tribunais respeitem seus próprios precedentes. Como destacado por Daniel Mitidiero, "Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar

quem não se respeita".³

Para complementar o texto normativo e o estabelecimento da vinculação de precedentes, o art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) cria um rol 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. 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 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 170 do FPPC.⁴

A ordem proposta pelo art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), 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.*⁵

A segurança jurídica exige essa interpretação, sob pena de deixar vários textos normativos sem uma Corte capaz de editar precedentes obrigatórios e por um longo período de tempo sobre a sua mais adequada compreensão. A exigência de integridade, estabilidade e coerência dos precedentes inserida no art. 926 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) impõe que, em certos casos, haja ampliação do rol constante do art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), de forma a ser possível uma unificação do entendimento de todos os tribunais pátrios. A coerência e a integridade do direito devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, sendo necessária a compreensão de que "os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam suas 'opiniões'".⁶ Tais características fazem referência a um todo e, havendo posicionamento de um tribunal superior adequado para uniformizar o entendimento sobre determinada matéria, os demais órgãos jurisdicionais devem adotar tal posicionamento. Do contrário, seria ignorar a função de Cortes de precedentes de tais tribunais, valorizada pelo Código de Processo Civil de 2015.

É preciso ainda fazer referência aos acórdãos decorrentes das turmas e seções dos tribunais superiores. Muito embora o art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) 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.⁷ 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.

Além disso, é possível destacar o fato de que cada uma das seções do STJ possui 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.

Há ainda mais um argumento para reforçar a aptidão dos precedentes advindos das turmas ou sessões para vincular. De acordo com o art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos advindos de tribunais locais possuem efeito vinculante. Não seria coerente que precedentes de tribunais locais tivessem aptidão para vinculação, enquanto aqueles advindos de turmas e sessões dos tribunais de cúpula, com função uniformizadora nacional fossem meros precedentes persuasivos. Há de se perceber que, por exemplo, havendo posicionamento divergente entre o tribunal local acerca da interpretação da legislação infraconstitucional, mesmo que em causa repetitiva e precedente de turma do STJ, este deve prevalecer, devido à superioridade hierárquica do tribunal superior.

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 Código de Processo Civil de 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 a superação de precedentes, 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, essa técnica, 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.⁸

Para além da vinculação de precedentes, a manutenção de um entendimento jurisprudencial estabelece uma nova camada na concretização do princípio da segurança jurídica. Afirma Jeremy Waldron que não se trata apenas de garantir previsibilidade pela vinculação, mas sim de "conceder tempo aos jurisdicionados para se acostumar com a norma jurisdicional e a internalizar como base para a sua tomada de decisões".⁹ 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, não se respeita 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.¹⁰

Cumprir diferenciar a superação implícita da *transformation* (transformação do precedente), aparentemente, também denominada de *stealth overruling* (superação furtiva),¹¹ muito embora sejam semelhantes em vários pontos. As duas 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.¹² 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.¹³

Não se afigura adequada a utilização da transformação, que é ainda mais nociva do que a superação implícita.¹⁴ Existem formas mais adequadas à promoção da segurança jurídica e da igualdade, tais como a 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", pois, no caso, o tribunal, além de superar o precedente sem indicar expressamente que o fez, ainda tenta argumentar pela compatibilidade do novo posicionamento com o antigo. 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.¹⁵ De fato, em tal situação não 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.¹⁶

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 9.492/1997 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 12.767/2012, gerando, por consequência, a mudança do posicionamento do tribunal.¹⁷ 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.¹⁸

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, 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.¹⁹ 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 declaratória²⁰ e, em 2007, no MI 670, pela continuidade da omissão durante um prazo razoável, modificou seu entendimento, passando a adotar a corrente concretista.²¹ 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 referentemente à 'decisão modificadora'".²² 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 verossimilhança da alegação e da prova inequívoca da antecipação de tutela.²³ 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".²⁴ Um exemplo dessa situação seria a decisão que passa a interpretar determinado texto normativo com base na Constituição, e não mais no Código Civil (LGL\2002\400). 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 obrigatórios?

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 processual, relativa ao precedente, afirmando que agora este é o novo precedente e que deterá a eficácia concedida pelo ordenamento jurídico.²⁵ 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.²⁶ No máximo, essa não aplicação será caracterizada como um *anticipatory overruling* (superação antecipada).²⁷ Em sendo aplicável, e não sendo a hipótese da não aplicação antecipada, tratar-se-á de decisão em *error in iudicando ou in procedendo*.²⁸

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.²⁹

Há posicionamento doutrinário defendendo que o art. 489, § 1.º, VI,³⁰ autorizaria os juízes hierarquicamente inferiores a não aplicarem os precedentes mediante a fundamentação de que devem ser superados.³¹ Este não

parece ser a interpretação mais adequada ao referido texto normativo. O que deve ser interpretado é que, ao fazer referência à possibilidade de "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de (...) superação do entendimento", tem-se apenas autorização para: (a) a corte que editou o precedente ou a ela superior possa superá-lo, (b) o órgão jurisdicional inferior deixe de aplicar o precedente quando ele tiver sido superado pela corte competente ou sido revogado por norma legal. Isso sequer poderia ser denominado de *anticipatory overruling*,³² pois tal técnica não tem por objetivo a crítica de um precedente, mas apenas a antecipação de uma tendência demonstrada pela corte superior ou (c) a aplicação da técnica da superação antecipada.³³

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.³⁴ O modelo do Estado federal é caracterizado por uma organização 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.³⁵ 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.³⁶ Assim, o balanceamento das competências dos entes federativos será feito pela Constituição, a quem compete garantir o "equilíbrio do vínculo federativo".³⁷

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.³⁸

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.³⁹ A esse aspecto, não foge a distribuição das competências para a produção de textos normativos.

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 CF/1988 (LGL\1988\3), 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, § 1.º, da CF/1988

(LGL\1988\3).

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 CF/1988 (LGL\1988\3), que concede a tais entes a capacidade de suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber.⁴⁰ À União compete estabelecer as normas gerais e aos demais entes, a suplementação dessa legislação, a partir dos interesses regionais e locais.⁴¹

Em relação aos Estados e ao Distrito Federal, ainda existe uma competência de caráter residual, nos termos do art. 25 e 32, § 1.º, 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.⁴²

Toda essa distribuição de competências para a edição de textos normativos se relacionará com a atuação do Poder Judiciário e com as diferentes 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".⁴³ 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, não parece ser viável o estabelecimento da vinculação de precedentes.

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".⁴⁴ 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 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 STF, o STJ, o TST, o STM e o TSE. Ao STF 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 CF (LGL\1988\3).⁴⁵ Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado aos demais tribunais com jurisdição em todo o território nacional, em relação às suas respectivas áreas de atuação.⁴⁶

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 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.⁴⁷

Não se pode ignorar que a Justiça Federal, eventualmente, também poderá se utilizar da legislação local em certas hipóteses, a exemplo de questões 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.⁴⁸ 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.

Um exemplo de decisão do STF em que não há formação de precedente advém do Enunciado 631 da jurisprudência dominante do STF,⁴⁹ 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.⁵⁰ 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".⁵¹

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 delineado para uniformizar o entendimento sobre aquela matéria, mesmo quando seja hierarquicamente superior, também não haverá subtração da competência para o estabelecimento de precedentes obrigatórios sobre aquele tema.⁵²

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.⁵³ 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 Código de Processo Civil 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, 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 Código de Processo Civil de 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 § 6.º 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.⁵⁴

O primeiro seria decorrente de um procedimento específico para a revisão do precedente. Dois relevantes exemplos estão contidos na Lei 11.417/2006, que trata da súmula vinculante e no art. 926 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), 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 permitir 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 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei 11.417, de 19.12.2006, 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. 3.º da Lei 11.417/2006, pelos Municípios (§ 1.º do art. 3.º 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.

4 Aspectos materiais. Em que casos deve ser realizada a superação

A realização da superação de precedentes 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.⁵⁵

4.1 O ônus argumentativo para a realização da superação

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 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.⁵⁶ Esse ônus argumentativo para a superação do precedente gera um dever de fundamentação específico para o magistrado, destacado pelo Código de Processo Civil de 2015, ao exigir, no § 4.º do seu art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), a "necessidade de fundamentação adequada e específica" para a superação de precedentes.

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.⁵⁷ 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 de precedentes, em nome da estabilidade do ordenamento jurídico,⁵⁸ havendo quem faça menção ao fato de que a superação de precedentes, entre 1966 e 1991 só foi exercida de forma inequívoca oito vezes.⁵⁹ Não há dúvidas de que tal estatística, se realizada no Brasil, seja no STF, ou no STJ, chegaria a números muito mais expressivos.

Isso significa dizer que a superação de precedentes não deve ser baseada tão somente na mudança de opinião dos julgadores ou na consideração de que uma decisão anterior estaria incorreta.⁶⁰ Se assim o fosse, a própria lógica do *stare decisis* iria ruir, pois é baseada na pressuposição de que um precedente anterior deve ser aplicado pelo fato de existir e não por ele ser considerado correto. Se uma Corte mudar de entendimento todas as vezes em que considerar um precedente anterior incorreto, não será mais possível dizer que há *stare decisis*.⁶¹

Há uma recente passagem bastante interessante da Suprema Corte Norte-Americana que bem simboliza a exigência de um ônus argumentativo qualificado para a superação de precedentes, no caso *Stephen Kimble, et al., petitioners v. Marvel Entertainment, LLC, successor to Marvel Enterprises, INC*:

"O que nós decidimos, nós podemos modificar. Mas o *stare decisis* ensina que nós devemos exercer esse

poder com moderação. Cf. S. Lee e S. Ditko, *Amazing Fantasy* n. 15: "Spider- Man," p. 13 (1962) ("Nesse mundo, com grandes poderes vêm - grandes responsabilidades"). Encontrar muitas razões para permanecer no curso do *stare decisis* e nenhuma "justificativa especial" para se afastar dele, nós rejeitamos o convite de Kimble para superar Brulotte".⁶²

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.⁶³

4.2 Os requisitos gerais para a superação de precedentes

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.⁶⁴ 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 322 do FPPC, ao destacar que a superação de precedentes pode fundar-se, dentre outros motivos, em "alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida".⁶⁵ De forma semelhante, o § 17 do art. 896-C da CLT (LGL\1943\5), incluído pela Lei 13.015/2015, insere, como requisitos para a superação de decisão firmada em julgamento de casos repetitivos na seara trabalhista, que haja a alteração da situação econômica, social ou jurídica. No ponto, é preciso destacar que a legislação trabalhista é bastante superior ao Código de Processo Civil de 2015, que é silente quanto aos requisitos para a superação de precedentes.

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.⁶⁶

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.⁶⁷ 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 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 Código de Processo Civil de 2015 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 § 4.º do art. 927.⁶⁸ É perceptível que o Código de Processo Civil de 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.

4.3 O caso dos erros evidentes

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 possíveis. 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.⁶⁹

Um exemplo *adaptado* pode ser imaginado. No informativo 662 do STF, o tribunal começou o julgamento do RE 250.844/SP e o relator Min. 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.⁷⁰ Destaque-se que o art. 14, III, do CTN (LGL\1966\26), 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 Min. Marco Aurélio, sem que tenha suscitado qualquer argumento referido à não recepção do texto normativo, foi completamente contrário à exigência do Código Tributário Nacional.

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 Min. 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,⁷¹ ou a demonstração de que essas razões também apontam para a superação do precedente. A adoção de uma "teoria forte" do *stare decisis*, que inadmite a superação pela demonstração de evidente erro, por outro lado, pode trazer problemas, como a realização de distinções inconsistentes pelas Cortes, visto não existirem outras razões para a superação do precedente.⁷²

4.4 Outros fatores a serem considerados na superação

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".⁷³ 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.⁷⁴ Acontece que a própria Corte, em geral, ignora essa própria orientação, superando por diversas vezes esses precedentes.⁷⁵

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.

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.

4.5 O princípio da cooperação e a superação de precedentes - o dever de fundamentação

Deve ser fixada inicialmente uma premissa básica. *O Código de Processo Civil de 2015 adota o modelo cooperativo de processo, em que se busca a construção de uma comunidade de trabalho no processo.*⁷⁶ Por meio desse modelo, objetiva-se encontrar um ponto de equilíbrio entre o modelo adversarial e o inquisitivo,⁷⁷ fazendo com que haja um maior diálogo entre os sujeitos processuais - inclui-se o juiz como sujeito do diálogo.⁷⁸ 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.⁷⁹ O que se almeja é a garantia de uma condição cooperativa do processo, mediante o diálogo entre os partícipes da relação processual sem protagonistas.⁸⁰

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. Ao contrário, ela possui uma importância paradigmática para os jurisdicionados sujeitos ao referido entendimento jurisprudencial.

Como destacado, há um ônus argumentativo para a superação do precedente, que gera um dever de fundamentação específico para o magistrado, destacado pelo Código de Processo Civil de 2015, ao exigir, no § 4.º do seu art. 927, a "necessidade de fundamentação adequada e específica" para a superação de precedentes. Não custa reforçar a exigência de fundamentação analítica exigida pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial dos incs. IV e VI do § 1.º do art. 489. O inc. 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 inc. 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 construídos anteriormente, 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 (LGL\2015\1656) como mais um sujeito do diálogo. Inclusive, o § 2.º do art. 927 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) 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.⁸¹ A inclusão desse novo sujeito processual também impõe novos deveres de diálogo ao magistrado, que também deverá levar em consideração a sua argumentação.

Enfim, pelo fortalecimento realizado pelo Código de Processo Civil de 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.

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.

Referências

ALDISERT, Ruggero J. What it is and what it isn't; when do we kiss it and when do we kill it? *Pepperdine Law Review*, vol. 17, 1990.

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 STF*. Tese de doutorado. Recife: UFPE, 2008.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *RePro*, vol. 229, São Paulo: Ed. RT, mar. 2014.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a "participação" do juiz no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coords). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

BARRET, Amy Coney. Statutory Stare Decisis in the Courts of Appeals. *The George Washington Law Review*, vol. 73, 2004.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. XIV, 2010.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. *Revista de Informação Legislativa*, vol.18, n. 71, jul.-set. 1981.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4. ed. Clarendon Press: Oxford, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004.

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.

_____. A função do STF e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Min. Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *O modelo de processo no estado constitucional*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

_____. Protesto cambiário de certidão de dívida ativa. Opinião 22. Disponível em: [www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-22-protesto-cambiaro-de-certidao-de-divida-ativa]. Acesso em: 15.09.2015.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolter Kluwers, 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie et alli (coords). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 1.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 16, n. 64, out.-dez. 1979.

DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O princípio federativo e os recursos extraordinários: uma reflexão. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MITIDIÉRO, Daniel. (coords). *Processo civil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente uma exegese do art. 24 da CF (LGL\1988\3). *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 90, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995.
- FRIEDMAN, Barry. The wages of stealth overruling. (with particular attention to *Miranda v. Arizona*). *The Georgetown Law Journal*, vol. 99, Issue I, 2010.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32823-40696-1-PB.pdf]. Acesso em: 27.09.2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAMOND, Grant. Precedent. *Philosophy Compass*, vol. 2, 2007.
- LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007. versão digital.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *RePro*, vol. 237, São Paulo: Ed. RT, nov. 2014.
- _____. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MEIRELES, Edilton. Vinculação do STF e das Justiças eleitoral e do trabalho às decisões do STJ. *RePro*, vol. 243, São Paulo: Ed. RT, mai. 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. São Paulo: Renovar, 2008.
- MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- _____. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil. *RePro*, vol. 245, São Paulo: Ed. RT, jul. 2015.
- NELSON, Caleb. Stare decisis and demonstrably erroneous precedents. *Virginia Law Review*, vol. 87, 2001.
- NERY JR., Nelson. Boa fé objetiva e segurança jurídica - eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência

anterior do mesmo tribunal superior. In: CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. Apresentação. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.

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. *RePro*, vol. 199, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *RePro*, vol. 219, São Paulo: Ed. RT, mai. 2013.

_____; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. *RePro*, vol. 236, São Paulo: Ed. RT, out. 2014.

_____; MACEDO, Lucas Buril de. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, no prelo.

QUINTILIANO, Leonardo David. *Autonomia federativa: delimitação no direito constitucional brasileiro*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2012.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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.

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

SUMMERS, Robert; ENG, Svein. Departures from precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997.

_____. Precedente e jurisprudência. Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luis Monteiro. *RePro*, n. 199, São Paulo: Ed. RT, set. 2011, versão eletrônica.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Trad. Flavio Portinho Sirangelo. *RePro*, n. 218, São Paulo: Ed. RT, abr. 2013.

WALDRON, Jeremy. *Stare decisis* and the rule of law: a layered approach. *Michigan Law Review*, vol. 111, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

1 Para uma análise do conteúdo do referido texto normativo, cf.: DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO,

Lucas Buril de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

2 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. *RePro* 199/55-68, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

3 MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil. *RePro* 245/38, São Paulo: Ed. RT, jul. 2015.

4 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. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 588-589.

5 De forma semelhante: MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil. *RePro* 237/387, São Paulo: Ed. RT, nov. 2014; MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil... cit., p. 36-38 Também assim: Luiz Guilherme Marinoni, ao indicar que são obrigatórias as decisões "proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário" (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 2076).

6 MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 927... cit., p. 2073.

7 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 437-438.

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

9 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...* cit., p. 28).

10 No mesmo sentido: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388-389.

11 FRIEDMAN, Barry. The wages of stealth overruling. (with particular attention to *Miranda v. Arizona*). *The Georgetown Law Journal*, vol. 99, Issue I, 2010.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 344

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

14 Também nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 2, p. 494-495.

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*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 309.

16 No mesmo sentido é o Enunciado 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 STJ, REsp 1.126.515/PR, 2.ª T., j. 03.12.2013, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.12.2013.

18 Com o mesmo entendimento, cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Protesto cambiário de certidão de dívida ativa. Opinião 22. Disponível em: [www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniaio/opiniaio-22-protesto-cambiario-de-certidao-de-divida-ativa]. Acesso em: 15.09.2015 às 12 h.

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

20 STF, MI 485, Tribunal Pleno, j. 25.04.2002, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.08.2002.

21 STF, MI 670, Tribunal Pleno, j. 25.10.2007, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe-206 31.10.2008.

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

23 Dentre outros, cf.: STJ, AgRg no AREsp 598.674/SP, 4.ª T., j. 20.11.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 01.12.2014.

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

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

26 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. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 524, 529-530).

27 Sobre o tema, cf.: PEIXOTO, Ravi; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. *RePro*, vol. 236, São Paulo: Ed. RT, out. 2014.

- 28 MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil... cit., p. 391.
- 29 LAMOND, Grant. Precedent. *Philosophy Compass*, vol. 2, 2007, p. 700.
- 30 "Art. 489 (...) § 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento."
- 31 SCHMITZ, Leonard. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2015. versão digital, tópico 6.4.1.
- 32 Como o faz Leonard Schmitz: Idem, ibidem.
- 33 Também com essa interpretação: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 340-341.
- 34 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 433.
- 35 CAMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. *Revista de Informação Legislativa*, vol.18, n. 71, p. 26, jul.-set. 1981.
- 36 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado...* cit., p. 434, 436-437, 451-452.
- 37 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 16, n. 64, p. 54, out.-dez. 1979.
- 38 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*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 474-475. Em sentido contrário, admitindo-a, cf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 344-353.
- 39 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo...* cit., p. 478.
- 40 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 STF*. Tese de doutorado. Recife: UFPE, 2008. p. 38.
- 41 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 CF

(LGL\1988\3). *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 90, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995.

42 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.: 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.

43 BARROS, Lucas Buril 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. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 437-443.

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

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

46 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 JR., Nelson. Apresentação. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 91; BARROS, Lucas Buril de Macêdo. *Os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro...* cit., p. 348-349.

47 STJ, AgRg no AREsp 545.740/SP, 2.ª T., j. 07.10.2014, rel. Min. Og Fernandes, *DJe* 15.10.2014; STJ, AgRg no AREsp 549.852/RJ, 2.ª T., j. 07.10.2014, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 14.10.2014; STJ, AgRg na Pet 10.622/AC, 1.ª Seção, j. 24.09.2014, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 14.10.2014; STJ, AgRg no REsp 879.159/MA, 6.ª T., j. 02.12.2010, rel. Min. Celso Limongi (Des. convocado do TJSP), *DJe* 17.12.2010.

48 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: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32823-40696-1-PB.pdf]. Acesso em: 27.09.2015, p. 9, à 20 h.

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

50 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 STF e a força de seus precedentes: enfoque nas causas repetitivas. In: PAULSEN, Leandro (coord.). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Min. Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67.

51 TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luis Monteiro. *RePro*, n. 199, São Paulo: Ed. RT, set.-2011. versão eletrônica.

- 52 Também nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* cit., p. 453.
- 53 Idem, p. 452-453. Em sentido contrário: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 463; MEIRELES, Edilton. Vinculação do STF e das Justiças eleitoral e do trabalho às decisões do STJ. *RePro* 243/402-403, São Paulo: Ed. RT, mai. 2015.
- 54 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil...* cit., p. 496.
- 55 EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law...* cit., p. 126.
- 56 DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 123.
- 57 GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 11, 206-245.
- 58 DUXBURY, Neil. *Nature and authority of precedent...* cit., p. 128.
- 59 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4. ed. Clarendon Press: Oxford, 1991, p. 135.
- 60 Isso não impede, no entanto, o reconhecimento excepcional dos erros evidentes, que permitem a superação do precedente, consoante será mencionado no decorrer do texto.
- 61 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer...* cit., p. 60.
- 62 Tradução livre de: What we can decide, we can undecide. But stare decisis teaches that we should exercise that authority sparingly. Cf. S. Lee and S. Ditko, *Amazing Fantasy* n. 15: "Spider-Man", p. 13 (1962) ("[I]n this world, with great power there must also come great responsibility"). Finding many reasons for staying the stare decisis course and no "special justification" for departing from it, we decline Kimble's invitation to overrule *Brulotte*.
- 63 ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *RePro*, n. 229, São Paulo: Ed. RT, mar. 2014, passim; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito* São Paulo: Ed. RT, 2004, 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.
- 64 EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law...* cit., p. 104-105.

65 Enunciado 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.

66 SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, vol. 39, p. 597, 1987.

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

68 "Art. 927. (...)§ 4.º 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."

69 NELSON, Caleb. Stare decisis and demonstrably erroneous precedents. *Virginia Law Review*, vol. 87, p. 52 e ss., 2001. Também trazendo os precedentes errados como hipótese de superação, cf.: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. São Paulo: Renovar, 2008. p. 249-250; TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Trad. Flavio Portinho Sirangelo. *RePro* 218/105, São Paulo: Ed. RT, abr. 2013; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil...* cit., p. 398-399.

70 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 (LGL\1966\26) e o próprio Min. Marco Aurélio reajustou o voto. (STF, RE 250.844, 1.ª T., j. 29.05.2012, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe*-205 29.11.2012).

71 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.

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

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

74 Especificamente sobre o tema: BARRET, Amy Coney. Statutory Stare Decisis in the Courts of Appeals. *The George Washington Law Review*, vol. 73, 2004.

75 ALDISERT, Ruggero J. What it is and what it isn't; when do we kiss it and when do we kill it? *Pepperdine Law Review*, vol. 17, p. 628-629, 1990.

76 Tratamos do tema de forma mais detalhada em artigo específico: PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. *RePro*, vol. 219. São Paulo: Ed. RT, mai. 2013. Ver, ainda, o primeiro capítulo da seguinte obra, com foco no Código de Processo Civil de 2015: PEIXOTO, Ravi; MACEDO, Lucas Buriel de. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. no prelo.

77 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.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a "participação" do juiz no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (coords). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. 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. In: DIDIER JR., Fredie et alli (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: Ed. RT, 2009, p. 101-103.

78 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. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 102.

79 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*. Salvador: JusPodivm, 2013. 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. 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*, vol. XIV, p. 270, 2010).

80 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*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. t. 1, p. 135.

81 "Art. 927. (...) § 2.º 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.