



Leonardo Duncan Moreira Lima

**SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL
NO DIREITO BRASILEIRO**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio

Orientador: Prof. Fábio Carvalho Leite

Rio de Janeiro,
Março de 2021



Leonardo Duncan Moreira Lima

**SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL
NO DIREITO BRASILEIRO**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Fábio Carvalho Leite
Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Firly Nascimento Filho
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Adrian Sgarbi
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Alexandre Reis Siqueira Freire
Supremo Tribunal Federal

Prof. Daniel Francisco Mitidiero
UFRGS

Rio de Janeiro, 25 de Março de 2021

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização do autor, do orientador e da universidade.

Leonardo Duncan Moreira Lima

Graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/PUC-Rio em 1995. Obteve o título de Mestre também pela PUC-Rio em 2000 com a dissertação “A jurisdição constitucional no estado federativo: análise da coexistência das jurisdições constitucionais federal e estaduais no direito brasileiro.” É professor de direito processual civil do Departamento de Direito da PUC-Rio desde 1999 no curso de graduação e desde 2008 no curso de pós-graduação *lato sensu*. É advogado desde 1995, sócio de Candido de Oliveira Advogados, com atuação no Rio de Janeiro e em Brasília.

Ficha Catalográfica

Lima, Leonardo Duncan Moreira

Superação do precedente judicial no direito brasileiro / Leonardo Duncan Moreira Lima; orientador: Fábio Carvalho Leite – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2021.

387 fls.

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas

1. Precedentes; 2. eficácia vinculante; 3. superação; 4. modificação da jurisprudência; 5. distinções ampliativas e restritivas; 6. recursos excepcionais; 7. reclamação

CDD: 340

Para Ana Carolina, Ana Clara e Guilherme.

Agradecimentos

À Ana Carolina, pelo apoio incondicional.

Ao meu querido avô, Everardo Moreira Lima, meu primeiro mestre e maior incentivador.

Aos meus pais e minhas irmãs pelo carinho e incentivo.

Ao meu orientador, Professor Fábio Carvalho Leite, pelo estímulo e permanente diálogo, fundamentais para a realização deste trabalho.

Aos meus colegas do Candido de Oliveira Advogados pela compreensão nos momentos em que precisei estar menos presente.

Aos meus queridos companheiros do Grupo de Estudos Processuais da PUC-Rio, Firly Nascimento Filho, Ronaldo Cramer, Luciano Vianna, Melvin Benesby e Bruno Redondo, pela constante e enriquecedora troca de ideias.

Aos meus professores e funcionários do programa da pós-graduação da PUC-Rio pelo inestimável apoio.

Aos professores e estimados colegas Daniel Mitidiero, Alexandre Freire, Firly Nascimento Filho e Adrian Sgarbi por terem aceitado o convite para compor a banca examinadora da presente tese e pelas importantes observações e contribuições.

Resumo

Lima, Leonardo Duncan Moreira; Leite, Fábio Carvalho. **Superação do precedente judicial no direito brasileiro**. Rio de Janeiro, 2021. 387p. Tese de doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Trata-se de proposta de sistematização da superação do precedente judicial vinculante no direito brasileiro. O Código de Processo Civil atual introduziu um conjunto de regras que disciplina a formação e a aplicação do precedente vinculante. Embora estabeleça a possibilidade da modificação da jurisprudência, mediante fundamentação adequada e específica e a observância dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º) e mencione a superação uma única vez (art. 489, §1º, VI), o Código não regula de forma específica esse instituto. Por outro lado, a interpretação atual dos tribunais acerca das regras de admissibilidade de recursos excepcionais impede o acesso aos tribunais superiores para levar a questão da superação, o que traz sério risco de estagnação do direito. A partir do conceito de superação extraído da teoria geral e da interpretação conforme as normas constitucionais das regras inerentes à formação, aplicação e modificação dos precedentes constantes do nosso ordenamento processual atual, procura-se suprir as lacunas legais para identificar os contornos da superação no direito brasileiro, seus requisitos materiais e processuais, as regras de transição que devem acompanhá-la, sobretudo a modulação dos seus efeitos, e os meios adequados para promovê-la.

Palavras-chave

Precedentes; eficácia vinculante; superação; modificação da jurisprudência; distinções ampliativas e restritivas; recursos excepcionais; reclamação.

Abstract

Lima, Leonardo Duncan Moreira; Leite, Fábio Carvalho (Advisor). **Overruling in Brazilian Law**. Rio de Janeiro, 2021. 387p. Tese de doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

This is a proposal to systematize the overruling in Brazilian Law. The current Civil Procedure Code has introduced a set of rules to regulate the formation and application of the binding precedent. Although it establishes the possibility of modifying the precedent, through appropriate and specific reasoning and compliance with the principles of legal certainty, justified reliance and isonomy (art. 927, § 4) and mentions the overruling once only (art. 489, §1, VI), the Code does not specifically regulate this institute. On the other hand, the current interpretation of the courts on the rules of admissibility of exceptional appeals prevents the issue of overruling from being brought to higher courts, which carries a serious risk of stagnation of law. From the concept of overruling as extracted from the general theory and from its interpretation according to the constitutional norms of the rules inherent to the formation, application and modification of the precedents contained in our current procedural order, this work seeks to fill the legal gaps to identify the contours of overruling in Brazilian law, its material and procedural requirements, the transitional rules that must accompany it, with especial regard to the modulation of its effects, and the appropriate ways to promote it.

Keywords

Precedents; binding efficacy; overruling; precedent's modification; ampliative and restrictive distinguishing; exceptional appeals.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. Justificativa.....	12
2. Delimitação do tema.....	19
3. Plano do trabalho.....	20

PRIMEIRA PARTE – O PRECEDENTE E SUA EFICÁCIA VINCULANTE

Título 1. Definição de precedente

1. Noção de precedente judicial.....	24
2. Precedente, fundamentos determinantes e norma do precedente.....	29
3. Precedente, jurisprudência e súmula.....	39
4. A redefinição do uso da súmula.....	48

Título 2. Eficácia do precedente

1. Considerações iniciais	55
2. Efeito persuasivo e efeito vinculante.....	57
3. Eficácia vertical e eficácia horizontal.....	60
4. Outros efeitos do precedente.....	62
5. Coisa julgada e precedente.....	71
6. Coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e eficácia vinculante do precedente constitucional	75

Título 3. Deveres inerentes à formação, aplicação e modificação do precedente e da jurisprudência

1. Considerações iniciais.....	91
2. Dever de uniformização.....	93
3. Dever de estabilidade.....	94
4. Dever de integridade.....	96
5. Dever de coerência.....	100
6. Dever de formalização	103
7. Dever de adstrição ao caso concreto.....	107
8. Dever de observância obrigatória.....	109
9. Dever de considerar.....	111
10. Dever de correlação	112
11. Dever de fundamentação adequada e específica.....	114
12. Dever de transição.....	123
13. Dever de publicidade.....	126

Título 4. Os precedentes vinculantes

1. Tipificação dos precedentes vinculantes.....	127
2. Precedentes oriundos de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.....	135
3. Precedentes que dão origem a enunciados de Súmula.....	138
4. Procedimentos de formação concentrada de precedentes (incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos e julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida).....	141
5. Precedentes decorrentes de decisões e orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais.....	149

SEGUNDA PARTE – SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Título 1. Definição de superação

1. Segurança jurídica e mudança do precedente	151
2. Vinculação e superação.....	156
3. Superação total e superação parcial.....	165
4. Superação explícita e superação implícita.....	165
5. Superação e distinção.....	167
6. Formas de distinção com eficácia revogatória.....	175
6.1. Distinções inconsistentes.....	175
6.2. Transformação.....	177
6.3. <i>Overriding</i>	179
7. Sinalização.....	183
8. Superação antecipada do precedente.....	187
9. Superprecedente e superação.....	188

Título 2. Superação no direito brasileiro

1. Antecedentes.....	191
2. Superação no atual Código de Processo Civil.....	193
3. Incompatibilidade das formas de distinção com eficácia revogatória com o direito brasileiro.....	200
4. A sinalização no direito brasileiro.....	201
5. Admissibilidade no direito brasileiro do afastamento diante de provável superação (“superação antecipada do precedente”).....	203

Título 3. Requisitos materiais da superação

1. Considerações iniciais.....	211
2. Perda da congruência social.....	220
3. Rompimento da consistência sistêmica.....	222
4. Grave erro na formação do precedente	227
5. A necessária ponderação entre superação e estabilidade.....	229

Título 4. Requisitos processuais da superação

1. Considerações iniciais.....	233
2. Competência.....	233
3. Contraditório qualificado	237
4. Fundamentação adequada e específica	243

Título 5. Regras de transição na superação do precedente

1. A segurança-continuidade e as regras de transição.....	246
2. Obrigatoriedade das regras de transição	250
3. A modulação dos efeitos.....	251
3.1. Considerações iniciais.....	251
3.2. Eficácia retroativa como regra e a possibilidade da modulação dos efeitos.....	254
3.3. Superação prospectiva.....	257
3.4. Extensão temporal da modulação (tipos de eficácia temporal).....	260
3.5. Requisitos para a modulação	261
3.6. Aspectos processuais da modulação.....	271
3.6.1. Requerimento e decisão.....	271
3.6.2. Competência.....	273
3.6.3. Quórum.....	274
3.6.4. Contraditório.....	279
3.6.5. Fundamentação adequada e específica.....	280
4. Outras formas de transição.....	282

Título 6. Meios processuais para promover a superação

1. Considerações iniciais.....	284
2. Superação pela via concentrada. A ação direta de superação.....	288
3. Superação pela via incidental. O incidente de superação.....	294
4. Superação pela via recursal.....	303
4.1. A jurisprudência anterior ao CPC atual restritiva do acesso aos tribunais superiores para rediscussão de teses jurídicas assentadas em julgamento de casos repetitivos ou com repercussão geral.....	304
4.2. O regime do CPC conforme o texto original e as alterações da Lei nº 13.256/2016.....	311
4.3. O entendimento atual dos tribunais superiores.....	313
4.4. Admissibilidade dos recursos excepcionais em caso de superação: interpretação conforme a Constituição das regras processuais atuais.....	319
4.5. Meios de impugnação da decisão que inadmite o recurso excepcional fundado na alegação de superação.....	323
4.5.1. Quanto ao cabimento do agravo aos tribunais superiores.....	324
4.5.2. Quanto ao cabimento de novo recurso excepcional.....	326
4.5.3. Quanto ao cabimento da reclamação.....	328

4.5.4.	Quanto ao cabimento da ação rescisória.....	339
4.5.5.	Quanto ao uso da simples petição	343
4.5.6.	Conclusão parcial: decisão que rejeita agravo interno e mantém a negativa de seguimento de recurso excepcional fundado em alegação de superação de precedente vinculante de tribunal superior implica, em tese, usurpação de competência do tribunal superior, sujeitando-se à reclamação.....	344
5.	Superação no âmbito da reclamação contra descumprimento de precedente vinculante de tribunal superior.....	348
6.	Revisão e cancelamento de súmula.....	355
7.	Considerações finais.....	361

PARTE FINAL – CONCLUSÕES	363
--------------------------	-------	-----

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. Justificativa

O precedente é um conceito pertencente à Teoria Geral do Direito e está relacionado com a teoria das fontes normativas. Onde há decisão judicial, há precedente. Não há ordenamento jurídico no mundo contemporâneo, qualquer que seja sua tradição, se filiado ao *Common law* ou ao *Civil Law*, que desconheça a decisão judicial como forma de solução de conflitos e, ao mesmo tempo, como parâmetro, em alguma medida, para julgamento de casos semelhantes posteriores.¹ Por outro lado, o tratamento jurídico conferido ao precedente, e consequentemente a sua eficácia, depende do ordenamento no qual está inserido. O precedente pode ter pouca relevância em determinado ordenamento, enquanto em outro pode receber atenção especial, sendo-lhe inclusive atribuída eficácia normativa.² Portanto, a eficácia jurídica do precedente, assim como as técnicas relacionadas a sua formação, aplicação, modificação e afastamento (*departure*)³ são estabelecidas conforme o ordenamento de cada país.

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu pela primeira vez na legislação brasileira o termo *precedente*. O objetivo foi justamente regular sua eficácia (ou seja, o efeito que uma decisão judicial proferida em caso anterior pode

¹ Nesse sentido, vale destacar importante pesquisa realizada na década de 1980 conjuntamente por juristas de vários países, de diferentes tradições jurídicas, coordenadas pelos professores NEIL MACCORMICK e ROBERT SUMMERS, que deu origem à obra *Interpreting precedents*. A partir de um questionário, renomados juristas de diversos países filiados tanto à tradição do *common law*, como do *civil law*, analisaram o uso dos precedentes em seus ordenamentos. Essa análise permitiu uma abordagem ao final, em diferentes capítulos, sobre (i) os fatores que influenciam os precedentes, (ii) a sua força vinculante, (iii) os seus fundamentos, (iv) o elemento vinculante do precedente e (v) as formas de afastamento do precedente (MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016). Numa perspectiva histórica, destaca-se o estudo empreendido por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI sobre o uso do precedente desde o direito romano até os dias atuais na obra “Precedente judicial como fonte do Direito”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

² DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, 15ª. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 569-570.

³ A doutrina estrangeira costuma usar o termo *departure* para tratar dos mecanismos de afastamento dos precedentes. (cf. SUMMERS, ROBERT S. and ENG, SVEIN. *Departures from precedent*, in MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, p. 519/530).

ter para a solução de questão jurídica similar em caso posterior) e sua dinâmica (ou seja, as regras referentes às técnicas de formação, aplicação, modificação e afastamento do precedente).

O termo aparece, inicialmente, no art. 489, § 1º, do CPC, segundo o qual é considerada não fundamentada e nula a decisão que “se limitar a invocar *precedente* ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V), como também a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou *precedente* invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (inciso VI). A palavra precedente é usada também no art. 926, § 2º, ao determinar que os enunciados de súmula “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos *precedentes* que motivaram sua criação.” Por fim, o termo precedente aparece ligado ao dever de publicidade, estabelecido no art. 927, § 5º, que impõe aos tribunais o dever de dar “publicidade a seus *precedentes*, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

O art. 489, inicialmente citado, dispõe sobre os elementos essenciais da sentença (relatório, fundamentos e dispositivo). O seu §1º cuida especificamente da fundamentação. Trata-se de regra inserida no capítulo destinado à sentença e à coisa julgada, o qual, por sua vez, integra o conjunto de regras referentes ao procedimento comum, disciplinado na parte especial do Código de Processo Civil. Todavia, diversamente do que se poderia apressadamente supor, as disposições do art. 489, § 1º, são aplicáveis não só às sentenças propriamente ditas, enquanto decisões de primeira instância, mas a quaisquer decisões judiciais em todos os graus de jurisdição e em quaisquer procedimentos. Por outro lado, coisa julgada e precedente, embora ambos sejam institutos que visam a concretização do princípio da segurança jurídica, não se confundem, na medida em que têm finalidades e alcance inteiramente distintos.

Os artigos 926 e 927, por sua vez, compõem as disposições gerais da parte do Código destinada a regular o processo nos tribunais. O art. 926, complementado pelos parágrafos do art. 927, estabelecem diversos deveres para os juízes e tribunais.

E o art. 927 elenca, especificamente, as situações nas quais os precedentes têm eficácia vinculante.⁴ A partir desses dispositivos, interpretados no seu conjunto, é possível extrair os deveres inerentes à formação, aplicação, modificação e afastamento da jurisprudência e dos precedentes. São deveres voltados, portanto, não apenas para os “tribunais”, mas norteadores da atividade jurisdicional de forma ampla.

A experiência dos países filiados à tradição do *common law* com o uso dos precedentes serviu de inegável inspiração para o legislador brasileiro.⁵ Mas não se trata de mero transplante para o nosso ordenamento jurídico de determinado modelo de precedente, exatamente com as mesmas características e técnicas desenvolvidas ao longo de séculos em países de *common law*, como os Estados Unidos da América ou a Inglaterra, muito menos de transformação do nosso sistema jurídico para copiá-los.⁶ A noção de precedente não é exclusiva desses países filiados à tradição do

⁴ Não existe consenso na doutrina sobre a atribuição de eficácia vinculante a todas as hipóteses elencadas no art. 927 do CPC. Há, inclusive, quem defenda que a eficácia vinculante do precedente não decorre do art. 927, mas da posição e da função desempenhada pelo órgão formador do precedente. Dessa forma, todos os precedentes emanados das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Tribunais Superiores) teriam eficácia vinculante. Nesse sentido entendem LUIZ GUILHERME MARINONI (*in* Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, em especial p. 288-289) e DANIEL MITIDIERO (*in* Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, especificamente p. 87-91). No presente trabalho, todavia, como se verá adiante, adota-se o entendimento de que o art. 927 do CPC atribuiu eficácia obrigatória ou vinculante aos precedentes envolvidos em todas as situações ali expressamente referidas.

⁵ Tanto é assim que muitos autores, ao tratarem dos precedentes no Código atual, destacam uma aproximação entre essas tradições. Nesse sentido, em obras imediatamente posteriores à promulgação do novo Código, Ronaldo Cramer discorre sobre a “tendência de convergência” entre o *common law* e o *civil law* (CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 28-33), enquanto Daniel Mitidiero fala da “interpenetração de tradições” (MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª. ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p.55-68). Ademais, o Código faz expressa referência a técnicas, como a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*), típicas do *common law*.

⁶ Essa não é a primeira vez que o legislador brasileiro busca inspiração em institutos desenvolvidos em países de *common law*. Na verdade, há muito o Brasil sofre influência de institutos jurídicos originários ou aperfeiçoados em países de *common law*. Basta lembrar a adoção, no momento da Proclamação da República, dos modelos de estado federativo e de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade (*judicial review*) por inspiração na organização jurídica dos Estados Unidos da América. Isso não significou, todavia, uma mudança na nossa tradição ligada ao direito romano-germânico (*civil law*). Desde a colonização, a lei – e não os costumes ou os precedentes – se manteve a principal fonte do direito, marca essencial dessa outra tradição. A nossa identificação com o *civil law*, contudo, não impediu a busca, ao longo da história, de técnicas ou instrumentos, mesmo oriundos de países de *common law*, que pudessem contribuir para o aprimoramento das nossas instituições.

common law e existem inúmeros fatores que têm levado ao intercâmbio entre os diferentes ordenamentos de *common law* e *civil law*.

O Código de Processo Civil brasileiro atual, na esteira dessas transformações, atribuiu a determinados precedentes eficácia obrigatória ou vinculante, semelhante àquela encontrada nos precedentes do *common law*. Além disso, reconheceu a aplicação de técnicas como a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*), referidas expressamente no art. 489, § 1º, desenvolvidas a partir da experiência com o uso de precedentes nos países de *common law*.

Por outro lado, diferente do que ocorre naqueles países, onde a afirmação de uma decisão judicial como precedente decorre do reconhecimento *a posteriori*, por força da sua aplicação para solução da questão similar em outro caso, o Código de Processo Civil brasileiro previu situações *a priori* formadoras de precedentes e, ainda, criou procedimentos específicos de formação concentrada de precedentes,⁷ que são o incidente de assunção de competência – IAC (art. 947), o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (artigos 976 ao 987) e o julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos (artigos 1.036 ao 1.042)⁸. O objetivo é a construção de precedentes que aborem todos os fundamentos, favoráveis e contrários, com ampla participação de todos os sujeitos processuais (cooperação ou comparticipação), intervenção de *amicus curiae*, oitiva de argumentos em audiências públicas, os quais possam, dessa forma, autorizar a aplicação de técnicas para abreviação de julgamentos ou para obtenção de tutela provisória, mais especificamente: (a) julgamentos liminares de improcedência (art. 332); (b) tutela provisória de evidência (art. 311, II); (c) decisões monocráticas pelos relatores (art. 932, IV e V); (d) resolução de conflitos de competência (art. 955, parágrafo único, I e II); (e) obtenção de executividade imediata de sentenças (art. 1.012, V); (f)

⁷ Procedimentos destinados especificamente à formação de precedentes, com a possibilidade de imediata suspensão de casos nos quais se discutem a mesma questão jurídica, que depois serão resolvidos, assim como outros casos futuros, mediante a aplicação do precedente firmado por meio desses incidentes. Dessa forma, já se sabe antecipadamente que a decisão a ser proferida por meio desses procedimentos constituirá precedente para outros casos futuros, o que difere da concepção de precedente no *common law*.

⁸ Como se verá mais à frente, entendemos que é possível incluir nessa categoria o incidente de arguição de inconstitucionalidade – IAI (arts. 948 a 950 do CPC).

impedimento de reexame necessário (art. 496, § 4º, II), além de potenciais funções rescisórias (arts. 525, § 15, e 535, § 5º e 8º). A ideia por trás dessas técnicas é a de julgar melhor para julgar menos. Por isso o uso dessas técnicas só se mostra legítimo diante da correta observância dos deveres de formação, aplicação, modificação e afastamento dos precedentes.

Essas novas regras processuais tiveram o claro objetivo de reforçar a uniformidade e a estabilidade das decisões judiciais, em especial dos tribunais superiores, e trazer maior segurança jurídica, efetividade e eficiência para a atividade jurisdicional.⁹ Os principais alvos, sem dúvida, foram o assoberbamento dos tribunais com processos decorrentes de casos massificados ou repetitivos¹⁰ e a “jurisprudência lotérica”.¹¹ O uso do precedente proposto pelo Código de Processo Civil atual está alicerçado, portanto, em técnicas que visam a reduzir a

⁹ A uniformidade e a estabilidade das decisões judiciais foram destacadas dentre as principais preocupações do legislador na exposição de motivos do atual Código de Processo Civil. Segundo a Comissão responsável pela redação do projeto do novo Código, “a segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito”. E mais adiante revela que “talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito às regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.” A adoção de técnicas como o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos tiveram o objetivo declarado de “evitar a dispersão da jurisprudência” e “atenuar o assoberbamento de trabalho do Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional” e valorizar “o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores”.

¹⁰ A partir dos anos 80 houve crescente multiplicação de demandas judiciais. As causas são as mais variadas. Desde a ampliação e a facilitação do acesso à Justiça até a explosão dos conflitos de massa decorrentes de mudanças econômicas e sociais. O judiciário brasileiro, por outro lado, não estava preparado para enfrentar essa situação. A ausência de técnicas processuais e de gestão adequadas; a deficiência de estrutura; o descompasso entre as necessárias modificações legislativas e estruturais e o aumento da judicialização dos conflitos levaram ao abarrotamento do judiciário. A crescente demora na solução dos litígios e da incerteza dos resultados levaram ao aumento na sensação de insegurança jurídica. Os fenômenos da “jurisprudência lotérica” (ou aleatória) e da “jurisprudência defensiva” são consequência do voluntarismo judicial e da ausência de racionalidade que marcaram essa época e ainda hoje são sentidos. A doutrina e a legislação se voltaram então para a busca de mecanismos que pudessem assegurar uma tutela jurisdicional mais eficiente. Várias alterações legislativas foram promovidas com esse objetivo no longo período de sucessivas reformas que antecedeu o atual Código de Processo Civil. Essas mudanças foram consolidadas e intensificadas no novo Código. A expansão dos provimentos judiciais vinculantes e dos instrumentos concebidos para impor a sua observância estão inseridos nesse novo contexto.

¹¹ Ainda se observa na exposição de motivos do Código de Processo Civil a preocupação com “posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos tribunais, a respeito da mesma norma jurídica”, o que leva os jurisdicionados que estejam em situações idênticas a submeterem-se a regras de conduta diferentes, “fenômeno que fragmenta o sistema”. Tal fenômeno foi apelidado pela doutrina de “jurisprudência lotérica” (CAMBI, Eduardo, *Jurisprudência lotérica*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 786, 2001, p. 111).

discrecionalidade do julgador e, assim, controlar o ativismo judicial fundado em escolhas aleatórias e subjetivas (voluntarismo judicial) de modo a evitar a arbitrariedade. Mas também está voltado para evitar a multiplicação de casos repetitivos e o consequente abarrotamento do judiciário e o risco de decisões conflitantes. Esse uso do precedente ligado à questão da massificação dos conflitos acrescenta características que o diferenciam da dinâmica tradicional dos precedentes no *common law*.

Dessa forma, o Código atual não importou a sistemática de precedentes existente em qualquer país de *common law*, apenas inspirou-se naquelas experiências para conceber um instituto com características próprias. Com isso, o uso do precedente tal como regulado pelo Código atual apresenta semelhanças, mas também diferenças fundamentais em relação ao uso de precedentes em países de *common law*.¹²

Por outro lado, qualquer tentativa de enxergar essas técnicas como simples forma de padronização de decisões judiciais seria contrária aos seus propósitos. Essa redução também colocaria em risco a necessária flexibilidade e abertura do sistema jurídico. Por isso, tão importante quanto as técnicas de formação e de aplicação do precedente que asseguram sua estrita observância, são as técnicas de modificação e de afastamento (*departures*) que permitem a alteração e a revogação (superação) da norma do precedente em determinadas circunstâncias. Sem regras claras de superação do precedente corre-se o risco de petrificação do ordenamento jurídico e estagnação do próprio Direito, o que é bem diferente de segurança jurídica. Todavia, essa parece ser uma falha do Código, que embora reconheça expressamente a possibilidade de superação, não estabelece claramente regras ou procedimentos para esse fim, lançando assim um desafio para a interpretação doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

¹² Nos sistemas jurídicos ligados à tradição do *common law*, o precedente é reconhecido como tal no julgamento do caso posterior para cuja solução ele é aplicado. Ou seja, não se sabe, no momento no qual uma decisão judicial é proferida, se ela constituirá ou não um precedente. Somente no julgamento de um caso posterior, que envolva circunstâncias análogas, é que a existência ou não do precedente decorrente daquela decisão anterior será reconhecida. No caso brasileiro, a situação é diferente. A lei já estipula, de antemão, quais decisões judiciais serão consideradas como precedentes com eficácia vinculante.

Note-se que o termo *superação* aparece uma única vez no Código, no inciso VI do §1º do art. 489.¹³ E ainda assim de forma imprecisa, na medida em que pode dar a falsa impressão de que qualquer julgador estaria autorizado a realizá-la, o que é incompatível com o instituto, como será demonstrado neste trabalho. Por outro lado, a regra que autoriza a superação o faz sem mencioná-la explicitamente. Tal regra decorre da interpretação conjugada dos §2º e 4º do art. 927. De acordo com o § 2º, “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.” Já o § 4º determina que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de 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.” Essas disposições são igualmente imprecisas. Como também será demonstrado, alteração e modificação são termos genéricos, que devem ser interpretados como abrangentes do conceito de superação do precedente em sentido estrito. Ademais, a referência a determinados parâmetros judiciais vinculantes não significa a exclusão de outros assemelhados. No mais, inexistem regras expressas sobre os requisitos materiais e processuais para a superação de precedentes,¹⁴ tampouco regulação de qualquer procedimento para a realização da superação¹⁵. Para agravar essa situação, ainda durante a *vacatio legis*, o legislador alterou o Código por meio da Lei nº 13.256, de 04.02.2016, com intuito de restabelecer o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial em segunda

¹³ “Art. 489. (...) § 1º 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.”

¹⁴ No caso dos requisitos processuais, há apenas a referência (§2º) à ampliação do contraditório mediante intervenção do *amicus curiae* e das audiências públicas para os casos de mudança de entendimento sumulado ou objeto de tese afirmada em julgamento de recurso repetitivo, o que deve ser generalizado para todas as hipóteses de superação de precedentes (vinculantes) como defendido neste trabalho. O mesmo ocorre em relação à exigência da fundamentação adequada e específica, prevista para a mudança de entendimento sumulado, objeto de tese ou de “jurisprudência pacificada” (§4º), e que deve ser devidamente interpretada como requisito processual para qualquer situação de modificação e afastamento de precedente, incluída a superação.

¹⁵ Apenas no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e no incidente de assunção de competência (IAC) há previsão expressa, mas vaga, sem qualquer detalhamento, da hipótese de “revisão de tese”.

instância e limitar o acesso às instâncias superiores, dentre outras mudanças. O problema é que tais alterações, em conjunto com a interpretação restritiva já anteriormente dominante nesses tribunais quanto ao uso de determinados instrumentos processuais, como por exemplo o agravo aos tribunais superiores e a reclamação, inviabilizam o controle da correta aplicação dos precedentes pelos órgãos formadores e, pior, impedem qualquer possibilidade de superação. Caso não haja correção dessa situação, em algum momento haverá sérias consequências para o contínuo e necessário desenvolvimento do nosso ordenamento jurídico pela via jurisprudencial, indispensável para evitar a estagnação do Direito. O ideal seria regular todos esses aspectos da superação mediante alteração legislativa. A lacuna atual quanto aos contornos da superação no direito brasileiro não impede, todavia, a tentativa de sistematização pela via da construção doutrinária e jurisprudencial.

2. Delimitação do tema

O objetivo deste trabalho é propor uma sistematização da superação no direito brasileiro, tomando como ponto de partida a interpretação das esparsas disposições legais que hoje a regulam, em conformidade com o conceito de superação extraído da teoria geral e com as normas constitucionais. A tese consiste, portanto, na defesa do regime proposto da superação, de modo a suprir a lacuna hoje existente quanto aos contornos e aspectos do instituto na legislação processual.

Para tanto é necessário compreender: (a) o que é a superação; (b) quais as formas de afastamento existentes, dentre elas a superação, e a compatibilidade delas com o direito brasileiro; (c) quais os requisitos materiais para a superação, ou seja, quando um precedente pode ser alterado ou revogado; (d) a quem compete analisar a questão da superação e quais seriam os demais requisitos processuais para sua realização; (e) como evitar a quebra da estabilidade diante da modificação ou superação do entendimento consolidado; (f) se as restrições hoje existentes para acesso aos tribunais superiores são válidas sob a perspectiva da técnica da superação e (g) quais os instrumentos processuais que poderiam, em princípio, viabilizar a superação em nosso sistema. A análise dessas questões permitirá a proposição de

um regime de superação compatível e adequado com o sistema de precedentes adotado no Código de Processo Civil atual.

Por outro lado, só existe a técnica da superação em sentido estrito onde há precedente vinculante. Como se verá, nos países que admitem precedentes apenas com efeito persuasivo, não há necessidade nem espaço para tratar da superação. Assim, a premissa para a existência e o tratamento da técnica de superação do precedente em determinado ordenamento é a existência do próprio precedente com eficácia vinculante. É preciso, portanto, compreender, antes de mais nada, (a) o que é o precedente; (b) como ele se diferencia de outros institutos que, de alguma forma, com ele se relacionam (inclusive para diferenciar a superação das formas de afastamento desses outros institutos); (c) no que consiste a sua eficácia vinculante; (d) quais são as regras estruturantes do regime de precedentes adotado pelo direito brasileiro (deveres inerentes à formação, aplicação e modificação do precedente e da jurisprudência) e (e) quais são as situações nas quais o precedente é dotado de eficácia vinculante no direito brasileiro. A adequada compreensão dessas questões é premissa necessária para o correto enfrentamento das questões ligadas diretamente à superação antes destacadas.

3. Plano do trabalho

O trabalho é dividido em três partes. A primeira (o precedente e sua eficácia vinculante) é dedicada à compreensão do que é o precedente, qual a sua eficácia, quais as regras que estruturam o regime de precedentes implementado pelo Código de Processo Civil atual e quando o precedente tem eficácia vinculante nesse regime. Na segunda parte (superação do precedente) será tratada a questão da superação, que é o tema central do trabalho. Na parte final são apresentadas resumidamente as conclusões.

A primeira parte é dividida em quatro títulos (definição de precedente; eficácia do precedente, deveres inerentes à formação, aplicação e modificação do precedente e da jurisprudência e, por fim, os precedentes vinculantes). No primeiro (definição de precedente) será trabalhada a noção de precedente judicial, a diferença

entre precedente e norma do precedente, bem como o significado e a abrangência dos fundamentos determinantes, a diferença entre o precedente e outros parâmetros decisórios que lhe são próximos, mas com ele não se confundem, que são a jurisprudência e a súmula (tanto a comum, como a vinculante) e, por fim, será proposta uma redefinição do papel e do uso da súmula em consonância com as alterações promovidas pelo atual Código de Processo Civil. No segundo título (eficácia do precedente), serão analisados os diversos efeitos dos precedentes, primeiro na perspectiva da sua obrigatoriedade (persuasivos e vinculantes), depois em relação à dimensão ou ao plano em que o efeito vinculante se projeta (vertical e horizontal), para em seguida analisar outros efeitos atribuídos aos precedentes pelo ordenamento brasileiro. Ainda nesse capítulo, far-se-á a distinção entre coisa julgada e precedente e suas respectivas eficácias, de modo a afastar algumas confusões, sobretudo no que diz respeito à eficácia da coisa julgada no processo objetivo característico do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e a eficácia do precedente constitucional. No terceiro título, serão analisados os deveres inerentes à formação, aplicação e modificação do precedente e da jurisprudência. Como se verá, dentro do significado amplo de modificação adotado pelo Código é possível inserir a superação em sentido estrito. No quarto e último título dessa primeira parte, serão discutidas as situações nas quais os precedentes produzem efeito vinculante no ordenamento brasileiro. Dessa forma, as questões analisadas nessa primeira parte do trabalho constituem premissas para a discussão central, sobre a superação dos precedentes no ordenamento brasileiro atual, objeto da segunda parte.

A segunda parte é dividida em seis títulos (definição de superação, a superação no direito brasileiro, os requisitos materiais da superação, os requisitos processuais da superação, as regras de transição na superação do precedente e os meios processuais para promover a superação). No primeiro título (definição de superação), é discutida a superação no contexto da segurança-continuidade, são analisados os tipos de superação, é comparada a superação em sentido estrito com outras técnicas assemelhadas (formas de distinção com eficácia revogatória, sinalização, “superação antecipada do precedente”) e discutida a ideia do superprecedente. No segundo título (a superação no direito brasileiro), são analisados os contornos da superação no direito brasileiro segundo as regras

introduzidas pelo Código de Processo Civil atual, a incompatibilidade das formas de distinção com eficácia revogatória com o direito brasileiro, como seria possível usar a sinalização e o afastamento diante de provável superação (“superação antecipada do precedente”) no direito brasileiro e, por fim, o desencaixe da ideia de superprecedente com o sistema brasileiro. No terceiro título (requisitos materiais da superação), são propostas, à luz das regras estruturantes da formação, aplicação e modificação do precedente (os deveres analisados no título 3 da primeira parte), as três situações autorizadoras da superação, denominadas requisitos materiais da superação: (a) a perda da congruência social; (b) o rompimento da consistência sistêmica e (c) o grave erro na formação do precedente. Além disso, é apresentada a necessidade de ponderação entre superação e estabilidade, e a consequente adoção de regras de transição, como condição para a efetiva superação do precedente. No quarto título (requisitos processuais da superação), são propostos, a partir da interpretação das regras introduzidas pelo Código de Processo Civil, como requisitos processuais da superação: (a) a competência; (b) o contraditório qualificado e (c) a fundamentação adequada e específica. No título 5 (regras de transição na superação do precedente), é discutida a ideia das regras de transição no contexto da segurança-continuidade e aplicada à superação dos precedentes, examinando-se em especial a regra da modulação dos efeitos e seus diversos aspectos, quais sejam: a eficácia retroativa das mudanças de entendimento como regra e a modulação como exceção; o instituto da superação prospectiva no direito comparado, os tipos de eficácia temporal, os requisitos para a modulação (preservação da segurança jurídica e do interesse social) e os diversos aspectos processuais da modulação (requerimento, decisão, competência, quórum, contraditório, fundamentação adequada e específica). Por fim é feita breve referência a outras possibilidades de regras de transição. No sexto e último título (meios processuais para promover a superação), são identificadas três diferentes vias para a superação de precedentes: (a) a superação pela via concentrada (a “ação direta de superação”), (b) a superação pela via incidental (o “incidente de superação”) e (c) a superação pela via recursal. Em relação à superação pela via recursal, é analisado o entendimento jurisprudencial restritivo do acesso aos tribunais superiores para rediscussão de teses jurídicas em três momentos distintos: (a) antes do atual Código, porém já no contexto das reformas que introduziram mecanismos de julgamento de casos repetitivos e de casos com repercussão geral;

(b) após a promulgação do Código atual, mas conforme seu texto original, antes da alteração promovida pela Lei nº 13.256/2016, e (c) o entendimento atual dos tribunais superiores. Em seguida são analisadas as possibilidades já levantadas em sede doutrinária para impugnação da decisão que inadmite o recurso excepcional fundado na alegação de superação, concluindo-se que a questão da superação é típica dos recursos excepcionais para os tribunais superiores e que a retenção indevida no âmbito dos tribunais locais enseja o cabimento de reclamação. Também é analisada e defendida a possibilidade da superação no âmbito da reclamação contra descumprimento de precedente vinculante de tribunal superior, desde que observados certos requisitos. Por fim é examinada a forma de revisão e cancelamento da súmula.

Na parte final são apresentadas, resumidamente e em tópicos, as conclusões e teses resultantes dos argumentos desenvolvidos ao longo do trabalho.

PRIMEIRA PARTE – O PRECEDENTE E SUA EFICÁCIA VINCULANTE

Título 1. Definição de precedente

1. Noção de precedente judicial

Argumentar com precedente, em linhas gerais, é usar uma decisão tomada em situação anterior como parâmetro para orientar a decisão em situação similar posterior. Esse raciocínio pode ser representado da seguinte forma: *o tratamento anterior do acontecimento X da forma Y constitui uma razão para que fatos similares a X, caso ocorram em evento posterior, também sejam tratados da forma Y*.¹⁶ Nesse sentido, uma decisão judicial anterior também pode ser usada como parâmetro para outra decisão judicial em caso posterior semelhante. Fala-se, nessa situação, do precedente judicial. Decidir com base em precedente judicial é, portanto, em uma noção inicial, tomar a decisão proferida em caso anterior (o caso precedente) para orientar o julgamento de caso semelhante pendente de solução (o caso presente ou caso posterior).

Isso não significa que o precedente seja um mero exemplo para o caso presente. Embora ambos, precedente e exemplo, indiquem como uma situação foi tratada anteriormente, a fim de servir de orientação para o comportamento em situação posterior similar, a eficácia do exemplo está ligada exclusivamente ao valor que o agente atribui ao seu conteúdo, enquanto o precedente tem eficácia independente do conteúdo.¹⁷ Assim, um exemplo (real ou hipotético) pode ser tomado ou não para orientar a solução judicial de um caso (no sentido de ilustrar a construção do raciocínio). Isso depende unicamente do valor que lhe é atribuído

¹⁶ SCHAUER, Frederick. Precedent. Stanford Law Review, vol. 39, 1987, p. 571. SCHAUER, FREDERICK. Precedente. In Precedentes, coordenadores FREDIE DIDIER JR. et al. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 50 (versão traduzida para o português de André Duarte de Carvalho e Lucas Buri de Macêdo). Também nesse sentido, ver DUXBURY, NEIL. The nature and authority of precedent. Cambridge University Press, 2008, p. 1-2.

¹⁷ Nesse sentido LUIZ GUILHERME MARINONI (in Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 81).

pelo julgador e da sua exclusiva vontade em usá-lo ou não. Nesse sentido, o julgador tem liberdade para adotar exemplos que se mostrem úteis para a justificação da decisão. Com o precedente é diferente. Identificada a existência do precedente judicial, o julgador tem o dever de levá-lo em consideração. Não pode ser-lhe indiferente. O precedente exige uma postura do julgador em relação ao caso anterior para decidir o caso presente. Dessa forma, a aplicação do precedente não decorre da mera escolha do julgador. O julgador deve sempre analisar a existência ou não da similaridade entre os casos e, dependendo da eficácia atribuída pelo ordenamento jurídico ao precedente, o julgador terá a possibilidade ou não de afastá-lo (e nesse ponto reside a diferença entre o precedente persuasivo e o vinculante, a ser tratada mais adiante), mas sempre expondo a justificativa. É nesse sentido que o precedente cria, no mínimo, um ônus argumentativo para o julgador, o que não existe em relação ao exemplo. Em suma, ao precedente é reconhecida eficácia jurídica, o que não ocorre com o exemplo.

Essa ideia de precedente é tradicionalmente associada ao sistema do *common law* e ao método do *case law* (direito casuístico). Na realidade, porém, o precedente está presente em diversos ordenamentos jurídicos, mesmo naqueles filiados à tradição romanística do *civil law* (direito codificado).¹⁸ O que muda é a eficácia usualmente atribuída aos precedentes nos diferentes ordenamentos jurídicos. Segundo a visão tradicional, no *common law*, o precedente tem eficácia vinculante e é fonte de direito. No *civil law*, os precedentes costumam ter eficácia meramente persuasiva e não são arrolados dentre as fontes do direito.¹⁹

¹⁸ Nesse sentido aponta o resultado da pesquisa realizada conjuntamente por juristas de vários países, de diferentes tradições jurídicas, coordenadas pelos professores NEIL MACCORMICK e ROBERT SUMMERS (MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016). Numa perspectiva histórica, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI observa o uso do precedente desde o direito romano até os dias atuais na obra “Precedente judicial como fonte do Direito”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁹ Os países que seguem a tradição do *common law*, como a Inglaterra, tiveram, na origem, o seu direito formado em larga medida pelos precedentes judiciais. Já os países filiados à tradição do *civil law*, como a França, no momento de sua afirmação como estados nacionais e desenvolvimento dos seus ordenamentos jurídicos, estabeleceram a lei como fonte primária do direito. Todavia, no estágio atual do desenvolvimento jurídico dos povos, não é mais possível encontrar sistemas jurídicos puros, baseados apenas na lei ou apenas em precedentes (se é que em algum momento de fato existiram nessa versão pura idealizada). Dessa forma, o que efetivamente os diferencia nesse aspecto é a racionalidade com que lidam com as diferentes espécies de leis e precedentes e, ainda, o grau de autoridade ou a eficácia a eles conferidos.

Diversos fatores, no entanto, contribuíram para uma aproximação e um crescente intercâmbio entre as experiências de países filiados na sua origem a essas diferentes tradições. A transformação do conceito de direito, a revisão da função jurisdicional imposta pelo constitucionalismo, a evolução da teoria da interpretação jurídica são fatores que fizeram surgir um modelo de juiz completamente distinto daquele idealizado pela tradição do *civil law*, marcadamente influenciada, a partir da Revolução Francesa, pelas doutrinas da separação estrita dos poderes e da jurisdição como atividade meramente declaratória da lei²⁰

Em linhas bem gerais, hoje prevalece o entendimento segundo o qual o direito não se resume ao conjunto das leis e que a lei criada pelo legislador é um produto que precisa ser completado ou finalizado pelo juiz. Além disso, a constitucionalização dos princípios e o reconhecimento da sua normatividade nos países de tradição do *civil law*, acompanhado do uso crescente, também na legislação infraconstitucional, de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, associados aos mecanismos de controle de constitucionalidade, levaram a uma redefinição da função jurisdicional no quadro da doutrina da separação de poderes. Tanto os princípios como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados são dotados de ampla generalidade e abstração. Dessa forma, o seu conteúdo e significado são reconstruídos à luz dos sucessivos casos concretos nos quais a sua aplicação é discutida. Tal circunstância abriu espaço para uma participação mais intensa do juiz na formação do direito também nos países de *civil law*. Dessa forma, o Judiciário passa a ser visto não só como poder constituído para decidir conflitos concretos, mas encarregado também de proferir decisões que sirvam de orientação para casos futuros.²¹

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 21/79.

²¹ O objetivo nesse ponto do trabalho é apenas apontar os principais fatores que contribuíram para o intercâmbio entre essas diferentes tradições no que diz respeito ao uso do precedente e sua eficácia. Por isso, não será objeto de análise mais aprofundada o debate entre as teorias declaratória e constitutiva da jurisdição ou entre as teorias da interpretação jurídica (cognitiva, cética e conciliadora). Da mesma forma, não condiz com o escopo deste trabalho esmiuçar a profunda discussão sobre a teoria dos princípios, embora todas essas questões tenham impacto direto no uso dos precedentes e na transformação da sua eficácia, não só nos ordenamentos de *common law*, mas, sobretudo, naqueles filiados à tradição do *civil law*.

Por outro lado, percebeu-se, a partir desse novo prisma, que a norma jurídica não se confunde com o texto legal ou o enunciado normativo. Na verdade, a norma é resultado da interpretação do texto. Nesse sentido, toda interpretação, em maior ou menor medida, conforme o espaço deixado pelo legislador, é constitutiva da norma jurídica. O juiz aplica a norma para resolver o caso concreto. Ao fazê-lo, inevitavelmente, a interpreta para estabelecer o seu significado. Assim, a norma decorre do enunciado normativo, mas com ele não se confunde. Ela é resultado da interpretação do enunciado normativo à luz das especificidades do caso concreto e, uma vez ali assentada, servirá de parâmetro para solução de casos posteriores. Por outro lado, como todo texto exige interpretação e a norma é sempre resultado da interpretação do texto legal, os precedentes judiciais, também documentados em textos, exigem interpretação ao serem aplicados. Nesse sentido, a norma do precedente é também objeto de contínua reconstrução nos casos posteriores. Com isso, o juiz, ao decidir, assume um papel integrador e participa da reconstrução da norma e, conseqüentemente, da contínua formação do direito. Por outro lado, a decisão de um caso concreto não é ato isolado do juiz. Ele não está encerrado em uma torre. Está situado no mundo. Sobre ele pesam múltiplas influências culturais, históricas, ideológicas e de relações de poder que repercutem na atividade de interpretação. É, portanto, um ato contextual. Diante disso, a norma é resultado do que a lei dispõe, mas também do que os juízes interpretam, os advogados argumentam, os litigantes declaram, os doutrinadores criticam.

Essas questões não são exclusivas de uma ou outra tradição jurídica. Ao contrário, são questões fundamentais e presentes hoje tanto em países filiados à tradição do *common law*, como do *civil law*. Dessa forma, a dicotomia entre essas tradições do direito não tem hoje a mesma importância de outrora para a análise do funcionamento de cada sistema jurídico. A influência constante e recíproca dessas tradições acarretou a formação de sistemas cada vez mais complexos, dotados de técnicas e instrumentos que embora tenham surgido na experiência de uma dessas diferentes tradições, podem ser bem aproveitados pela outra.²²

²² Considerando que este trabalho é voltado para a análise dogmática do precedente no direito brasileiro a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015 e o seu principal objetivo é o exame crítico das questões relacionadas à técnica de superação no cenário atual, não se fará aqui

No caso específico dos precedentes, o desenvolvimento da sua teoria e das técnicas para sua utilização está intimamente ligado à necessidade de previsibilidade e estabilidade dos ordenamentos jurídicos, ou seja, da necessidade de segurança jurídica. Esse foi o principal fator que levou ao desenvolvimento da doutrina do *stare decisis* no *common law*, responsável pela justificação da eficácia vinculante dos precedentes.²³ Essa preocupação, todavia, não é exclusiva dos ordenamentos de *common law*. No direito brasileiro, foi justamente a busca pela maior segurança jurídica que levou ao regramento do precedente, pela primeira vez, no Código de Processo Civil atual.²⁴

Dessa forma, o precedente judicial é uma categoria pertencente à Teoria Geral do Direito e está relacionado com a teoria das fontes normativas. A sua eficácia e as técnicas relacionadas ao seu uso (formação, aplicação, modificação e afastamento) variam de acordo com as especificidades de cada ordenamento jurídico e, portanto, são objeto da dogmática jurídica.

Por outro lado, talvez a maior dificuldade no uso dos precedentes judiciais, como fonte normativa, seja identificar o que é relevante em uma decisão passada e de que forma isso afeta a decisão no caso presente. Isto porque, como não existem dois eventos exatamente iguais, jamais haverá casos exatamente iguais. E, como não existem casos completamente idênticos, os casos podem ser semelhantes em alguns aspectos, mas diferentes em outros. Como então identificar se dois casos são suficientemente semelhantes a ponto de o primeiro constituir um precedente para a

uma aprofundada investigação histórica ou comparativa entre os sistemas de *civil law* e o de *common law*, recorrendo-se a institutos originários do *common law* apenas quando úteis para a compreensão das novas regras sobre precedentes adotadas no direito brasileiro e na medida em que essas questões sejam apresentadas ao longo do texto.

²³ Ao contrário do que se possa pensar, o *stare decisis* não é um instituto inerente ao *common law*, no sentido de ser essencial ou constitutivo dessa tradição jurídica. Na verdade, o desenvolvimento do *common law* é muito anterior ao instituto do *stare decisis* (abreviação da expressão latina *stare decisis et quia non movere*). O *stare decisis* somente se solidificou na Inglaterra ao final do século XIX, mais precisamente com a decisão da *House of Lords* no caso *London Tramways v. London County Council*, decidido em 1898. (DUXBURY, NEIL. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p. 114 e ss).

²⁴ Conforme justificativa constante da exposição de motivos do atual Código de Processo Civil para a previsão expressa dos deveres de estabilidade e uniformidade constantes do art. 926.

decisão no segundo? Essa tarefa envolve descobrir a existência de *similaridade relevante* entre um caso passado e o caso presente.²⁵ Somente quando constatada essa aproximação entre os casos é que se estará diante de precedente para a solução do caso presente. Mas o que torna similares duas situações não idênticas para efeito de aplicação do precedente? Essa questão passa pela identificação do que exatamente é relevante no caso anterior a ponto de ser generalizado para abranger também a solução do caso presente ou de questão no caso presente. Em outras palavras, significa identificar a *ratio decidendi* que torna a decisão do caso anterior um precedente para o caso presente. Para tanto, é necessário saber não apenas *o que* o tribunal decidiu no caso precedente, mas também o *porquê* de o tribunal ter assim decidido. Dito de outra forma, significa identificar os fundamentos de fato e de direito determinantes para a solução do caso ou da questão, a fim de identificar a *norma do precedente*.

2. Precedente, fundamentos determinantes e norma do precedente

O termo precedente é usado por vezes com um sentido que se pode considerar próprio e, por outras, com um sentido impróprio. No sentido próprio, o precedente equivale à decisão judicial de um caso concreto (a decisão do caso precedente) que se torna parâmetro para a solução de casos posteriores. Não a uma parte específica da decisão (como a sua parte dispositiva ou a fundamentação), mas ao ato decisório como um todo. Com esse significado, todo precedente pode ser visto como decisão, porém nem toda decisão será seguida como precedente. Apenas determinadas decisões vistas como parâmetro ou ponto de partida para outras decisões é que constituem verdadeiramente precedentes. O precedente, assim, é ato decisório e pode ser fonte de direito. Em outro sentido, menos apropriado, o precedente é usado como sinônimo de *ratio decidendi* (ou seja, dos fundamentos determinantes para a solução da questão objeto do julgamento e dos quais emerge a norma do precedente, que é a norma jurídica aplicada pelo tribunal para solucionar o caso concreto e que servirá de orientação aos casos similares posteriores e, portanto, uma norma jurídica generalizável).

²⁵ SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. 44/45.

O precedente, portanto, pode significar (a) em sentido próprio, a *decisão do caso precedente*, tomada na sua integralidade, que serve de parâmetro para julgamento do caso posterior, na medida em que dele emerge norma jurídica passível de generalização ou universalização (precedente como ato decisório e fonte normativa) e (b) em sentido impróprio, a *norma jurídica generalizável*, inferida a partir da *ratio decidendi* extraída da decisão do caso precedente (precedente como redução da expressão ‘norma do precedente’). Neste trabalho é adotado o sentido próprio de precedente (precedente como decisão judicial), de modo que não se confunda o precedente com a norma generalizável inferida a partir dos seus fundamentos determinantes (a norma do precedente). Dessa forma, falar de precedente judicial é falar da decisão judicial que pode produzir norma passível de generalização ou universalização. Em outras palavras, só constitui precedente a decisão da qual resultarem efeitos jurídicos normativos para os casos posteriores.

A norma do precedente, por sua vez, decorre das razões extraídas da decisão do caso precedente, ou de uma sequência de precedentes complementares, passíveis de generalização ou universalização. Essas razões, na tradição do *common law*, são identificadas como *ratio decidendi* ou *holding*.²⁶ A *ratio decidendi*, sinteticamente, são as razões de decidir ou as razões para a decisão.²⁷ Por outro lado, as razões que não constituem a *ratio decidendi* são denominadas *obiter dictum* – expressão latina que significa literalmente ‘algo dito de passagem’ – ou simplesmente a forma abreviada *dicta*. Dessa forma, são *dicta* os argumentos que não são estritamente necessários para atingir, justificar ou explicar o resultado do caso. São observações do tribunal sobre questões que não foram de fato colocadas pelo caso, ou conclusões sobre pontos desnecessários para o resultado efetivamente atingido pelo tribunal, ou explicações abrangentes acerca de toda uma área do direito, ou simplesmente adendos em larga medida irrelevantes.²⁸ Em suma, são argumentos de passagem, incidentais, laterais, que não têm importância ou não são determinantes para a

²⁶ Essas expressões são equivalentes. No entanto, o termo *ratio decidendi* é tradicionalmente adotado no Reino Unido, enquanto *holding* é mais usado nos Estados Unidos.

²⁷ Como explica DUXBURY, “*ratio decidendi can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’*”. (DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent.*, ob. cit, p. 67.

²⁸ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. 55.

solução da questão ou do caso em discussão. É fundamental, portanto, identificar no precedente o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum*. Essa definição de qual elemento possui autoridade no precedente judicial é essencial ao funcionamento do *stare decisis*, na medida em que não basta a simples invocação do precedente para trazer resultado favorável à parte, sendo necessário precisar o que, no interior do julgado anterior, constitui a *ratio decidendi*.²⁹ Por outro lado, é importante destacar que o conceito de *ratio decidendi* é usado independentemente de o precedente ser vinculante ou persuasivo. Saber no que consistem as razões de decidir é uma questão pertinente aos precedentes em geral e não à sua obrigatoriedade, que decorre da eficácia atribuída a *ratio decidendi*.

A determinação pelos juristas do que seja exatamente a *ratio decidendi* tem apresentado grande variação e inconsistência. Trata-se, sem dúvida, de uma das questões pertinentes à teoria dos precedentes mais debatidas no *common law*. Vários foram os métodos propostos para a extração da *ratio decidendi*.³⁰

Todavia, mais do que definir um método de extração ou identificação da *ratio decidendi*, é preciso entender que os precedentes judiciais, assim como os enunciados legislativos, são textos dotados de autoridade que carecem também de interpretação. Além disso, como assinala Duxbury, não há vinculação ao precedente na medida do tudo ou nada.³¹ A aplicação do precedente depende da sua permanente reconstrução através de rigorosa argumentação e comparação entre os casos. Dessa

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 177.

³⁰ As mais influentes, de forma sintética, seriam: (a) Teste de Wambaugh (a *ratio decidendi* seria a regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira); (b) Teste de Goodhart (a *ratio decidendi* deve ser encontrada de maneira negativa, excluindo-se o que ela não é, e depois determinando os fatos do caso tratados pelo juiz como fundamentais (*material facts*), e sua decisão exclusivamente no que se refere a eles; (c) Tese de Oliphant (derivada do funcionalismo jurídico, propõe que os fatos que deram origem à decisão sejam vistos como um estímulo, de modo que a *ratio decidendi* não seria mais do que a combinação estímulo-resposta); (d) Fórmula Scalia (procura estabelecer o meio neutro de identificar o nível de generalidade de uma *ratio decidendi* e, assim, a sua extensão para os casos futuros, tomando a decisão do caso e generalizando-a aos poucos até chegar ao nível mais específico em que um direito constitucional assegurado pode ser identificado). Conferir nesse sentido RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 69. Também PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2016. P. 153-155.

³¹ DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 23.

forma, mais importante do que o método de definição da *ratio decidendi* é o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma.³²

Algumas questões precisam ser então pontuadas para que se tenha uma correta compreensão do que seja a *ratio decidendi* e de como trabalhar com esse conceito à luz do ordenamento jurídico brasileiro, recentemente alterado para lidar com a formação, aplicação e modificação de precedentes.

Os tribunais brasileiros, mesmo antes da vigência do atual Código de Processo Civil, já trabalhavam com a noção de *ratio decidendi*, ora usando a expressão “razões de decidir”, ora aludindo aos “motivos determinantes” da decisão.³³ O atual Código de Processo Civil, por sua vez, adotou expressamente o termo “fundamentos determinantes” para designar a *ratio decidendi*.³⁴ Mas o que efetivamente pode ser considerado como fundamentos determinantes de um precedente no direito brasileiro? A resposta a essa questão passa pela análise do conceito de fundamentos determinantes à luz das normas fundamentais do processo brasileiro e das regras específicas sobre precedentes introduzidas pela Código de Processo Civil atual.

³² Nesse sentido observa Lucas Buril que “extrair a norma de um precedente judicial dependerá sempre do conjunto normativo como um todo, das razões que lhe subjazem e das circunstâncias apresentadas pelo novo caso. Não é possível, portanto, estabelecer um método de definição da *ratio decidendi* (norma do precedente) como superior ou correto *a priori*, sua compreensão deve ser guiada à luz das circunstâncias do caso concreto e pela dimensão argumentativa do Direito. O método de definição da *ratio* torna-se menos importante, crescendo em relevância o controle racional da decisão que interpreta o precedente e concretiza sua norma, em perfeito paralelo à problemática da definição da norma legal.” (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 258).

³³ É possível encontrar em decisões anteriores ao CPC/2015 o uso alternado das expressões “razões de decidir” e “motivos determinantes” para designar a *ratio decidendi*. Assim, usando o termo “motivos determinantes”, por exemplo, o acórdão proferido na Rcl 5216 AgR/PA, Relatora Ministra Carmen Lúcia, Pleno, DJ 18.09.2012. Por outro lado, usando “razões de decidir” o acórdão proferido no RE 630705 AgR/MT, Relator Ministro Dias Tóffoli, 1ª. Turma, DJ 08.02.2013.

³⁴ O novo Código de Processo Civil adotou expressamente o termo “fundamentos determinantes” como versão de *ratio decidendi* para o vernáculo. Isso pode ser visto no art. 489, § 1º, V, quando dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja interlocutória, sentença ou acórdão, que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.” Mais adiante, no art. 979, § 2º, o Código volta a empregar essa expressão, ao regular o incidente de resolução de demandas repetitivas, dispondo que “para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.”

Convém assim destacar mais uma vez que os precedentes não operam sem referência a fatos, ou seja, de forma abstrata.³⁵ Ao contrário, os precedentes são umbilicalmente dependentes da unidade fático-jurídica do caso (artigo 926, § 2º, CPC).³⁶ Dessa forma, primeiro, *os fundamentos determinantes de um precedente são os fundamentos que justificam a resolução da questão, considerada na sua unidade fático-jurídica* (solução jurídica conectada às circunstâncias de fato da causa). Não há, portanto, como dissociar o aspecto fático do aspecto jurídico quando se trata de determinar o fundamento determinante do precedente. Significa que a norma do precedente, que emerge dos seus fundamentos determinantes, deve ser interpretada sempre a partir das circunstâncias fáticas do caso precedente, em relação às quais está indissociavelmente interligada.³⁷ Não obstante essa ligação com o contexto fático-jurídico do caso, *esses fundamentos devem ser passíveis de generalização ou universalização*, na medida em que a partir deles é que se extrai a norma do precedente que deve servir de parâmetro para solução de questões ou casos posteriores similares. Mas essa universalização ou generalização não significa produzir normas abstratas. A vinculação ao contexto fático no qual a solução jurídica foi encontrada permanece. Assim, a norma do precedente deve ser interpretada e reconstruída mediante a análise da sua incidência no caso posterior

³⁵ Como explica Zaneti, não há questão jurídica inteiramente abstrata, no sentido de ser enunciada sem qualquer relação com os fatos que visa regular. O direito funciona a partir de fatos jurídicos. A norma do precedente, assim como a norma legal, possui hipótese fática, ou seja, a previsão de fatos que uma vez ocorrendo levam à incidência da norma jurídica, tornando-os existentes no mundo jurídico e possibilitando a produção de efeitos jurídicos. Trata-se de uma característica da norma jurídica, independentemente de a fonte ser a lei ou o precedente. Os precedentes, todavia, são aplicados de forma distinta das leis, na medida em que exigem a demonstração da identidade dos fundamentos determinantes (unidade fático-jurídica pela qual as circunstâncias de fato de um caso devem ser conectadas à solução jurídica nele dada), visualizada entre o caso-precedente e o caso-atual, inclusive quando se trata de enunciados de súmula (ZANETI, Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed., revista e atualizada, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 345).

³⁶ O § 2º do artigo 926 do Código de Processo Civil estabelece que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” Essa vinculação às circunstâncias fáticas do caso é inerente à racionalidade dos precedentes. (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. XV, Artigos 926 ao 975, 2ª Ed. São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018, p. 51).

³⁷ Não quer isso dizer que essa norma seja estática, imutável, aprisionada nessas circunstâncias fáticas. A interpretação dessa norma do precedente em casos posteriores similares pode levar à sua restrição ou ampliação, por meio da técnica da distinção (*distinguishing*) ou até mesmo à sua superação (*overruling*), como se verá mais adiante.

similar de forma argumentativa, comparando-se os contextos fático-jurídicos de ambos os casos (precedente e posterior). Dessa forma, não são determinantes fundamentos não suscetíveis de generalização.

Em segundo lugar, *os fundamentos determinantes não se confundem com fundamentação da decisão*. Embora os fundamentos determinantes sejam encontrados principalmente na fundamentação da decisão, a sua identificação exige a análise da decisão como um todo, incluindo o relatório, onde é resumida a argumentação das partes, e o dispositivo, que serve para interpretação dos fundamentos, bem como para fixação de parâmetros para quantificações.³⁸ Ademais, *apenas o fundamento relevante, ou seja, aquele que efetivamente resolve a questão, pode ser considerado determinante*. Logo, argumentos laterais, descartáveis, que não alteram o resultado e, portanto, são irrelevantes para a solução da questão (*obiter dictum*) não são fundamentos determinantes e, por isso, não integram a norma do precedente e não servem de parâmetro para solução do caso posterior.³⁹ Note-se, por outro lado, que podem ser determinantes não apenas os fundamentos que levam à solução definitiva da causa (as questões de mérito ou o objeto da demanda), mas também os fundamentos que decidem quaisquer questões suscitadas no caso (questões incidentais).⁴⁰

Terceiro, *a definição dos fundamentos determinantes é eminentemente argumentativa*. O precedente judicial também é texto. A partir da sua interpretação

³⁸ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, cit. p. 221. Também MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. p. 248.

³⁹ Veja-se a respeito o Enunciado 318 do FPPC (art. 927): “Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante.”

⁴⁰ Como observa MARIONI, “a *ratio decidendi*, no âmbito do *common law*, é vista como passo suficiente à específica solução dada ao caso. No direito brasileiro, contudo, a conformação da *ratio decidendi* não necessita e não deve sofrer igual restrição. O que se espera de um precedente, ou seja, a sua capacidade de estabilizar a compreensão de questão jurídica e de assegurar previsibilidade e igualdade, não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos. Em princípio, todas as questões, envolvidas e presentes de uma ou outra maneira nos vários processos jurisdicionais, devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes.” Em seguida, MARINONI, demonstra como a resolução de questões preliminares, de questões resolvidas em favor de parte que, ao final, restou vencida e de pedidos cumulados podem produzir precedentes, não havendo que se falar, portanto, sob a perspectiva do direito brasileiro, sempre em uma *ratio decidendi* ligada à solução do caso; porém haver várias *ratios* e ligadas também a resolução de questões e não somente do caso (Precedentes obrigatórios p. 186 e ss, também, Comentários, p. 91 e ss.)

se constrói a norma do precedente. A definição do que sejam os fundamentos determinantes de um precedente, portanto, depende sempre da análise da questão decidida, na sua unidade fático-jurídica, em comparação com a questão a ser decidida no caso presente, também na sua unidade fático-jurídica. Dessa forma, a norma do precedente não pode ser apresentada como um enunciado completo e acabado, algo estático no passado, sob pena de se promover um fechamento argumentativo. O precedente não é o ponto de chegada, mas o ponto de partida para definição do que sejam os fundamentos determinantes e, consequentemente, para identificar a norma do precedente que resolve a questão ou o caso posterior. Nesse sentido, *a definição da norma do precedente envolve não só um trabalho descritivo do passado, mas também construtivo do presente*. Conforme observa Lucas Buril de Macêdo, “a *ratio decidendi* transcende ao precedente do qual é compreendida.” Assim, da mesma forma que existe diferença entre norma legal e texto legal, também há diferença entre a norma do precedente e o texto do precedente, sendo equivocado reduzi-la à fundamentação ou a qualquer combinação de elementos da decisão. Dessa forma, “a norma do precedente é moldada e esclarecida nos casos posteriores, que delimitam melhor a sua abrangência e seu consequente através de distinções, enquanto a fundamentação do precedente permanece intacta”, razão pela qual a “força da norma do precedente não está só na decisão, ela é construída como um comando geral que vai além da fundamentação da decisão.”⁴¹

Quarto, *somente podem ser admitidos como fundamentos determinantes aqueles decorrentes de cuidadosa análise pelo órgão judicial de argumentos submetidos ao contraditório prévio e efetivo* (art. 7 do CPC)⁴², *como direito de participação com influência* (art. 6 do CPC)⁴³ e *garantia de não surpresa* (art. 10

⁴¹ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 249.

⁴² “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, **competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório**.”

⁴³ “Art. 6º **Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si** para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

do CPC)⁴⁴. Essa é uma exigência do processo jurisdicional em um Estado Democrático de Direito. A interpretação dos fundamentos determinantes do precedente, insista-se, implica a reconstrução da sua norma à luz da situação fático-jurídica do caso presente. Essa atividade, todavia, não é exclusiva do juiz. Exige a cooperação ou comparticipação de todos os sujeitos processuais (todos os sujeitos devem participar da construção do resultado). Como observa Alexandre Câmara, “tanto as partes como o órgão jurisdicional têm, na formação como na aplicação dos padrões decisórios, de cumprir papéis específicos”. Assim, caberá às partes apresentar todos os argumentos normativos que puderem trazer para contribuir para a formação dos precedentes e, ao tribunal, levar em consideração esses argumentos e promover o efetivo debate sobre eles. Na aplicação dos precedentes, caberá às partes desincumbirem-se de um específico ônus argumentativo destinado a demonstrar a sua incidência ou, contrariamente, eventual distinção ou superação e, ao tribunal, fundamentar de forma adequada e específica a decisão que aplica ou afasta (por distinção ou superação) o precedente.⁴⁵ Em outras palavras, diante do ordenamento processual brasileiro atual, somente podem ser tomados legitimamente como fundamentos determinantes aqueles construídos dentro de um processo policêntrico⁴⁶ e comparticipativo.^{47 48}

⁴⁴ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em **fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar**, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo, ed. Atlas, 2018, p. 09-110.

⁴⁶ Segundo PICARDI, a atividade jurisdicional é estruturada necessariamente como processo, entendida como subespécie de procedimento, ou seja, como procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, sendo que cada qual tem uma colocação particular e desenvolve um papel específico (PICARDI, Nicola. *Manuale di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 2006. P. 100, citado por CÂMARA, Alexandre Freitas, ob. Cit., p. 109, nota 146). O termo permite enfatizar a superação do esquema de relação processual baseada no protagonismo judicial para um outro modelo no qual não existam protagonismos, seja do juiz ou das partes, mas fundado na participação de todos para construção do resultado.

⁴⁷ O processo é comparticipativo quando todos os sujeitos participam efetivamente da construção dos resultados (ou seja, a ideia não é permitir ou mesmo exigir ajuda, auxílio, colaboração ou simplesmente cooperação; vai mais além para assegurar atuação capaz de influenciar efetivamente na construção do resultado). Esse termo comparticipativo é usado, entre outros, por DIERLE NUNES (Processo jurisdicional democrático. Curitiba. Juruá, 2008) e ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo, ed. Atlas, 2018).

⁴⁸ É nesse sentido que deve ser interpretado o Enunciado 2 do FPPC, segundo o qual “Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.” O

Quinto, os precedentes são formados a partir de decisões dos órgãos colegiados dos tribunais (acórdãos), jamais de decisões de juízes de primeira instância ou de decisões monocráticas no âmbito dos tribunais (decisões dos relatores). Portanto, os precedentes são sempre decisões colegiadas.⁴⁹ Por outro lado, *só podem ser considerados fundamentos determinantes dessas decisões colegiadas aqueles que foram submetidos e acolhidos pela unanimidade ou, ao menos, pela maioria dos integrantes do colegiado*. Não obstante, a prática no Brasil tem sido o julgamento apenas pela soma das conclusões dos votos, reputando-se majoritário o entendimento quando uma conclusão é manifestada ao menos pela maioria dos julgadores. O problema é que existe a possibilidade de entendimentos diferentes sobre a questão levarem à mesma conclusão sobre o resultado do julgamento (procedência ou improcedência do pedido; provimento ou desprovimento do recurso). Portanto, coincidência de conclusões não significa necessariamente o mesmo entendimento sobre a questão. Justamente quando os julgadores integrantes do órgão colegiado adotam diferentes fundamentos para justificar a mesma conclusão, unânime ou majoritária, tem-se a situação denominada dispersão de fundamentos.⁵⁰ Nessa situação, não há deliberação, muito menos formação de

contraditório ali referido é o contraditório prévio e efetivo, com observância das garantias de participação com influência e de não surpresa, próprio de um processo policêntrico e participativo, adequado ao Estado Democrático de Direito.

⁴⁹ Também nesse sentido ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *in* Levando os padrões decisórios a sério..., cit., p. 274.

⁵⁰ Essa expressão foi usada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 92.566-SP, ao referir-se ao julgamento anterior do RE 466.343-SP, quando o plenário do Supremo Tribunal Federal afastou a prisão civil do devedor fiduciante (art. 4º do Decreto Lei 911/69), equiparado ao depositário infiel, diante do disposto no art. 7º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José), que veda a prisão por dívidas, com exceção daquela resultante do inadimplemento de obrigação alimentícia. Naquele julgamento foram expostas várias teses acerca do status legislativo que tem o tratado que versa sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro. Posteriormente, essa questão da prisão civil de depositário infiel voltou a ser debatida no HC 92.566, no qual o plenário do Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Menezes Direito, concedeu *habeas corpus* ao impetrante contra o qual foi expedida ordem de prisão civil como depositário infiel em caso de cédula rural pignoratícia. Nesse mesmo julgamento, o plenário do Tribunal decidiu pela revogação da Súmula 619 que consolidava o entendimento anterior do Tribunal no sentido de permitir a prisão do depositário infiel e independentemente da propositura da ação de depósito.⁵⁰ Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, referindo-se ao julgamento ocorrido no RE 466.343, afirmou: “*houve no julgamento anterior, clara dispersão de fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram, nesta Corte, no exame da controvérsia em referência. De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau, além do meu próprio. De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro Menezes Direito) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros Gilmar*

consenso em torno dos mesmos fundamentos determinantes, mas apenas com relação à conclusão, o que impede que essa decisão seja considerada como precedente (que pressupõe consenso ao menos majoritário sobre os fundamentos determinantes). Esse aspecto exige uma urgente revisão do modo de decisão dos órgãos colegiados nos tribunais brasileiros. Os tribunais deveriam, pela ótica do precedente, considerar também a adesão à fundamentação e não mais julgar apenas pela conclusão. Para tanto, se existem diferentes fundamentos para a decisão, é preciso que os julgadores se manifestem sobre todos eles. Do contrário não haverá verdadeiramente uma decisão colegiada, mas um conjunto de votos concorrentes que apontam para uma mesma conclusão. Em outras palavras, para a formação de uma decisão verdadeiramente colegiada, formadora de precedente, há a necessidade de diálogo entre os votos e consequente necessidade de manifestação sobre todos os fundamentos.⁵¹ Portanto, só há fundamento determinante decorrente de argumento submetido e acolhido ao menos pela maioria do órgão colegiado

*Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmem Lucia e Carlos Britto). O Ministro Marco Aurélio não perfilhou qualquer dessas duas orientações." Esses precedentes depois tornaram-se obrigatórios com a edição da súmula vinculante 25. Essa questão foi observada por VIRGÍLIO AFONSO SILVA (in *Deciding Without Deliberating*. International Journal of Constitutional Law, Vol. 11, 3, 2013). Também por FÁBIO CARVALHO LEITE e MARCELO SANTINI BRANDO no artigo "Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal", Direito, Estado e Sociedade n. 48 p. 139 a 166 jan/jun 2016.*

⁵¹ Após dar o exemplo da ADI 1576 (cujo resultado determinou a concessão da liminar para suspender a eficácia do art. 2º da MP 1.570/1997 por seis votos a cinco, sendo que dos seis votos três tinham fundamento completamente diferente dos outros três, o que impossibilita saber a razão prevalecente pela qual foi suspenso o dispositivo legal), ALEXANDRE FREITAS CÂMARA observa que não se pode mais admitir a insistência "na velha técnica, incompatível com um sistema voltado à formação de precedentes (vinculantes ou persuasivos), em que, após o voto do relator, cada um dos outros integrantes do colegiado passe a proferir seu voto indicando seus próprios fundamentos, muitas vezes completamente distintos dos empregados pelos que se manifestaram anteriormente, limitando-se o presidente da sessão a verificar se as conclusões coincidem. É essencial que, em um julgamento colegiado, cada fundamento do voto do relator seja enfrentado de forma individualizada. E no caso de algum outro integrante do colegiado suscitar algum fundamento que não tenha sido expressamente enfrentado nos votos anteriores, é essencial que se devolva a palavra aos que já haviam votado, para que se pronunciem sobre este novo fundamento. Só assim se terá uma colegialidade verdadeira, e será possível identificar quais fundamentos foram acolhidos (ou rejeitados) por votos suficientes para formar a maioria. (...) Diante de um acórdão em que nenhum fundamento tenha sido expressa ou implicitamente acolhido por votos suficientes para formar a maioria, não se pode dizer que se esteja verdadeiramente diante de um precedente." (Levando os padrões decisórios a sério.... ob. cit., p. 276). Esse também é o entendimento de CRUZ E TUCCI, para quem não havendo maioria na formação do fundamento determinante do julgamento, "tem-se uma decisão despida de *discoverable ratio*, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução dada ao caso." (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 178). No mesmo sentido conclui BUSTAMANTE, quando afirma que "apenas há um precedente do tribunal em relação às questões que forem objeto de consenso dos seus membros (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial. São Paulo: Noeses, 2012, p. 272).

competente para a formação do precedente. Se o fundamento não foi analisado ao menos pela maioria dos julgadores, não pode ser considerado fundamento determinante para o precedente. Note-se, ademais, que é possível ter vários fundamentos determinantes e, conseqüentemente, pluralidade de normas decorrentes de um único precedente. Isso ocorre quando dadas duas ou mais razões determinantes para a solução do caso, ou seja, dois ou mais fundamentos determinantes, autônomos e suficientes para a decisão, desde que adotados como razão de decidir, pelo menos, pela maioria dos membros do colegiado. Dessa forma, podem ser extraídas tantas normas do precedente quanto sejam os capítulos da decisão, ou mesmo extrair diversos fundamentos determinantes de um mesmo capítulo. Da mesma forma, é possível vislumbrar a existência de precedente sem nenhuma norma, o que ocorre quando (a) a fundamentação é deficiente ou (b) não existe fundamento vencedor⁵². Nesses casos não haverá norma do precedente e, conseqüentemente, o precedente não terá eficácia vinculante.⁵³

3. Precedente, jurisprudência e súmula

O Código de Processo Civil contém um conjunto de regras que regula a formação, a aplicação e a modificação de precedentes. Em todos os dispositivos que mencionam o termo precedente (art. 489, § 1º, incisos V e VI, art. 926, § 2º, e art.

⁵² Nesse sentido é o entendimento também de Lucas Buril. (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 267-269).

⁵³ Nessa linha foi editado o Enunciado 317 do FPPC (art. 927): “O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.” Em sentido complementar o Enunciado 319 do FPPC (art. 927): “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante.” Ou seja, o efeito vinculante é produzido pela norma do precedente extraída dos fundamentos determinantes da decisão reiterada ou do conjunto de decisões que dão origem ao enunciado de súmula e não pelo texto do próprio enunciado. Não importa se esses fundamentos determinantes, nos casos de entendimentos sumulados, constam todos ou se estão corretamente resumidos no enunciado da súmula (embora seja isso que se espera do enunciado de súmula e, quando não ocorre, o enunciado acaba perdendo a sua função ou utilidade de facilitar a compreensão do precedente). O texto do enunciado deve ser interpretado à luz do contexto fático-jurídico do precedente reiterado ou da linha de precedentes a partir dos quais se originou o enunciado. Portanto, o que conta para determinar a abrangência do efeito vinculante são os fundamentos determinantes extraídos dos próprios precedentes e não apenas o que consta do próprio enunciado. Por outro lado, somente os fundamentos determinantes adotados ou referendados pela maioria do colegiado podem ser considerados como norma do precedente. Fundamentos divergentes ou isolados jamais podem ser considerados determinantes da decisão colegiada (embora possam apontar para uma mesma conclusão; dessa forma, o julgamento unânime que aponta para a mesma conclusão, mas por fundamentos diferentes, pode ser suficiente para a solução do caso, mas jamais poderá ser tomada como precedente vinculante).

927, § 5º), ele é referido como parâmetro para orientar julgamentos posteriores. Nesse sentido, o precedente é colocado ao lado de outros parâmetros judiciais, que são a jurisprudência e os enunciados de súmula, que devem igualmente ser divulgados e observados pelos tribunais e servem também para orientar julgamentos posteriores. Assim, para a correta compreensão do conceito e da eficácia do precedente, do ponto de vista dogmático, segundo o direito brasileiro, é preciso entender a diferença entre o precedente e esses outros institutos que, de alguma forma, lhe são próximos, mas possuem diferenças fundamentais.

A jurisprudência, em determinado sentido, também pode servir como parâmetro para futuras decisões judiciais, mas não se confunde com o precedente. Primeiramente, é preciso observar que o termo jurisprudência não tem um sentido unívoco na evolução do Direito. O seu significado varia conforme o lugar e o momento histórico.⁵⁴ Em países cujos ordenamentos jurídicos seguem a tradição do *common law*, por exemplo, é comum ver o termo jurisprudência empregado como sinônimo de “ciência do direito”. Já em países filiados ao *civil law*, como o Brasil, sobretudo por influência histórica do direito francês, a palavra jurisprudência é usada, em regra, com um sentido técnico-processual, como o conjunto dos acórdãos sobre uma mesma matéria reiterados harmonicamente pelos tribunais. É nesse sentido que surge, de um lado, certa proximidade entre o precedente judicial e a jurisprudência enquanto parâmetros decisórios emanados dos tribunais e, por outro, a possibilidade de diferenciá-los sobretudo em relação à sua eficácia.

⁵⁴ RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO conceitua a jurisprudência, no sentido técnico-processual, como “uma coleção de acórdãos, sobre um mesmo tema, reiterados harmonicamente, provindos de um tribunal – em seu pleno ou frações – ou mesmo no âmbito de uma da Justiça” (in Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 33). Além desse significado, MANCUSO destaca outras quatro acepções para o termo jurisprudência: “a) num sentido mais largo, corresponde ao que usualmente se denomina “ciência do direito”, ou seja, o ramo do conhecimento, espécie do gênero *Ética*, voltado ao estudo sistemático das normas de conduta social de cunho coercitivo; (b) etimologicamente, vem a ser o Direito aplicado aos casos concretos pelos seus operadores – advogados, juízes, promotores de justiça, árbitros, conciliadores – como na antiga Roma se dava com os prudentes, agentes estatais então investidos do *jus respondendi*; c) sob o ângulo exegético, ou hermenêutico, pode ainda significar a interpretação teórica do Direito feita pelos jurisconsultos e doutrinadores (juristas) em, artigos, teses, livros ou mesmo pareceres, sem, portanto, necessária afetação a um caso concreto, aceção essa que hoje se assemelha à palavra doutrina; d) sob o ângulo da distribuição da justiça, tem a ver com a massa judiciária, o somatório global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a totalização dos acórdãos produzidos pela função jurisdicional do Estado.” (Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 41).

Há diferença tanto quantitativa quanto qualitativa entre o precedente e a jurisprudência⁵⁵. Do ponto de vista quantitativo, enquanto o precedente é formado a partir de uma única decisão, a jurisprudência pressupõe uma reiteração de decisões uniformes, ou seja, em um mesmo sentido a respeito de uma mesma matéria ou questão jurídica. Assim, sob o aspecto quantitativo, a jurisprudência é sempre formada por um conjunto de decisões uniformes dos tribunais (decisões reiteradas), enquanto para a formação do precedente basta uma única decisão do tribunal. É bem verdade que existem questões cuja solução é assentada a partir de uma sucessão de decisões. Porém, bem vistas as coisas, não se trata de precedente como conjunto dessas decisões. Nesse caso, é a norma do precedente que é construída a partir de uma sucessão de precedentes que se complementam, seja para ampliar ou restringir o alcance do precedente originário.

Por outro lado, sob o aspecto qualitativo, precedente e jurisprudência têm modo de atuação diferentes. A jurisprudência, formada pela reiteração dos julgados, revela inicialmente uma tendência ou um posicionamento do tribunal. Na medida em que esse posicionamento se amplia ele se torna parâmetro de controle e tende a conduzir para uma uniformidade no tratamento da questão jurídica. É possível ter conjunto de decisões em sentidos diversos, que expressam entendimentos diferentes acerca da mesma questão jurídica. Nesse caso, fala-se em jurisprudência dominante e jurisprudência minoritária para designar, respectivamente, o conjunto maior e o menor de decisões reiteradas sobre o mesmo tema. Embora possível, essa não é uma situação desejável, razão pela qual é comum o estabelecimento de mecanismos para *uniformização* da jurisprudência, como forma de superação desse dissídio. Por razões históricas e ideológicas, a autoridade da jurisprudência sempre foi tida como meramente persuasiva nos países de *civil law*. Significa que o julgador, tradicionalmente, não está obrigado a aplicar a jurisprudência para solução do caso. Segundo essa ideologia, o julgador somente segue a jurisprudência quando entende que ela fornece boas razões para a solução do caso sob julgamento. Tal característica levou à prática de usar a jurisprudência somente como reforço de argumentação, para justificar, qualificar ou ilustrar a adoção de determinado entendimento, tal como ocorre com o uso da doutrina. Quando a jurisprudência, ao

⁵⁵ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2007.

contrário, não serve como argumento para justificar a decisão, ela então é simplesmente descartada. Além disso, nos países de *civil law*, nos quais tradicionalmente a lei é considerada a fonte normativa formal e primária, a prática de decidir a partir de normas gerais e abstratas, e não com normas obtidas, por indução, a partir de casos concretos (*case law*), como é típico nos países filiados à tradição do *common law*, levou ao desenvolvimento de técnicas para extrair entendimentos também gerais e abstratos a partir da jurisprudência. Isso explica o uso das ementas⁵⁶ ou de enunciados deduzidos a partir do conjunto dessas decisões (ou seja, da jurisprudência) e preparadas pelos próprios tribunais (as máximas⁵⁷ e os enunciados de súmula), como técnicas para facilitar o acesso ao entendimento dos tribunais, formulados em termos mais gerais e abstratos, de modo a ajudar na interpretação da lei. Isso também explica a falta de preocupação com a análise dos elementos fáticos dos casos, normalmente ignorados quando se trata do uso da jurisprudência como parâmetro de decisão.

O direito brasileiro, já há bastante tempo, vinha reforçando a eficácia da jurisprudência, a ponto de estabelecer, por exemplo, ainda na vigência do Código anterior, a jurisprudência dominante como parâmetro para aplicação de técnicas de abreviação de decisões, as quais foram reiteradas e aprimoradas com o novo Código. De todo modo, essa valorização da jurisprudência não a tornou vinculante. Ela continua a ter eficácia apenas persuasiva ou argumentativa na atual legislação.⁵⁸

⁵⁶ No direito brasileiro, a ementa é um elemento obrigatório dos acórdãos (art. 943, § 1º, CPC) que serve para resumir o entendimento do tribunal, especialmente para fins de documentação, catalogação e divulgação. Dessa forma, não pode ser confundido com precedente, tampouco o precedente pode ser reduzido à ementa ou simplesmente dela extraído. O precedente decorre da interpretação da decisão como um todo, considerados todos os seus elementos.

⁵⁷ TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. “Precedent in Italy”. *Interpreting precedents: a comparative study*. Org. Neil MacCormick e Robert S. Summers. Ashgate: Dartmouth, 1997, p. 141/187.

⁵⁸ Em sentido diverso, MARINONI e MITIDIERO defendem que a jurisprudência, no regime atual, passou a ter eficácia vinculante em determinadas situações, como seria o caso das decisões proferidas em IRDR (incidentes exclusivos de tribunais inferiores). Tal entendimento parte da premissa defendida pelos referidos autores, com a qual não concordamos, de que apenas as decisões dos tribunais superiores poderiam constituir precedentes, não assim as decisões de tribunais de justiça, por exemplo. Como será discutido mais adiante, entendemos que as decisões proferidas em IRDR constituem precedentes, embora não sejam decisões de tribunais superiores. (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. XV, Artigos 926 ao 975, 2ª Ed. São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018, p. 72 e ss.)

Já o precedente é o resultado da densificação⁵⁹ ou da reconstrução⁶⁰ da norma estabelecida a partir da compreensão das circunstâncias fáticas e jurídicas de um caso.⁶¹ É, portanto, fonte da solução jurídica, passível de universalização, que emerge, de forma argumentativa, da unidade fático-jurídica do caso. Assim, não há precedente desvinculado das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso. O precedente só tem sentido diante do contexto em que se formou. Destarte, sob uma perspectiva qualitativa, a jurisprudência costuma ser usada pelo julgador de forma exemplificativa do entendimento do tribunal e, muitas vezes, como reforço de argumentação, depois de escolhida a solução jurídica para o caso ou a questão. Já o precedente, justamente por ter natureza normativa, determina a solução jurídica para o caso.

Parte da doutrina entende que a jurisprudência seria sempre persuasiva, enquanto o precedente seria sempre obrigatório⁶². Todavia, como será adiante analisado, existem tanto os precedentes obrigatórios (ou vinculantes) como os persuasivos. Na verdade, ser obrigatório ou persuasivo é elemento pertinente à eficácia do precedente e não seu elemento constitutivo. Mais propriamente, como também se verá, a diferença entre precedente obrigatório e precedente persuasivo é referente à eficácia da sua *ratio decidendi*, da qual se extrai a *norma do precedente*. Além disso, no plano da eficácia, as várias eficácias podem variar em função dos sujeitos. Assim, um mesmo precedente pode ter eficácia obrigatória ou persuasiva. É o que ocorre quando um mesmo precedente é obrigatório para alguns órgãos judiciais e persuasivo para outros. Por exemplo, o precedente de tribunal de justiça de um estado pode ser obrigatório para os demais órgãos hierarquicamente inferiores desse mesmo tribunal, mas persuasivo em relação aos tribunais de justiça de outros estados. É o caso também de certos precedentes de cortes estrangeiras que são obrigatórios nos limites territoriais de seus estados, mas podem ter eficácia persuasiva perante tribunais de outros estados.

⁵⁹ Termo usado por ZANETI Jr, Hermes. O valor vinculante dos precedentes..., cit.

⁶⁰ Como prefere DIDIER (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, 15ª. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020).

⁶¹ ZANETI Jr, Hermes. O valor vinculante dos precedentes..., cit., p. 304.

⁶² ZANETI Jr, Hermes. O valor vinculante dos precedentes..., cit., p. 324-327.

A súmula, por sua vez, é uma criação do direito brasileiro. Foi introduzida em nosso ordenamento jurídico em 1963, por meio de emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com objetivo de orientar os seus ministros sobre a jurisprudência formada naquela Corte. Segundo o Ministro Vítor Nunes Leal, seu idealizador, a súmula constitui “método de trabalho” para “ordenar e facilitar a atividade judicante”.⁶³ A súmula aparece, então, como um extrato da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal⁶⁴, composta de enunciados sintéticos e numerados, redigidos de forma abstrata, com um resumo do posicionamento adotado sobre determinada questão jurídica, a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido, sem qualquer alusão às circunstâncias fáticas dos casos concretos.⁶⁵ A súmula, na sua origem, não tinha força obrigatória ou vinculante. Foi pensada como elemento para facilitar o conhecimento da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e, portanto, tinha força persuasiva perante os demais órgãos jurisdicionais, como elemento de influência na convicção dos julgadores em casos similares, presentes ou futuros. Note-se que a súmula, tal como concebida, parte do pressuposto de que inexistente valor em uma única decisão. É fruto de uma concepção que só enxerga autoridade na reiteração de decisões uniformes, estando atrelada à ideia de inexistência de eficácia obrigatória dos precedentes. Além disso, os enunciados de súmula estão sujeitos a procedimento específico para sua criação, modificação e cancelamento.

Diante dessas características, fica claro que os enunciados de súmula são atos jurídicos autônomos que não se confundem com as decisões judiciais das quais se originam (as quais podem até constituir precedentes, mas não necessariamente). Além disso, o que sempre importou para o enunciado da súmula foi a conclusão das

⁶³ Vítor Nunes Leal (1914-1985), “Passado e Futuro da Súmula do STF”, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 145, p.1-20.

⁶⁴ O vocábulo *súmula* vem da expressão “Súmula da Jurisprudência Dominante”, tal como referido na emenda de 28.03.1963 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁵ Note-se que na origem a súmula é o nome do conjunto de enunciados do tribunal. Com o tempo, a passou a ser referida, de forma errada, em substituição e com o significado do vocábulo enunciado (por exemplo, a *súmula* n° x do tribunal, em lugar de *enunciado x da súmula* do tribunal). Embora errado, esse uso é corrente e largamente aceito. Nesse trabalho, todavia, será adotado o seu significado original, como conjunto de enunciados.

decisões reiteradas e não os seus fundamentos determinantes, que inclusive podiam ser distintos. É o que acontece quando se tem um enunciado de súmula, originado a partir de jurisprudência firme e constante, no sentido de apontar para um mesmo resultado em casos similares, mas que se apoia em precedentes diferentes, na medida em que estejam baseados em fundamentos determinantes distintos. Dessa forma, o enunciado de súmula não se confunde nem com o precedente como ato decisório, tampouco com a norma do precedente (decorrente da sua *ratio decidendi*). Isto porque os enunciados de súmula são autônomos em relação às decisões a partir das quais se originam. Decisões essas que, por sua vez, podem configurar ou não precedentes (como a decisão que se limita a reproduzir o entendimento firmado em decisão anterior, por vezes, inclusive, transcrevendo os seus exatos termos, e por isso não forma precedente, mas sim decide com aplicação do precedente, sendo, portanto, mera reiteração do precedente). Por outro lado, os enunciados de súmula, por nunca ter havido preocupação com a correta identificação dos fundamentos determinantes das reiteradas decisões (que inclusive podiam ter fundamentos diferentes ou mesmo decorrerem de decisões colegiadas em relação às quais nunca se verificou a efetiva manifestação em torno dos mesmos fundamentos determinantes) não espelham necessariamente a norma do precedente (a qual não tem sentido fora do contexto fático-jurídico do caso a partir do qual se originou).

Ainda acerca do desenvolvimento histórico da súmula, com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004 (Reforma do Judiciário), foi criada a súmula com efeito vinculante (batizada doutrinariamente de “súmula vinculante”), a partir da introdução do art. 103-A na Constituição Federal. A sua regulamentação veio com a Lei nº 11.417/2006. De acordo com o *caput* do referido art. 103-A, acrescido ao texto originário da Constituição, “[o] Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões em matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação em imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” O § 1º do art. 103-A, por sua vez, estabelece que “[a] súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas,

acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.” Os legitimados para provocar a aprovação, revisão ou cancelamento de enunciados de súmula são os mesmos legitimados para a propositura das ações diretas de constitucionalidade, além do Defensor Público Geral da União e dos Municípios (art. 103, § 2º, da CF, e art. 3º da Lei 11.417/2006). Além disso, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar (deixar de aplicar ou aplicar indevidamente) enunciado da súmula vinculante (art. 103, § 3º, da CF, e art. 988, III, do CPC).⁶⁶

Dessa forma, a súmula vinculante constitui técnica processual para formalizar o entendimento resultante da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Essa possibilidade de editar súmula vinculante foi, então, prevista exclusivamente para o Supremo Tribunal Federal. O objeto da súmula vinculante, por sua vez, é circunscrito à matéria constitucional. Além disso, são requisitos constitucionais para a aprovação de enunciado da súmula vinculante: (a) a existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública (federal, estadual, distrital ou municipal) acerca da validade, da interpretação ou da eficácia de determinada norma constitucional (ou seja, divergência na interpretação e aplicação de determinada norma constitucional); (b) o risco de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; e (c) a existência de reiteradas decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (sem as quais não se forma jurisprudência dominante).

Por meio da súmula vinculante há uma expansão dos efeitos das decisões proferidas nos casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Embora o resultado do julgamento (ou seja, sua conclusão) produza efeitos apenas entre as

⁶⁶ “Art. 103-A (...) § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

partes do caso concreto (eficácia *inter partes* da coisa julgada), o entendimento sobre a questão constitucional prejudicial debatida nesses casos e decidida ao cabo pelo Supremo Tribunal Federal pode se transformar em enunciado da súmula vinculante, tornando-se a partir daí obrigatória a sua observância por todos os demais órgãos jurisdicionais e pela administração pública. Com isso, a questão constitucional decidida no âmbito do controle difuso de constitucionalidade e tornada objeto de súmula vinculante passa a ter a mesma força daquela decidida em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido, a súmula vinculante tornou-se um novo instrumento de controle de constitucionalidade e um elo de aproximação entre o controle difuso e o concentrado. Tanto é assim que, a partir da criação da súmula vinculante, uma questão constitucional relevante pode receber, ao final, e desde que observados os requisitos constitucionais, tratamento semelhante do Supremo Tribunal Federal, pouco importando se ela tenha chegado pela via do controle difuso ou do concentrado.

A súmula vinculante é, portanto, uma espécie de súmula, mas com características bem específicas. Tem a mesma natureza de ato jurídico autônomo, cujos enunciados não se confundem com as reiteradas decisões das quais derivam. Por outro lado, seu objeto está circunscrito às questões constitucionais e a edição dos seus enunciados está sujeita a requisitos específicos, não encontrados para a edição de enunciados das súmulas comuns (existência de controvérsia atual; risco de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica e quórum qualificado). E a eficácia dos seus enunciados (vinculante), no momento da sua criação, foi projetada para ser diferente da eficácia dos enunciados das súmulas comuns (então meramente persuasivos).

Em suma, tanto a súmula comum quanto a vinculante não se confundem com precedente. Ademais, a súmula (comum ou vinculante), tal como concebida na sua origem, também não é meio adequado para revelar a norma do precedente. No entanto, o Código de Processo Civil atual estabeleceu mudanças relevantes também em relação às súmulas, o que abre a possibilidade para sua reformulação, no sentido de adaptá-la ao uso dos precedentes.

4. A redefinição do uso da súmula

Com o Código de Processo Civil de 2015 foram introduzidas regras importantes que possibilitam mudança substancial no modo de atuação das súmulas. Segundo o disposto no § 1º do art. 926, “*os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante*”. A jurisprudência dominante, como referido anteriormente, é o conjunto maior de decisões reiteradas sobre uma mesma questão. Essas decisões podem ser a reiteração de um precedente, que pela primeira vez resolveu a questão, ou podem ser sucessivos precedentes, que em seu conjunto resolveram vários aspectos dessa mesma questão (e, dessa forma, ampliam ou restringem a incidência do precedente inicial). Para cumprir a regra do § 1º do art. 926, os tribunais deverão proceder ao monitoramento da jurisprudência dominante, a fim de identificar o precedente e as reiteradas decisões acerca de determinada questão e promover a seu reconhecimento formal através da edição de enunciados de súmula.

Note-se que, nos termos do artigo 927, II e IV, do CPC, somente a jurisprudência dominante, assim identificada e formalmente reconhecida através de enunciados de súmula, na forma do § 1º do art. 926, tem o condão de agregar eficácia obrigatória ou vinculante aos precedentes que se encontram na origem da reiteração das decisões. Trata-se do *dever de formalização*, que será mais adiante esmiuçado. Na vigência do Código anterior, na versão já reformada, era conferida à jurisprudência dominante certo grau de autoridade, ao estabelecê-la como parâmetro para a aplicação de várias técnicas de aceleração ou abreviação procedimental. O inconveniente dessa opção era a inexistência de mecanismos de identificação do que seria a jurisprudência dominante, o que na prática dava margem à escolha arbitrária de decisões como se fossem jurisprudência dominante para servirem de parâmetro para julgamentos posteriores. O Código atual adotou fórmula diferente. Somente a jurisprudência dominante (no sentido de conjunto de precedentes ou de precedente reiterado), assim identificada e formalmente reconhecida através da edição de enunciados de súmula, em regra pelos tribunais superiores,⁶⁷ passou a ter grau maior de autoridade, agora formalmente obrigatório

⁶⁷ Como se verá mais adiante, é possível que o entendimento firmado em precedente de tribunal local sobre questão relacionada à aplicação de direito local seja sumulada pelo plenário ou órgão

ou vinculante. A jurisprudência, ainda que dominante, mas não formalizada em enunciado de súmula, não tem mais a força que lhe era conferida pelo Código anterior reformado. Isto porque, no Código atual, a jurisprudência dominante não consta mais como parâmetro para aplicação das diversas técnicas de aceleração ou abreviação de procedimento. Além disso, no rol de provimentos elencados no artigo 927, não consta nenhuma menção à jurisprudência dominante, apenas aos enunciados da súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que devem justamente refletir essa jurisprudência dominante, conforme determinação expressa do § 1º do art. 926. Isso significa que apenas a jurisprudência dominante, enquanto conjunto de precedentes ou precedente reiterado, formalizada em enunciados de súmula dos tribunais superiores, tem grau maior de autoridade.

Na verdade, como se verá mais adiante, quando forem analisadas as hipóteses de precedentes vinculantes elencadas no art. 927, o precedente isolado só tem eficácia vinculante em situações específicas expressamente enumeradas (decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; acórdãos em IAC, IRDR e em julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos; acórdãos do plenário ou dos órgãos especiais dos tribunais em relação aos órgãos a ele vinculados). No mais, para ter eficácia vinculante, o precedente precisa ser reiterado e formar jurisprudência dominante e assim ser reconhecido por meio da edição de súmula no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, a força obrigatória ou vinculante é do precedente que, reiterado, constitui a jurisprudência dominante, assim identificada formalmente por meio da edição da súmula. A jurisprudência não formalizada em súmula, ainda que dominante (prevalecente), tem eficácia apenas persuasiva, não vinculando o julgador, nem autorizando a aplicação de técnicas de aceleração de procedimento. Dessa forma, na vigência do Código atual, a jurisprudência dominante não formalizada perdeu em eficácia, enquanto a jurisprudência dominante formalizada tornou-se condição para atribuição de

especial daqueles tribunais. Nesse caso, esse enunciado de súmula também terá efeito vinculante por força do art. 927, V, do CPC.

eficácia obrigatória ou vinculante ao precedente reiterado e prevalecente.⁶⁸ Tal concepção dá mais importância e pode estimular o uso adequado da súmula.

Por outro lado, o § 2º do artigo 926 do CPC estabelece que “*ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.*” Essa regra permite romper com a prática até então adotada pelos tribunais de criarem enunciados abstratos inteiramente desvinculados das circunstâncias fáticas que embasaram as decisões reiteradas, em princípio tomadas como referência para a edição desses enunciados.⁶⁹ Prática, aliás, que não se coaduna com o princípio da separação de poderes. Com efeito, a produção de enunciados normativos, de forma geral e abstrata, desvinculada de situações concretas, como resultado da expressão da vontade política, cabe precipuamente ao Poder Legislativo. Ao Poder Judiciário compete aplicar as normas gerais e abstratas decorrentes desses enunciados para solucionar os casos concretos. Ao fazê-lo, o Judiciário estabelece, na fundamentação das decisões, o entendimento acerca da interpretação, do alcance e da aplicação desses enunciados normativos gerais que são determinantes para a solução do caso concreto (fundamentos determinantes). Mas, enquanto a solução estabelecida no dispositivo da decisão em determinado processo é sempre restrita ao caso concreto (norma individualizada do caso concreto), o entendimento sobre a interpretação, o alcance e a aplicação dos enunciados normativos gerais para a solução desse caso concreto, constantes da fundamentação (fundamentos determinantes), pode ser generalizado

⁶⁸ Verifica-se aqui, mais uma vez, a diferença entre o precedente vinculante no ordenamento brasileiro e o precedente vinculante típico dos ordenamentos de *common law*. O que constitui precedente vinculante em países como os Estados Unidos e a Inglaterra não é necessariamente o que constitui precedente vinculante no Brasil. Devido à enumeração legal e ao dever de formalização através de súmula, as hipóteses de decisões que podem constituir precedentes vinculantes no Brasil são bem mais restritas.

⁶⁹ Essa prática, inclusive, era largamente referendada pela doutrina. Para citar um exemplo, André Ramos Tavares afirmava que a súmula vinculante era “uma espécie de ponte de ligação entre decisões numa dimensão concreta e uma decisão (sumulada) proferida em caráter geral (abstrato).” Isto porque, segundo o autor, “os detalhes dos casos concretos, suas particularidades e interesses, apreciados pelas decisões anteriores, serão descartados para fins de criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ter efeitos *erga omnes*.” (TAVARES, André Ramos. Nova lei da súmula vinculante – Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007, p. 13). Confirmando esse entendimento geral, mas em tom crítico, Maurício Ramires afirma que a súmula é “por definição um pronunciamento judicial com pretensão de abstração e generalidade (e, por vezes, vinculação). Na súmula o enunciado sempre se autonomiza dos fatos que lhe deram origem, se é que deram.” (RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62).

ou universalizado e aplicado, por analogia, a outros casos concretos similares. Essa prática encontra justificativa nos princípios da segurança jurídica e da isonomia, que impedem que casos concretos similares tenham soluções diferentes. Sobretudo do princípio da isonomia decorre a máxima de que casos iguais devem ter tratamento igual (*to treat like cases alike*), a qual se encontra na raiz da concepção do precedente. Esses fundamentos determinantes, passíveis de generalização, formam a norma do precedente. Todavia, diferentemente da norma geral e abstrata, que não está presa aos fatores políticos e às circunstâncias reais que levaram à sua edição, a norma do precedente, decorrente da interpretação e aplicação da norma abstrata para solução do caso concreto, está indissociavelmente ligada às circunstâncias fáticas do caso concreto a partir do qual ela é forjada (ou seja, a norma do precedente está ligada ao contexto no qual é produzida). Por isso mesmo, essas circunstâncias fáticas devem ser consideradas por ocasião da interpretação e aplicação da norma do precedente para solução do caso posterior análogo. A norma do precedente, dissociada do seu contexto, se torna abstrata e, portanto, ilegítima. Dessa forma, permitir que o Judiciário possa desprender-se das circunstâncias fáticas, indissociavelmente ligadas aos fundamentos determinantes que compõem a norma do precedente, seja no momento de enunciação dessas normas (processo de formalização através da edição de enunciados de súmula ou de teses decorrentes do julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, ou ainda de decisões de repercussão geral), seja no momento da sua aplicação aos casos posteriores, seria admitir que ele, o Judiciário, pudesse criar normas gerais e abstratas, função que não é sua, e que não se lhe pode atribuir sem violação do princípio da separação de poderes constitucionalmente estabelecido.⁷⁰

Conclui-se, portanto, que a súmula, tal como concebida na sua origem e da forma como usada até então pelos tribunais, é incompatível com o modelo de precedente regulado pela legislação processual atual. Por força do disposto nos

⁷⁰ Nesse mesmo sentido Zaneti destaca que “precedentes são normas gerais e concretas; leis são normas gerais e abstratas.” Dessa forma, “permitir aos juízes estabelecer normas gerais e abstratas fere o princípio da separação de poderes e o princípio da legalidade (por isso o CPC vinculou os juízes aos fundamentos determinantes e exigiu que os enunciados de súmula façam referência às circunstâncias fáticas – art. 489, 1º, V, e art. 926, 2º).” (ZANETI Jr, Hermes. O valor vinculante dos precedentes..., cit., p.368).

parágrafos 1º e 2º do artigo 926 do CPC, o uso da súmula deve ser reformulado como instrumento capaz de dar eficácia vinculante ao precedente reiterado e prevalecente, formador de jurisprudência dominante. Para tanto é preciso que o enunciado da súmula se transforme efetivamente em técnica de enunciação da norma do precedente. Esse novo uso proposto para a súmula pressupõe, por sua vez: (a) o correto monitoramento dos tribunais para identificação do precedente reiterado e prevalecente; (b) a correta extração dos fundamentos determinantes da decisão do caso precedente e (c) a correta enunciação da questão jurídica resolvida, situada no contexto fático do caso precedente. Além disso, quando se fala em correta extração dos fundamentos determinantes do precedente significa que não basta simplesmente pinçar os fundamentos da decisão. Como anteriormente observado, não são quaisquer fundamentos que constituem fundamentos determinantes. Constituem fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) somente (a) os fundamentos relevantes, ou seja, aqueles que justificam a solução da questão na sua unidade fático-jurídica (a solução jurídica dada para a questão conectada às circunstâncias de fato da causa), excluídos assim os argumentos laterais e irrelevantes para a solução da questão (os *obiter dicta*); (b) os fundamentos decorrentes de argumentos submetidos ao prévio e efetivo contraditório, com a observância das garantias de participação com influência e de não surpresa e (c) os fundamentos que tenham sido objeto de efetiva deliberação e tenham sido acolhidos pela unanimidade ou, ao menos, pela maioria dos integrantes do colegiado (dessa forma, não pode ser considerado determinante o fundamento quando houver dispersão de fundamentos). Dessa forma, o enunciado de súmula deve reproduzir a questão jurídica resolvida, com a indicação resumida do contexto fático-jurídico no qual foi resolvida e do fundamento determinante. Ainda assim, a sua aplicação deve sempre envolver a interpretação desse enunciado à luz do cotejo entre os contextos fático-jurídicos do precedente reiterado e do caso presente.

Essas mesmas observações são aplicáveis aos *temas* e *teses* emanados das decisões proferidas sob a sistemática de julgamento de recursos repetitivos ou com repercussão geral. Com a adoção dessas técnicas de julgamento de casos massificados (casos repetitivos e boa parte das questões com repercussão geral reconhecida) ainda na vigência do Código anterior, os tribunais superiores passaram a destacar o *tema* ou a *tese* objeto da solução da questão jurídica definida no

julgamento desses casos. O problema é que essa prática tem levado à produção de enunciados semelhantes àqueles das súmulas, os quais depois passam a ser usados de forma abstrata e desvinculados das situações fático-jurídicas que lhes deram origem. Trata-se de uso de temas ou teses de forma inadequada, tal como se costumava fazer com os enunciados de súmula. É preciso, portanto, readequar o uso não só dos enunciados de súmula, mas também dos temas e teses, para torná-los compatíveis com o disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 926 do CPC.

Por outro lado, a redefinição do papel da súmula deve passar também pela revisão do seu procedimento de edição, revisão e cancelamento. O art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006, que regulamenta esse procedimento, prevê a intervenção de *amici curiae* no procedimento que tenha por objeto tanto a edição, como a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Essa intervenção amplia o contraditório e confere legitimidade democrática à eficácia vinculante que lhe é atribuída. Por outro lado, o texto legal não faz qualquer referência à possibilidade de realização de audiências públicas, diferentemente do que ocorre com os demais instrumentos de controle de constitucionalidade também dotados de eficácia vinculante – a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – em relação aos quais é expressamente prevista a possibilidade de realização de audiências públicas (art. 9º, § 1º e art. 20, § 1º da Lei 9.866/99 e art. 6º, § 1º da Lei 9.882/99). Essa omissão na lei que regulamentou o procedimento de edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante não impede, todavia, que seja adotada, até mesmo por analogia, a técnica das audiências públicas nesses procedimentos. Esse entendimento é agora reforçado pelo disposto no art. 927, § 2º do CPC, segundo o qual “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.” Evidentemente, se essa técnica de ampliação do contraditório é prevista expressamente para casos de revisão ou cancelamento de súmula (que envolvem necessariamente alteração da tese jurídica), não há razão para deixar de aplicá-la também ao caso de edição de enunciado de súmula. Note-se, ainda, que art. 927, § 2º, ao prever essa possibilidade, não faz distinção entre súmula vinculante e súmula comum. Ademais, o fato de elencar a súmula comum dentre as

técnicas de formação de precedentes vinculantes no *caput* do art. 927, reforça a ideia de equiparação no que diz respeito à possibilidade de intervenção de *amicus curiae* e da realização da audiência pública nos procedimentos de edição, revisão e cancelamento de súmula, seja ela do Supremo Tribunal de Justiça, seja do Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, considerando o novo papel atribuído às súmulas, como técnicas de formalização da jurisprudência dominante e atribuição de eficácia vinculante aos precedentes, não há mais sentido prático na distinção entre súmula vinculante e súmula comum do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Título 2. Eficácia do Precedente

1. Considerações iniciais

Precedente é a decisão judicial que se torna parâmetro para solução de casos ou questões em casos subsequentes e, portanto, fonte de direito. Essa força do precedente, de guiar o julgador na solução do caso posterior (autoridade do precedente), não atua igualmente, para todos, da mesma forma e com a mesma intensidade. Tal força depende da eficácia que é atribuída ao precedente pelo ordenamento. Isso significa que o precedente pode produzir os mais variados efeitos, conforme o tratamento que lhe é dado. O objetivo neste e no próximo título é, justamente, discutir a eficácia atribuída ao precedente pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A decisão judicial, como todo ato jurídico, e assim também aquela que se torna precedente, possui conteúdo e deve ter, ao menos em tese, aptidão para produzir efeitos jurídicos. Embora exista uma íntima relação entre conteúdo e efeitos de uma decisão judicial, eles não se confundem.⁷¹ Conteúdo é aquilo que integra, que é parte essencial da decisão; efeito é o que dela resulta, é sua consequência. No caso da sentença, o conteúdo compreende a norma individualizada pelo julgador, seja para certificar o direito a uma prestação (dar coisa, fazer ou não fazer), seja para reconhecer um direito potestativo, ou para somente declarar algo.⁷² O efeito é a repercussão que essa norma individualizada produz potencialmente ou efetivamente no mundo dos fatos. Essa diferença é fundamental para compreender

⁷¹ Ao tratar da diferença entre conteúdo e efeitos da sentença, BARBOSA MOREIRA observa que “os efeitos variam segundo o conteúdo, são determinados por ele, mas nem por isso com ele se confundem”, notadamente porque o conteúdo “integra a decisão”, enquanto o efeito é exterior a ela, “é o que resulta da decisão.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. Temas de direito processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175-177).

⁷² Em função do conteúdo da sentença é que se classifica a tutela jurisdicional, por ela determinada, em declaratória (apenas declaratória), constitutiva (que reconhece e efetiva um direito potestativo, ou seja, o poder jurídico conferido a alguém submeter outrem à criação, modificação ou extinção de uma situação jurídica), ou condenatória (que impõe prestação de fazer, não fazer ou dar alguma coisa). Nesse sentido conferir DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, cit., p. 533 e ss.

a diferença entre as autoridades da coisa julgada e do precedente e suas consequências, exposta mais adiante.

A eficácia, por sua vez, pode ser vista como a aptidão ou a qualidade para produzir efeitos (em potência) ou como o conjunto de efeitos concretamente produzidos (em ato).⁷³ Tércio Sampaio Ferraz Jr explica que a “eficácia é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).”⁷⁴

Parte-se então dessas noções para tratar da eficácia do precedente, ou seja, da aptidão ou qualidade que lhe é conferida para produzir efeitos, uma vez presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação. Nesse sentido, é possível distinguir, sob o prisma da sua obrigatoriedade, quando o precedente produz efeito apenas persuasivo ou quando a sua observância é obrigatória ou vinculante para os órgãos jurisdicionais. E, quando se diz que o precedente é vinculante, os seus efeitos podem se projetar em relação aos julgadores nos casos subsequentes em duas dimensões distintas, a horizontal e vertical. É importante também entender a diferença, decorrente da eficácia conferida ao precedente, entre a obrigatoriedade que é específica do precedente vinculante e o ônus argumentativo que existe na aplicação de qualquer precedente. Para finalizar esse tópico, é preciso diferenciar também as autoridades da coisa julgada e do precedente, sobretudo porque existe grande confusão, especialmente no direito processual constitucional, entre esses institutos, o que acarreta consequências para o posterior exame dos meios de superação dos precedentes constitucionais.

⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença..., cit., p. 176.

⁷⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 163. Ovídio Baptista, que adota uma concepção um pouco diferente e se vale da analogia entre a sentença e o remédio para distinguir entre eficácia e efeitos. Assim a eficácia da sentença equivaleria às virtudes curativas do remédio, e os efeitos aos resultados proporcionados por esse medicamento. Conclui, assim, que “não se pode confundir a virtude curativa com o efeito produzido pelo medicamento sobre o organismo do enfermo. A eficácia ainda não é o efeito do medicamento.” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 176).

2. Efeito persuasivo e efeito vinculante

O precedente pode ter efeito *persuasivo* ou *vinculante*. Diz-se assim que o precedente é persuasivo ou vinculante, conforme a existência ou não do dever de aplicação para solução do caso subsequente. O precedente cuja eficácia é somente persuasiva é aquele que fornece razões, que pelas suas qualidades, têm a força para convencer e orientar a solução de questão similar em caso posterior, mas não torna obrigatória a sua aplicação. O precedente persuasivo serve assim como argumento para a tomada da decisão em determinado sentido.⁷⁵ Já no precedente com eficácia vinculante, a norma que dele emerge é obrigatoriamente aplicável para solução da questão similar em caso posterior, independentemente da avaliação do juiz ou tribunal vinculado sobre a correção ou a qualidade dos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*), sendo, portanto, irrelevante a concordância com seu conteúdo.⁷⁶

Como antes destacado, a existência do precedente independe da tradição jurídica à qual se filia determinado ordenamento. Onde há decisão judicial, há precedente. Todavia, a eficácia conferida ao precedente está intimamente relacionada com o desenvolvimento histórico dessas diferentes tradições. No princípio da experiência inglesa, o recurso mais intenso ao costume do que à lei escrita levou ao desenvolvimento paulatino do sistema jurídico baseado largamente no precedente (formação do direito a partir dos julgamentos dos casos ou *case law*). A eficácia do precedente, por sua vez, apresentou significativa variação ao longo dos tempos. Inicialmente a eficácia do precedente era tida como meramente

⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 87.

⁷⁶ Como explica Schauer, “o princípio fundamental da tomada de decisão de acordo com precedente é o de que tribunais devem seguir decisões passadas – isto é, dar as mesmas respostas às mesmas questões jurídicas que tribunais superiores ou anteriores deram no passado.” Isso leva à necessidade de examinar que tipo de obrigação é o dever de seguir precedentes. E segue afirmando que “raciocinar com base em precedente implica seguir ou obedecer a uma decisão anterior unicamente por causa do seu status de decisão de um tribunal superior ou de decisão passada do mesmo tribunal. (...) Quando tribunais estão limitados por precedentes, eles têm a obrigação de seguir um precedente não porque concordam com essa decisão, mas inclusive quando acham que ela foi um erro. É a fonte ou status do precedente que lhe dá a sua força, e não a solidez do seu raciocínio, nem a convicção, por parte do tribunal atual, de que o resultado indicado pelo precedente estava certo. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. (P.37, 40-41).

ilustrativa, depois persuasiva e, finalmente, vinculante. Os juízes medievais ingleses já invocavam os precedentes em suas decisões. Todavia, o faziam com intuito de simples ilustração ou explicação do significado do direito aplicado ao caso concreto. Esse precedente com eficácia ilustrativa encontra-se, portanto, na origem do *case law*. Sua função era explicar o direito nas decisões judiciais, como elemento da experiência jurídica capaz de refletir o *common law*. Com essa função logo assumiram também o papel de fonte auxiliar para o ensino jurídico. Dessa forma, o precedente ilustrativo não funcionava como critério de decisão. Não tinha, pois, função normativa. Nesse ponto da história, toda decisão judicial proferida em determinado caso era tratada como precedente. O precedente era, portanto, sinônimo de decisão judicial. Supunha-se, assim, que o direito inglês era formado por costumes imemoriais e era evidenciado a partir do julgamento dos casos, cujas decisões formavam os precedentes que apenas declaravam o *common law* preexistente.

Somente a partir dos séculos XVI e XVII os precedentes passaram a ter um papel concernente ao processo de tomada da decisão judicial, como critério para decisão do caso, mas desde que conforme ao *common law*. A partir desse momento, os precedentes passaram a ser relacionados em coletâneas (*named reports*) e a serem vistos, paulatinamente, como a principal e mais autorizada evidência do *common law*, adquirindo assim eficácia persuasiva e não mais apenas ilustrativa. Essa evolução segue até o Século XVIII e constitui a doutrina clássica do precedente judicial inglês⁷⁷. Segundo essa doutrina, os precedentes deveriam ser seguidos, a menos que evidentemente absurdos ou injustos.⁷⁸ Ou seja, os juízes tinham que se convencer que o precedente era justo para aplicá-lo. Era nesse aspecto que residia o caráter persuasivo do precedente: o julgador precisava se convencer das suas boas razões. Se considerado injusto ou absurdo, o precedente poderia ser descartado para a solução do caso. A solução anterior era tida então como

⁷⁷ Como anota NEIL DUXBURY, essa doutrina marca o início da teoria do precedente para a qual contribuíram, decisivamente, os ensinamentos de Edward Cook, Matthew Hale e William Blackstone (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 31 e ss).

⁷⁸ Nesse sentido era o pensamento de BLACKSTONE: “*precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust.*” (*Commentaries on the Laws of England* (1765-1769). Chicago: The University of Chicago Press, 1979. Vol. 1, p.70).

equivocada, não constituía o direito. A solução do novo caso é que seria a verdadeira e correta solução, que sempre teria existido, embora não tenha sido anteriormente encontrada. Esse precedente persuasivo não chegava a constituir propriamente norma, na medida em que era permitido aos juízes do caso posterior, mesmo reconhecendo que o precedente se amoldava ao caso, negar sua aplicação para a solução do caso posterior. Dessa forma, o precedente persuasivo permitia um amplo juízo de conveniência para o julgador.⁷⁹

Ao longo do século XIX, a eficácia do precedente, nos países filiados ao *common law*, passou da persuasão à vinculação, convertendo-se em efetiva norma jurídica. Essa transformação só foi possível diante de uma paulatina mudança cultural, fruto das severas críticas ao funcionamento do direito inglês⁸⁰, da evolução dos repertórios de precedentes⁸¹ e da reorganização judiciária inglesa⁸². A primeira vez em que a *House of Lords* decidiu pela vinculação aos seus próprios precedentes foi no caso *London Tramways Co vs. London County Council* (1898). A partir desse momento os precedentes adquiriram força vinculante no direito inglês, ou seja, tornaram-se obrigatórios independentemente da aceitação pelo julgador das razões que levaram à solução do caso anterior. Posteriormente percebeu-se que a vinculação absoluta da *House of Lords* aos seus próprios precedentes inviabilizaria

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 32 e ss.

⁸⁰ Para tanto foram essenciais as críticas de Bentham e de Austin ao direito inglês, sobretudo ao seu caráter retroativo e à incapacidade de prover efetiva segurança jurídica diante da inexistência de normas jurídicas previamente cognoscíveis.

⁸¹ Ao mesmo tempo sentia-se a necessidade de os repertórios de precedentes serem mais confiáveis. Nesse sentido é possível observar que a evolução da teoria dos precedentes na tradição inglesa está intimamente relacionada com o desenvolvimento dos repertórios de casos judiciais. Desde os primeiros *Year Books*, passando pelo período dos *Named Reports* (repertórios pessoais como de Edmund Plowden, Edward Cook e outros), dos *Authorized Reports* (repertórios autorizados como o de John Burrow, entre outros) até os repertórios atuais, os *Law Reports*. Os repertórios ingleses atuais são editados pelo *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, criado em 1865, com a finalidade específica de imprimir maior certeza e fidelidade aos precedentes judiciais (MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 40).

⁸² Com o objetivo de dar maior racionalidade à organização judiciária, os *Judicature Acts* de 1873-1875 unificaram as jurisdições de *common law* e de *Equity* e estruturaram as cortes inglesas em um sistema hierárquico-piramidal (*High Court of Justice* e *Court of Appeal*). Logo em seguida, com o *Judicature Act* de 1876, a *House of Lords* foi reintroduzida no ápice da organização judiciária, posição que ocupou até a criação da *Supreme Court of United Kingdom* por força da *Constitutional Reform Act* de 2005.

o desenvolvimento do próprio direito, transformando o juiz em um “escravo do passado” e, ao mesmo tempo, um “déspota para o futuro”.⁸³ Por essa razão, a *House of Lords*, por meio do *Practice Statement* de 1966, firmou o entendimento no sentido de que aquela Corte poderia superar seus precedentes em determinadas situações a fim de não perpetuar soluções injustas e não frustrar a necessária abertura do direito para acolher a evolução social.⁸⁴ Desde então não há que se falar em precedente absolutamente vinculante, no sentido de não ser passível de superação, nem mesmo pelo órgão responsável pela sua formação. A eficácia vinculante do precedente diz respeito, portanto, à obrigatoriedade da observância da norma dele extraída enquanto estiver em vigor, enquanto não superado ou revogado, o que só pode ser feito pelo órgão competente pela formação do precedente. O que é persuasivo ou vinculante, portanto, não é o precedente em si, mas a eficácia atribuída aos seus fundamentos determinantes (*ratio decidendi*). Além disso, só há que se falar em superação se há vinculação. A superação, assim, é um poder que deriva da própria autoridade conferida ao precedente vinculante.

Em suma, os precedentes persuasivos são aqueles que servem de argumento para o julgamento do caso posterior, mas não vinculam o julgador, que assim pode decidir de forma diferente, desde que fundamentadamente. Os precedentes vinculantes são aqueles de cujos fundamentos determinantes deriva a norma que vincula o julgamento de questão para solução de casos posteriores similares, ou seja, são aqueles que geram o dever de observância da norma neles contida para os julgadores dos casos posteriores, que ficam assim obrigados a aplicá-la para a solução da questão similar nos casos subsequentes.

3. Eficácia vertical e eficácia horizontal

A eficácia do precedente vinculante pode se projetar em duas dimensões – vertical e horizontal – quando se trata dos órgãos judiciais vinculados à norma do

⁸³ Expressões usadas por Arthur Goodhart (*in* Precedent in English and Continental Law, Law Quarterly Review, 1934, p. 61, n.50), citado por MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 42.

⁸⁴ DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 126.

precedente. Essa classificação está relacionada diretamente à situação hierárquica existente entre o órgão prolator da decisão que constitui o precedente com eficácia vinculante e o órgão que se depara com a questão da sua aplicação no caso posterior. Dessa forma, os juízes e tribunais inferiores, vinculados hierarquicamente, no plano vertical, aos tribunais que lhes são superiores, devem observar os precedentes por eles formados. Fala-se então de precedentes verticalmente vinculantes. Por outro lado, existem no âmbito interno dos tribunais, dentro assim da mesma instância, órgãos que também se vinculam a outros em função da competência e da estrutura recursal interna. É o que ocorre com os órgãos fracionários em relação ao plenário ou o juízo monocrático em relação ao colegiado. Nesses casos também há uma vinculação, mas no plano horizontal. Fala-se aqui de precedentes horizontalmente vinculantes. Note-se, ainda, que os próprios órgãos prolores das decisões formadoras de precedentes têm o dever de observá-los, como medida de coerência e estabilidade e, portanto, em última análise, por força do princípio da segurança jurídica. Dessa forma, precedentes horizontalmente vinculantes são aqueles que possuem autoridade sobre o próprio órgão prolator e aqueles a ele vinculados na mesma instância. Todavia, como já observado, não existe atualmente, em nenhum sistema, precedentes absolutamente vinculantes, no sentido de serem obrigatórios para os próprios órgãos criadores desses precedentes e insuscetíveis de superação, como ocorreu na *House of Lords* no período entre a decisão do caso *London Tramways Co vs. London County Council* (1898) até o *Practice Statement* de 1966. Hoje não existe mais precedente em tese insuperável. Assim, qualquer precedente pode ser superado, desde que observada a competência, os requisitos materiais e os procedimentos regulados em cada sistema para possibilitar essa superação. A ideia de superação, portanto, está ligada à de vinculação. Só há superação onde há vinculação. Por isso, não é correto falar-se em superação de precedente persuasivo, mas apenas de precedente vinculante. Por outro lado, a possibilidade de superação só é reconhecida ao órgão do qual emanou o precedente, ou seja, do órgão competente para sua formação, ou de órgão que lhe seja superior na estrutura judiciária. Dessa forma, não existe possibilidade de superação de precedente por órgão hierarquicamente vinculado ao órgão formador do precedente, seja no plano vertical, seja no plano horizontal.

Em suma, é obrigatória a observância do precedente vinculante tanto para os tribunais ou órgãos judiciais inferiores, submetidos hierarquicamente ao tribunal no qual se formou o precedente (vinculação vertical), como para o próprio tribunal e seus órgãos internos em casos posteriores análogos e desde que permaneçam as mesmas razões que levaram à formação do precedente (vinculação horizontal). Desaparecendo essas razões, o precedente vinculante poderá ser superado pelo órgão competente para a formação do precedente, desde que observados os requisitos materiais e processuais para tanto.

4. Outros efeitos dos precedentes

A partir da análise do tratamento conferido ao precedente pela atual legislação processual, Fredie Didier identifica outros efeitos além do persuasivo e do vinculante já abordados. Nesse sentido, enumera precedentes dotados: (a) do efeito de “obstar a revisão de decisões”; (b) do efeito de “obstar a invalidação de ato jurídico”; (c) do efeito “autorizante”; (d) do efeito “rescindente ou deseficazante” e (e) do efeito que “permite revisão de coisa julgada”.⁸⁵ Cumpre analisar, todavia, se esses efeitos são autônomos ou se representam apenas um desdobramento ou consequência do efeito vinculante.

Efeito de obstar a revisão de decisões. A lei estabelece situações nas quais a existência do precedente tem o condão de obstar a revisão de decisões judiciais, seja por meio de recurso, de remessa necessária ou de novas demandas. Em relação aos recursos, essa situação encontra-se regulada no art. 932, IV, do CPC, segundo o qual incumbe ao relator, por decisão monocrática, negar provimento ao recurso que for contrário: (a) à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (b) ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; e (c) ao entendimento firmado em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Também há regra expressa no art. 1.040, I, do CPC, no sentido de determinar que o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negue seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na

⁸⁵ DIDIER JR, Fredie; Braga, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Processo Civil. v. 2., 15ª. ed., p. 573 e ss.

origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior decorrente da tese firmada no acórdão paradigma proferido em sede de julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivo. Trata-se aqui também de um efeito obstativo do seguimento desses recursos por força do precedente firmado nos tribunais superiores por meio da técnica de julgamento de recursos repetitivos. Esse efeito, no entanto, como se verá mais adiante, não abrange os recursos fundados na alegação de superação de precedente obrigatório de tribunais superiores, na medida em que somente esses próprios tribunais tem competência para decidir essa questão.

Quanto à remessa necessária, o art. 496 do CPC condiciona a eficácia da sentença ao seu reexame em segundo grau de jurisdição, independentemente de recurso, quando a parte sucumbente for a União, Estado, Distrito Federal, Município ou suas respectivas autarquias e fundações de direito público (inciso I), inclusive em embargos à execução fiscal (inciso II). Por outro lado, esse dispositivo estabelece exceções que restringem o cabimento da remessa necessária. Dentre essas exceções, o § 4º obsta a remessa necessária quando a sentença estiver fundada em (a) súmula de tribunal superior; (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (d) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Com relação a novas demandas, o art. 332 do CPC autoriza o julgamento de improcedência liminar do pedido, nas causas que dispensem a fase instrutória, independentemente da citação do réu, quando o pedido contrariar: (a) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e (d) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

Todas essas técnicas têm em comum a abreviação ou o encurtamento do procedimento diante da identificação de precedente aplicável para a solução da

questão ou do caso. No entanto, as hipóteses expressamente elencadas que autorizam essas diferentes técnicas não são exatamente as mesmas. À primeira vista, isso poderia levar à conclusão de que certos precedentes têm eficácia obstativa, enquanto outros não.

A solução dessa questão, no entanto, pressupõe a análise sistemática desses dispositivos com o enunciado normativo do art. 927 do CPC, que estabelece o dever de observância obrigatória em relação: (a) às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (b) aos 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; e (d) aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (e) à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. Como se verá mais adiante, ao estabelecer esse dever de observância obrigatória, o art. 927 confere efeito vinculante aos precedentes produzidos nessas circunstâncias elencadas nesse dispositivo.

Nota-se que a maioria dos precedentes vinculantes dão ensejo ao uso de todas essas técnicas (caso dos acórdãos proferidos em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos, dos acórdãos proferidos em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e dos enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça). O silêncio da lei em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado e aos enunciados da súmula vinculante, porém, de modo algum pode significar qualquer restrição para o uso de quaisquer dessas técnicas também quando for identificada a existência de precedentes vinculantes decorrentes dessas situações. O mesmo deve ocorrer com os precedentes vinculantes do plenário ou dos órgãos especiais dos tribunais em relação aos órgãos a eles vinculados (dentre os quais se inserem os acórdãos sobre aplicação e interpretação de direito local objeto de enunciado de súmula). Se há um dever de observância obrigatória daqueles precedentes enumerados expressamente no art. 927 do CPC, que justamente os faz vinculantes, eles evidentemente deverão obstar a tentativa de revisão judicial de decisões que estiverem com eles alinhadas. Até porque, tratando-

se de precedentes vinculantes, apenas o órgão formador do precedente ou aquele que lhe for hierarquicamente superior terá competência para promover a sua superação. Dessa forma, os órgãos jurisdicionais de aplicação dos precedentes não têm competência para afastar qualquer desses precedentes vinculantes. Tal circunstância, somada à necessidade de concretização do princípio da duração razoável do processo, justifica o uso dessas técnicas de abreviação procedimental baseada na aplicação de precedentes vinculantes.

Por outro lado, na hipótese específica da remessa necessária, há uma situação totalmente diferente das demais. É a previsão do efeito obstativo para o entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Trata-se, na hipótese, não de precedente judicial, mas de precedente administrativo que, por ser vinculante para a administração pública, acarreta o emprego de todas essas técnicas de abreviação procedimental nos processos em que for parte, não se limitando apenas para obstar a remessa necessária. Em todas essas situações que podem dar ensejo às demais técnicas de abreviação procedimental, há falta de interesse da administração pública em recorrer contra o precedente administrativo vinculante, uma vez que a sua atuação é pautada pelo princípio da legalidade administrativa, que a autoriza a agir mediante expressa autorização e nos limites estabelecidos na lei.

As situações aqui analisadas demonstram, na verdade, que o efeito obstativo é mero desdobramento ou decorrência do próprio efeito vinculante conferido ao precedente. O que constitui acréscimo, na verdade, são as técnicas de abreviação procedimental. Dito de outra forma, o efeito vinculante já obstaria, independentemente de previsão expressa, a pretensão de revisão de decisões contrariamente ao precedente. Todavia, a abreviação procedimental depende de autorização expressa, por se tratar de situação excepcional. Isso não significa, porém, que se deva interpretar literalmente esses dispositivos, no sentido de excluir da aplicação dessas técnicas outros precedentes vinculantes não expressamente referidos. Deve ser feita uma interpretação sistêmica sobre o conjunto dos dispositivos que tratam dessas técnicas de abreviação procedimental e do art. 927 do CPC, a fim de promover a coerência interna da legislação processual.

Efeito de obstar a invalidação de ato jurídico. De acordo com o art. 24 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, “a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas” O parágrafo único esclarece que se consideram *orientações gerais* “as interpretações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

Na atual sistemática do CPC, apenas a jurisprudência majoritária assim reconhecida e formalizada em enunciado de súmula tem eficácia vinculante e, portanto, autoriza o uso das técnicas de abreviação procedimental. Assim, no que diz respeito ao precedente judicial, esse artigo deve ser interpretado sistematicamente com as regras do CPC relativas à formação, aplicação, modificação e afastamento dos precedentes judiciais. Dessa forma, a revisão judicial de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cujos efeitos já tiverem se exaurido quando da propositura da demanda deve levar em conta o precedente existente ao tempo da formação do ato e da produção dos seus efeitos, sendo vedada a invalidação de situações plenamente constituídas. Por outro lado, na medida em que a jurisprudência majoritária assim reconhecida pressupõe, no sistema atual, a sua formalização por meio da edição de enunciado de súmula, que também é critério para aplicação das técnicas antes referidas de abreviação procedimental, a pretensão de invalidação de ato jurídico nos termos do art. 24 da LINDB pode também autorizar o uso dessas mesmas técnicas. Em outras palavras, tal enunciado normativo confere expressamente ao precedente efeito obstativo da invalidação de ato jurídico constituído em conformidade com ele, mesmo em caso de posterior superação. Como se verá mais adiante, essa possibilidade está presente no caso de superação de precedentes: a atribuição de eficácia prospectiva (*ex nunc*) ao novo precedente que revoga o anterior, mantendo-se a eficácia do precedente revogado em relação às situações pretéritas, de modo que preserve a segurança

jurídica mediante a proteção da confiança gerada pela existência do precedente anterior. Aqui também se trata de decorrência do efeito vinculante do precedente. Na verdade, ainda que não houvesse essa previsão expressa no art. 24 da LINDB, o efeito vinculante do precedente já levaria a essa mesma consequência: preservação das situações consolidadas em função do precedente vigente à época (*tempus regit actum*) quando houver necessidade de preservação a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia.

Efeito autorizador. Nas situações até aqui analisadas o legislador criou expressamente obstáculos para iniciativas que tenham o objetivo de rever decisões judiciais ou atos jurídicos em geral contrariamente ao entendimento firmado em precedentes vinculantes e possibilitou, adicionalmente, a abreviação do procedimento para rejeitar essas iniciativas. Por outro lado, a lei cuida também da situação oposta, ou seja, hipóteses que autorizam a abreviação procedimental para cassar ou reformar decisões judiciais claramente contrárias a precedentes vinculantes. Duas são as situações aventadas.

A primeira diz respeito à incumbência atribuída ao Relator, no art. 932, V, do CPC, para, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária: (a) à súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; (b) ao acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; e (c) ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. A regra, portanto, é simétrica a do inciso IV do mesmo 932 do CPC. A diferença é que nas hipóteses do inciso IV se cuida de negar provimento monocraticamente a recurso contrário a precedente vinculante, enquanto no inciso V a situação é exatamente oposta, ou seja, existe a autorização para dar provimento monocraticamente a recurso fundado em precedente vinculante contra decisão que não o aplicou. Embora não esteja expreso, a situação comporta também o provimento monocrático da remessa necessária nas mesmas hipóteses.

A segunda situação é regulada no art. 311, inciso II, do CPC, que possibilita a tutela provisória de evidência (ou seja, independentemente da demonstração de

perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo), diante de alegações de fato, passíveis de comprovação apenas documental, quando “houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Também nessa hipótese há referência expressa somente a determinados precedentes vinculantes. Isso não significa, porém, uma restrição para concessão de tutela de evidência diante dos demais precedentes vinculantes enumerados no art. 927 do CPC. Não há justificativa para o tratamento desigual em relação aos demais precedentes vinculantes. Se existe o dever de observância obrigatória em relação a todas as situações enumeradas no art. 927 do CPC, o que determina a aplicação do precedente vinculante assim caracterizado por força desse dispositivo para a solução de questão ou caso similar posterior, não há razão para diferenciar entre esses precedentes vinculantes e aqueles expressamente referidos no art. 311, II, para efeito de autorizar a concessão da tutela de evidência. A evidência aqui decorre justamente da obrigatoriedade da aplicação do precedente. Logo, pouco importa se a norma do precedente a ser seguida resulta de acórdão decorrente de julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos extraordinário e especial repetitivos, conforme disposto no art. 928 do CPC) e de acórdãos reiterados formadores de enunciado de súmula vinculante, como referido expressamente no art. 311, II, CPC, ou de acórdão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, ou de acórdãos reiterados objeto de enunciado de súmula comum do STF e do STJ, ou de acórdão em AIC, ou, ainda, de acórdão do Plenário ou do órgão especial do tribunal em relação aos demais órgãos a ele vinculados, que são as demais situações ensejadoras de precedentes vinculantes enumeradas no art. 927 do CPC. Em todos esses casos há o dever de observância obrigatória e, portanto, evidência do direito a ser aplicado para efeito de concessão da tutela de evidência.

Efeito ineficacizante ou rescindente. O precedente pode ter ainda o efeito de provocar a perda da eficácia ou a rescisão de uma decisão judicial transitada em julgado. Assim, de acordo com o disposto no art. 525, §§12, 13 e 14 (cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa) e do art. 535, §§ 5º, 6º e 7º (cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública), todos do CPC, reputa-se inexigível a prestação imposta por decisão judicial lastreada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, mas

desde que o precedente constitucional seja anterior ao trânsito em julgado da decisão. Nesse caso, é possível impugnar o cumprimento de sentença sob a alegação de inexigibilidade da obrigação devido à perda da eficácia da decisão judicial que constitui o título executivo provocada pelo precedente constitucional. Porém, se o precedente constitucional for posterior ao trânsito em julgado, caberá ação rescisória, cujo prazo para propositura será contado da data do trânsito em julgado da decisão formadora desse precedente (art. 525, § 15 e art. 535, § 8º c/c art. 966, V, §§ 5º e 6º do CPC). Por outro lado, não haverá perda da eficácia da decisão e, consequentemente, nenhuma repercussão sobre a exigibilidade da obrigação, na hipótese de haver modulação dos efeitos da decisão que constitui o precedente constitucional para lhe atribuir efeitos prospectivos, o que torna inaplicáveis esses dispositivos diante da situação concreta.

Efeito autorizador da “revisão da coisa julgada”. Fala-se também da possibilidade de propositura de “ação de revisão de coisa julgada” sobre questão objeto de relação jurídica sucessiva em caso de precedente posterior em sentido diverso daquele entendimento que levou à decisão coberta pela coisa julgada.⁸⁶ Segundo o art. 505, I, do CPC, em se tratando de “relação jurídica de trato continuado”,⁸⁷ seria possível à parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença

⁸⁶ Jadelmiro Rodrigues Ataíde Junior usa o seguinte exemplo para ilustrar essa situação: “a) se, em 2005, o segurado passou a auferir o benefício do auxílio acidente, quando a orientação do STJ era no sentido de que a moléstia de que era vítima ocasionava a incapacidade temporária para o trabalho, a superveniência, em 2006, de novo precedente do STJ entendendo que aquela moléstia não ensejava a incapacidade para o trabalho, faz cessar o benefício, sem, porém obrigar a restituição do que o segurado recebeu; b) do mesmo modo, suponha-se que o STJ, em 2006, mantinha entendimento pacífico no sentido de que determinadas atividades empresariais não se submetiam ao pagamento do PIS/COFINS e, outras deveriam recolher sob a alíquota ‘X’ ; se em fevereiro de 2007, a orientação jurisprudencial do STJ passou a ser no sentido de que aquelas determinadas atividades empresariais também deveriam recolher o PIS/COFINS e, outras, que recolhiam sob a alíquota ‘X’, deveriam passar a recolher sob a alíquota ‘Y’, tal orientação dever ser imediatamente observada, fazendo cessar a isenção e obrigar o recolhimento com base na alíquota ‘Y’”. (ATAÍDE JR. Jadelmiro Rodrigues. “Uma análise das relações jurídicas continuadas à luz da Teoria do Fato Jurídico”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr, Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (Coord). Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 522-523).

⁸⁷ Existem duas situações que podem ser identificadas sob a denominação genérica de “relação jurídica de trato continuado”: a relação jurídica permanente ou continuativa e a relação jurídica sucessiva. Ambas se prolongam no tempo e, nesse aspecto, se diferenciam da relação instantânea, que, segundo Zavaski, é “a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando inteiramente formado”. (ZAVASKI, Teori Albino. *Eficácias das sentenças na Jurisdição Constitucional*. 2ª. ed., São Paulo: RT, 2012, p. 99). A relação jurídica permanente ou continuativa “nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo”. São exemplos as relações

em caso de modificação no estado de fato ou de direito. Isso não significa, porém, que não haja coisa julgada nesses casos ou que se trate de desconstituí-la ou de revisá-la. O que realmente ocorre nessas situações é que a alteração superveniente na situação fático-jurídica provoca uma questão nova, diferente daquela anteriormente decidida e objeto da coisa julgada. Não se discute assim a mesma questão jurídica anteriormente decidida, mas questão jurídica nova, embora suscitada na mesma relação jurídica, cuja decisão formará nova coisa julgada, sem desconstituir a anterior. A sentença de alimentos, por exemplo, vincula os desdobramentos futuros da relação alimentícia. Havendo, porém, modificação superveniente dos fatos que baseiam essa relação (alteração na necessidade do alimentando ou na possibilidade do alimentante, que podem aumentar, diminuir ou mesmo deixar de existir) é possível ajuizar nova ação para alterar a regra anterior e estabelecer nova solução para as partes. O mesmo ocorre com uma sentença que reconheça a inexistência de uma relação jurídica tributária sucessiva. Tal decisão é eficaz para o futuro até mudança superveniente, por exemplo, da atividade empresarial da sociedade ou do regramento jurídico sobre o tributo.⁸⁸ Essas alterações podem dar-se automaticamente (como no caso de lei nova que concede adicional reconhecido pela sentença como indevido) ou por meio de ação judicial (caso da relação alimentícia e locatícia). Diante de relações de trato continuado como essas, discute-se se a superveniência de precedente vinculante provoca a modificação do que ficou estabelecido na sentença anterior. Bem vista a situação, não se trata aqui de reconhecer efeito desconstitutivo ao precedente. Na verdade, ele servirá de embasamento para uma nova discussão acerca de questão que se apresenta como questão nova diante da modificação superveniente da situação

previdenciárias, alimentícias, de família, locatícias e, normalmente, tais relações envolvem prestações periódicas. A relação jurídica sucessiva, por sua vez, nasce, “de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada”. Dessa forma, a relação sucessiva, devido a essa característica de reiteração e homogeneidade dos sucessivos fatos geradores instantâneos que a compõe, na verdade relações instantâneas sucessivas e homogêneas, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. (ZAVASCKI, p. 99-100). São exemplos, no campo tributário, a obrigação tributária de pagar contribuição à seguridade social decorrente de folha de salário e a obrigação tributária de pagar imposto de renda. Também é exemplo a relação de emprego e a relação estatutária entre servidor público e a administração. (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2,cit, p.683).

⁸⁸ DIDIER JR, Fredie; Braga, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Processo Civil. v. 2., 15ª. ed., p. 683.

fático-jurídica. Nada diferente do que se disse anteriormente sobre o efeito autorizador.

Em suma, não se trata aqui, propriamente, de efeitos diferentes do efeito vinculante. O obstáculo à revisão de decisões ou atos jurídicos contrariamente ao precedente, assim como a imposição da adequar decisões ao precedente já são consequências da sua força obrigatória, ou seja, do seu efeito vinculante. Adicionalmente, a legislação processual prevê técnicas de abreviação ou encurtamento procedimental que tornam mais efetivo o precedente vinculante. Dessa forma, o efeito vinculante atribuído ao precedente, na legislação brasileira, autoriza o uso dessas técnicas.

5. Coisa julgada e precedente

Ambos os institutos, coisa julgada e precedente, são manifestações do princípio da segurança jurídica e estão ligados à ideia de estabilidade. Ambos são limitados pela atuação das partes em determinado caso e obrigam os julgadores subsequentes. No entanto, tais institutos concretizam a segurança jurídica de forma diversa e apresentam diferenças em suas dimensões objetiva, subjetiva e temporal, assim como em relação aos mecanismos de controle.

Em relação à dimensão objetiva, ou em relação ao que é abrangido por essas diferentes estabilidades, a coisa julgada incide sobre o *conteúdo* da decisão, para imunizar o resultado do caso, ou seja, aquilo que foi efetivamente julgado para as partes.⁸⁹ A coisa julgada gera assim uma estabilidade restrita ao que ficou decidido

⁸⁹ Durante muito tempo vigorou o entendimento de que a coisa julgada material seria um efeito da sentença. Chiovenda mostrou então a distinção entre efeitos da sentença (“*como ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos*”) e autoridade da coisa julgada (“*o julgado é restrito às partes e só vale como julgado entre elas*”) (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 441). Entre nós, coube à Liebman delimitar com maior precisão essa distinção entre efeitos da sentença (*efeitos naturais da sentença*) e coisa julgada, para afirmar que a coisa julgada é uma *qualidade* dos efeitos da sentença (LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4ª. ed., 2006). Mais tarde, Barbosa Moreira identificou que, na realidade, a imutabilidade decorrente da coisa julgada não seria propriamente dos efeitos da sentença, mas do conteúdo do comando da sentença (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e Sempre a coisa julgada. in: Direito Processual Civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 133). Dessa forma, os efeitos naturais da sentença, na linguagem de Liebman, atingem a todos indistintamente. A sentença é um ato público, emanado do Estado, e como tal revestido de imperatividade. Assim,

para as partes no caso julgado.⁹⁰ O precedente, por sua vez, enquanto decisão judicial que se torna parâmetro para solução de questão similar em casos subsequentes, gera uma estabilidade que abrange justamente a solução da questão que servirá de parâmetro para julgamento em casos posteriores. Dessa forma, a coisa julgada tem como objeto a solução do caso julgado (a norma jurídica

uma sentença de divórcio acarreta a extinção do casamento perante todos e não só para os cônjuges; a declaração de nulidade de um ato vigora igualmente perante qualquer terceiro; a condenação do réu ao pagamento de uma quantia para o autor se põe como tal diante de qualquer terceiro. Já a coisa julgada torna imutável esses comandos (Barbosa Moreira) e, em regra, vincula apenas as partes dos respectivos processos no sentido de não mais poderem retornar a juízo para rediscutir essas questões. Partindo-se dessas premissas, é possível definir a coisa julgada material como a autoridade da qual se reveste a sentença de mérito transitada em julgado que torna imutável o conteúdo do comando nela inserido. A coisa julgada cria nova situação jurídica: o que antes era possível examinar, com a coisa julgada já não o é mais. Consequentemente, não se pode mais voltar a juízo para discutir o que ficou decidido. Se não houvesse a coisa julgada, as discussões se repetiriam indefinidamente. O objetivo, portanto, é pragmático: tornar imutável o resultado da atuação jurisdicional. É um instituto, portanto, de natureza processual, que decorre do princípio da segurança jurídica e a sua adoção se dá por escolha do legislador. Trata-se, nesse sentido, de uma opção política (*“a atribuição da autoridade da coisa julgada decorre de opção política entre dois valores: segurança, representada pela imutabilidade do pronunciamento, e o ideal de justiça, sempre possível de ser buscado enquanto permita o reexame do ato.”*, in: TALAMINE, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005, p. 47).

⁹⁰ Como se viu anteriormente, a partir sobretudo das lições de Liebman e Barbosa Moreira, a coisa julgada se forma em relação ao conteúdo e não aos efeitos da decisão. Por outro lado, coloca-se a questão sobre a abrangência do conteúdo da decisão. Segundo o entendimento tradicional, a coisa julgada abrangeria apenas o dispositivo da sentença, no qual é decidido o pedido. Há, no entanto, quem entenda que a coisa julgada se forma em relação ao pedido identificado com a causa de pedir. Ou seja, seria preciso analisar os elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido) para delimitar os limites do que ficou coberto pela coisa julgada. Assim, julgado improcedente um pedido de anulação de um contrato fundado em alegação de coação, nada impede que se proponha outra demanda para anular o mesmo contrato sob o novo fundamento de erro, pois não haveria coisa julgada a esse respeito. A análise isolada do pedido ou da causa de pedir, no entanto, são insuficientes para solucionar todos os problemas relacionados aos limites objetivos da coisa julgada. Atualmente, parte importante da doutrina prefere analisar a questão sob o enfoque do objeto do processo ou objeto litigioso, constituído pela pretensão processual. Assim, para a delimitação dos limites objetivos da coisa julgada, entraria não só o pedido, identificado em consonância com a causa de pedir, mas também os pedidos formulados pelo réu em reconvenção ou pedido contraposto. Há também quem defenda a inclusão do *contradireito* presente na defesa (direito que se exercita contra o exercício do direito do autor, como por exemplo, a alegação em defesa de compensação). Conferir, nesse sentido, Fredie Didier in CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo (coordenadores). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 760. De todo modo, é clara a tendência de valorização dos motivos para se determinar a abrangência da coisa julgada. Nesse sentido conferir Antônio Cabral, em obra específica sobre o tema (CABRAL, Antônio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Editora JusPodivum, 2a. Ed, 2014), após destacar os problemas práticos da concepção tradicional que limita a coisa julgada ao dispositivo, faz um detalhado estudo das mais variadas teses que buscaram ampliar o conceito de objeto do processo e também das teses que buscaram estender a coisa julgada às razões, para concluir ser necessária uma reconstrução do papel das razões, dos argumentos, na teoria das estabilidades processuais (gênero do qual a preclusão e a coisa julgada são espécies). Por força aliás dessa tendência foi que o atual CPC, mudando a regra do anterior, estendeu o manto da coisa julgada sobre a questão prejudicial, independentemente de ação declaratória incidental, suprimida no sistema atual, observadas determinadas condições (art. 503, § 1º, do CPC atual).

individualizada), enquanto o objeto do precedente é a solução dada para uma questão, na sua unidade fático-jurídica, passível de generalização, que guiará a solução de questão similar em caso posterior (a norma do precedente). Em outras palavras, a coisa julgada visa a dar estabilidade para as relações jurídicas concretamente decididas, enquanto o precedente mira a estabilidade do próprio ordenamento jurídico. Assim, a coisa julgada concretiza a segurança jurídica diante do caso concreto, enquanto o precedente concretiza a segurança jurídica de forma mais geral, ao proporcionar coerência e consistência para o conjunto dos casos julgados.

Quanto à dimensão subjetiva, referente à questão de quem são os destinatários dessas estabilidades, estando a ela submetidos, a coisa julgada ao tornar imutável a solução do conflito concreto, vincula os sujeitos da relação jurídica conflituosa deduzida em juízo. Assim, a imutabilidade da decisão imposta pela coisa julgada alcança, em princípio, apenas aqueles que tiveram oportunidade de participar do processo, na condição de partes.⁹¹ Já o precedente fornece a solução para questões relacionadas ao plano jurídico – como as questões referentes à constitucionalidade de determinado dispositivo, à interpretação de uma norma ou à delimitação da sua hipótese fática abstrata. A solução dessas questões, embora tenha sido alcançada no caso concreto, transcende seus limites para ser aplicada em relação a todos que estiverem em situação similar nos casos subsequentes semelhantes. Dessa forma, enquanto a coisa julgada protege os sujeitos de determinada relação jurídica no contexto de determinada situação fática conflituosa e concreta levada a juízo e decidida, o precedente protege os jurisdicionados em geral quanto à orientação adotada pelos tribunais, garantindo maior racionalidade e coerência para o ordenamento jurídico.

No que se refere à dimensão temporal, a coisa julgada se projeta para o passado, na medida em que torna imutável o conteúdo da decisão que resolve um conflito concreto, envolvendo determinada relação jurídica deduzida e julgada. O precedente, por sua vez, se projeta para o futuro, a sua eficácia atinge outras decisões sobre relações posteriores ao caso julgado, objeto de casos subsequentes,

⁹¹ Em princípio, porque existem situações que envolvem “terceiros” que podem se sujeitar à coisa julgada. É o que ocorre, por exemplo, quando há substituição processual e sucessão de partes.

na medida em que apresentem com ele similaridade relevante. Nesse sentido, a coisa julgada é *estática*, enquanto o precedente é *dinâmico*. É verdade que em se tratando de relações jurídicas continuadas ou de trato sucessivo, a modificação no estado fático-jurídico permite que essas relações sejam novamente discutidas em juízo, a despeito da coisa julgada anterior (art. 505, I, CPC). Isso não significa, porém, que não haja coisa julgada nesses casos ou que se trate de desconstituí-la ou de revisá-la. O que realmente ocorre nessas situações é que a alteração superveniente na situação fático-jurídica provoca uma questão nova, diferente daquela anteriormente decidida e objeto da coisa julgada. Não se discute assim a mesma questão jurídica anteriormente decidida, mas questão jurídica nova, embora suscitada na mesma relação jurídica, cuja decisão formará nova coisa julgada, sem desconstituir a anterior. É nesse sentido que a coisa julgada é estática e seu enfoque é sempre para o passado: ela sempre resolve a questão jurídica objeto do caso concreto, estabelecendo a solução para o evento já ocorrido. A norma individualizada para solução do caso concreto fica ali restrita e é imutável. Diversamente, o precedente é dinâmico e se projeta para o futuro. A solução da questão jurídica adotada no precedente servirá de parâmetro para os casos posteriores semelhantes. Todavia, como é impossível determinar no presente o que acontecerá no futuro (apenas estimar), a eficácia do precedente depende da correlação entre as situações fático-jurídicas do precedente e do caso posterior e da ampliação ou da restrição da sua norma provocada pela análise de aspectos novos não considerados no precedente. Dessa forma, o precedente é dinâmico porque a sua norma é passível de modificação.

Além disso, os mecanismos de controle a coisa julgada e do precedente são distintos. Como a coisa julgada é estática e produz vinculação em relação a uma situação passada, o controle se faz mediante a sua desconstituição para afastar a imutabilidade e a indiscutibilidade sobre a solução dada ao conflito e, assim, permitir nova decisão acerca desse conflito. Por se tratar de situação excepcional, o afastamento da coisa julgada só pode ocorrer nas hipóteses expressamente estabelecidas na lei. Assim, de acordo com a legislação brasileira, a coisa julgada, nos processos cíveis, só pode ser afastada mediante (a) ação rescisória nas hipóteses de cabimento taxativamente estabelecidas no art. 966 e no art. 525, § 15 do CPC, ou (b) ação anulatória (*querela nullitatis*) prevista no § 4º do art. 966. Porém, nesse

último caso, de sentenças meramente homologatórias, a desconstituição é do próprio ato de autocomposição das partes homologado pela sentença. Já o precedente vinculante, como referido, é dinâmico e projeta a vinculação para o futuro, na medida em que vincula a solução de situações futuras. Não se trata assim de desconstituir o precedente, mas de adotar nova solução diante de mudanças contextuais, preservando os efeitos pretéritos por ele produzidos, a fim de proteger a confiança dos jurisdicionados na sua aplicação. Dessa forma, o afastamento do precedente vinculante se dá mediante superação, instituto que será objeto de análise detalhada na segunda parte deste trabalho.

A discussão ganha maior complexidade, no entanto, quando se está diante da coisa julgada *erga omnes*, prevista tanto para as ações coletivas (art. 103 do CDC), como para as ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99). Nessa situação, pode haver uma coincidência entre aqueles atingidos pela coisa julgada e pelo precedente, na medida em que a coisa julgada *erga omnes*, em especial quando se trata da tutela de direitos difusos, assim como o precedente, afetam indistintamente todos os jurisdicionados. A confusão se torna ainda maior diante do reforço de eficácia decorrente do efeito vinculante constitucional conferido às decisões de controle concentrado de constitucionalidade e aos enunciados da súmula vinculante. De qualquer forma, ainda que haja uma coincidência no aspecto subjetivo daqueles abrangidos pela eficácia dessas estabilidades, permanecem as diferenças quanto às dimensões objetiva e temporal, razão pela qual não se pode confundir suas eficácias.

6. Coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e eficácia vinculante do precedente constitucional

Nunca houve consenso no direito constitucional acerca do significado e da abrangência da “*eficácia contra todos*” e do “*efeito vinculante*” estabelecidos no art. 102, §2º, da CF⁹² para as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações de

⁹² Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

controle concentrado de constitucionalidade, bem como da sua relação com o “efeito vinculante” atribuído pelo art. 103-A da CF⁹³ à súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (súmula vinculante). É preciso entender, então, como o *precedente com efeito vinculante* introduzido pelo atual Código de Processo Civil se relaciona com essas outras situações.

Note-se que essa dificuldade em entender a autoridade de diferentes pronunciamentos jurisdicionais não é exclusiva do direito brasileiro, estando presente também nos ordenamentos que serviram de inspiração ao nosso legislador. Nesse sentido, Rui Medeiros, a partir das lições de Klaus Vogel, pertinentes ao direito alemão, observa que “não existe ainda clareza suficiente sobre o significado e alcance destes três conceitos – caso julgado, vinculação e força de lei – e sobre a relação recíproca entre eles”, tanto assim que “não falta quem afirme que a distinção entre caso julgado, efeito vinculante e força de lei não têm significado”.⁹⁴

Todavia, a eficácia da coisa julgada nas ações de controle de constitucionalidade não se confunde com a eficácia do precedente constitucional. Ambas produzem vinculação geral (*erga omnes*), mas aquilo que se vincula é diferente, assim como é diferente a forma de lidar com essa vinculação, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de rediscussão do que foi decidido e o seu propósito. Essa compreensão pressupõe, antes de mais nada, a distinção entre as autoridades da coisa julgada e do precedente delineada no tópico anterior, bem como das eficácias que lhe são próprias.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, introduziu no ordenamento brasileiro a ação declaratória de constitucionalidade, que inicialmente podia ser proposta apenas pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República, e cuja decisão

⁹³ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

⁹⁴ MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 769.

definitiva de mérito produzia “*eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*” (art. 102, § 2º da CF na redação da EC 3/93). Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, equiparou tanto na legitimidade quanto nos efeitos as ações declaratórias de constitucionalidade e as ações diretas de inconstitucionalidade, ao estabelecer os mesmos legitimados para propositura de ambas no art. 103 da CF e ao dispor que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em ambas, “*produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*” (art. 102, § 2º da CF na redação da EC nº 45/2004). Além dessas ações, a Constituição Federal, desde a sua redação original, previa a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento também de controle de constitucionalidade, delegando, porém, ao legislador ordinário a definição dos seus contornos.

Esses instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade foram regulados pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99. A primeira dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal (depois alterada pela Lei 12.063/2009, que nela incluiu a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão), estabeleceu expressamente, tanto para a ADI quanto para a ADC, (i) os efeitos retroativos como regra geral nas ações diretas, porém com a possibilidade de sua alteração, por motivos de segurança jurídica ou excepcional interesse público, mediante aprovação de 2/3 dos membros do Supremo – a denominada “*modulação dos efeitos*” (art. 27)⁹⁵ e (ii) “*a eficácia contra todos e o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*” (art. 28, parágrafo único). A Lei 9.882/99, que por sua vez, regulou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e estabeleceu (i) igual regra de

⁹⁵ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

efeitos retroativos com igual possibilidade de modulação (art. 11)⁹⁶, bem como (ii) regra similar no sentido de que “*a decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*” (art. 10, § 3º)⁹⁷.

Em suma, no quadro atual, as decisões proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade produzem “*eficácia contra todos*” e “*efeito vinculante*”, conforme os termos utilizados na lei, e, em regra, essa eficácia é retroativa, com possibilidade de modulação em situações específicas, ou seja, com a possibilidade de o tribunal atribuir eficácia a partir de trânsito em julgado da decisão ou de outro momento que venha a ser fixado, mediante quórum qualificado de 2/3 dos seus membros.

Por outro lado, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 também acrescentou o art. 103-A na Constituição Federal, para possibilitar ao Supremo Tribunal Federal “*de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei*”. Essa súmula passou a ser denominada “*súmula vinculante*”, justamente em razão do seu *efeito vinculante*, de modo a ser diferenciada da súmula comum do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que os termos “*eficácia contra todos*” e “*efeito vinculante*” não se confundem. Tanto o art. 102, §2º, da CF, como o art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 e o art. 10, §3º, da Lei 9.882/99 usam o termo “*eficácia contra todos*” (eficácia *erga omnes*) para tratar da eficácia da decisão de mérito proferida nas

⁹⁶ “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

⁹⁷ “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. (...) § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

ações de controle concentrado de constitucionalidade. Não se trata aqui, todavia, da *eficácia natural* da sentença, na linguagem de Liebman, inerente a toda e qualquer sentença, enquanto ato estatal, dotado de imperatividade, que deve ser por todos observada, mas da extensão subjetiva da autoridade do comando que emerge dessa decisão, no sentido de tornar para todos imutável o dispositivo da decisão que contém a declaração da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade de determinado ato normativo, a fim de impedir a rediscussão a esse respeito, seja no próprio processo onde proferida, seja em outra ação de controle concentrado, ou em qualquer outro processo. Trata-se, portanto, de extensão da eficácia da coisa julgada para vincular indistintamente a todos.⁹⁸ Nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, a controvérsia sobre a constitucionalidade do ato normativo constitui o objeto principal do processo⁹⁹ (e não uma questão prejudicial, como

⁹⁸ A maior parte da doutrina entende que existe coisa julgada nas ações de controle concentrado. Alguns autores, no entanto, veem coisa julgada apenas na decisão que declara a inconstitucionalidade, não naquela que declara a constitucionalidade (nesse sentido CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. p. 338 e 350, com a ressalva de que haveria na hipótese de pendência simultânea de ADI e ADC). Marinoni, todavia, entende não haver coisa julgada em nenhuma hipótese. Segundo ele “[a]s sentenças de inconstitucionalidade e de constitucionalidade produzem efeitos contra todos pelo simples fato de terem eficácia direta contra todos e não em virtude de ficarem revestidas de coisa julgada material. A preocupação em selar tais decisões com coisa julgada material teria o objetivo de impedir o seu questionamento e a sua rediscussão judicial. Acontece que a imutabilidade dessas decisões não deriva da coisa julgada material, mas da falta de legitimidade ad causam “de todos” os representados pelos legitimados às ações de inconstitucionalidade e constitucionalidade. Não é a coisa julgada que opera efeitos erga omnes, mas os efeitos diretos da sentença. Todos ficam submetidos à decisão pela circunstância de não poderem discutir a constitucionalidade da lei em abstrato. Uma vez decidida a (in)constitucionalidade da lei, nada pode ser feito pelos cidadãos ou por todos os que são representados pelos legitimados ao controle abstrato. Estão eles submetidos à decisão, sendo impossível o seu questionamento em qualquer ação concreta. Retenha-se o ponto: a estabilidade da decisão não deriva da impossibilidade de se voltar a questionar a constitucionalidade, mas da impossibilidade em discuti-la e da submissão à decisão tomada pelo Tribunal constitucionalmente legitimado a defini-la.” (SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.160.). Tal entendimento, todavia, não nos parece correto. A sentença proferida nas ações diretas (ADI, ADC e ADPF), como qualquer outra, por ser ato público, é dotada de imperatividade. Assim, ela produz efeitos em relação a todos, o que, repita-se, é uma característica de qualquer sentença (eficácia natural da sentença, segundo Liebman). Dessa forma, seria inútil dar à expressão “eficácia contra todos” (eficácia *erga omnes*) o significado de efeitos da sentença contra todos. Seria redundância. Também não se trata de justificar a impossibilidade da propositura tão somente de novas ações de controle concentrado. A intenção do legislador foi impedir que a declaração de (in)constitucionalidade possa ser rediscutida ou questionada *por quem quer que seja, em qualquer processo*, evitando assim que a discussão por ela encerrada seja indefinidamente reiterada. Ou seja, a ideia é tornar essa decisão imutável e indiscutível dentro do contexto fático-jurídico em que foi proferida. Tal eficácia é própria da coisa julgada e não da eficácia natural de qualquer ato estatal. Trata-se, portanto, de coisa julgada, termo técnico processual que significa a qualidade ou efeito agregado à sentença que torna imutável o seu conteúdo para as partes a ela vinculadas (que, na hipótese, são “todos”).

⁹⁹ Conforme disposto no art. 24 da Lei 9.868/99, “proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a

ocorre no controle difuso) e, portanto, a decisão definitiva de mérito a seu respeito faz coisa julgada formal e material, nos termos dos artigos 502 e 503 do CPC. Significa que a solução da questão constitucional na via principal não pode ser mais discutida. A essa coisa julgada agrega-se a *eficácia contra todos* (eficácia *erga omnes*) prevista no art. 102, §2º, da CF. Essa extensão *erga omnes* impede que a solução da questão constitucional seja rediscutida em qualquer outro processo por quem quer que seja e não apenas pelo autor da ação na qual foi proferida a decisão ou por outro colegitimado. Trata-se, na verdade, de atributo das decisões de mérito proferidas no processo objetivo de controle de normas¹⁰⁰, cuja consequência é a extirpação do ato normativo declarado inconstitucional do ordenamento jurídico ou o reforço da eficácia do ato normativo declarado constitucional.

Explica-se. Os instrumentos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF) têm em comum a finalidade de tutelar a ordem jurídica abstratamente considerada. Não se discute nesses processos qualquer pretensão de direito material resistida ou insatisfeita, mas sim um conflito decorrente da edição de ato incompatível com a ordem constitucional. Essa fiscalização abstrata da constitucionalidade ocorre por meio de um processo jurisdicional eminentemente objetivo, com contornos diferenciados em relação aos processos de feição subjetiva, e por isso foi denominado *processo objetivo*.¹⁰¹

inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

¹⁰⁰ Entendendo a eficácia contra todos como atributo do processo objetivo já se posicionaram GILMAR MENDES (*in* Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional. 3ª ed., revista e ampliada. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284) e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (*in* Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil. p. 318).

¹⁰¹ Segundo GILMAR MENDES, nas primeiras décadas do século XX, HEINRICH TRIEPEL já sustentava que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como *processos objetivos*, pois quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada seria a adoção de “um processo judicial diferenciado dos processos ordinários”. Mais recentemente a denominação processo objetivo (*objektive Verfahren*) passou a ser mais utilizada para se referir aos processos que não conhece partes (*verfahren ohne Beteiligte*) e pode ser instaurado independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico. (Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional. 3ª ed., revista e ampliada. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 284). No Brasil, o processo objetivo, como instrumento para o controle abstrato de constitucionalidade, teve suas características inicialmente delineadas a partir do voto do Ministro Moreira Alves na Representação n. 1016/SP. Esse tema voltou a ser foco de atenção nos votos proferidos pelos Ministros do STF no julgamento da ADC 1-1 DF.

Dessa forma, o processo de controle abstrato de normas é objetivo porque seu objeto é a tutela da ordem jurídica. Apenas indiretamente as decisões proferidas no âmbito do processo objetivo repercutem na esfera dos direitos subjetivos.¹⁰² A denominação de *processo objetivo* ressalta, assim, a existência de diferenças desse processo em relação aos processos subjetivos (individual e coletivo).¹⁰³ São características específicas do processo objetivo: (i) tem por escopo a preservação da ordem constitucional e não a tutela de direito subjetivo, razão pela qual nele se examina a aplicação e a interpretação da norma em tese, independentemente da sua incidência em casos concretos (caráter abstrato); (ii) é instaurado independentemente da demonstração de interesse jurídico específico; (iii) porque não se discute uma relação jurídica intersubjetiva, mas um conflito de normas em abstrato, não há autor nem réu ou partes contrapostas (e, por isso, costuma-se dizer que é um “processo sem partes”), possuindo, assim, apenas sujeitos processuais com atuação institucional e sem vínculo com qualquer relação de direito material; (iv) uma vez instaurado não se submete ao princípio do dispositivo, razão pela qual o requerente não pode desistir da ação proposta; (v) o tribunal não está vinculado aos fundamentos invocados como causa de pedir na petição inicial, na medida em que tem o dever de declarar a inconstitucionalidade caso identifique a existência de

¹⁰² Nesse sentido, Teori Albino Zavascki observa que “as sentenças de mérito proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade têm não apenas a eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, mas também, indiretamente, a de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Ora, considerando essa circunstância, e, ainda mais, que ditas sentenças têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões. (in *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 62).

¹⁰³ EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA observa que “na regulação dos diferentes setores da vida social, a tutela de direitos subjetivos (*subjektiver Rechtsschutz*) e a tutela de direito objetivo (*objektiver Rechtsschutz*) se combinam em proporções bastante variáveis. Essas combinações são realizadas pelo legislador de acordo com as vicissitudes sociológicas do setor regulado, segundo uma coordenação político-valorativa e mediante uma conjugação estratégica de técnicas jurídicas bem sucedidas.” Partindo assim dessas duas formas de tutela jurídica – tutela de direitos subjetivos e tutela de direito objetivo – como eixos fundamentais e das diferentes possibilidades de combinação, o autor propõe a seguinte “tipologia aproximativa”: (i) tutela subjetiva (tutela dos direitos subjetivos individuais); (ii) tutela prevalentemente subjetiva com relevantes traços de objetividade (tutela dos direitos individuais homogêneos); (iii) tutela intermediária ou híbrida (tutela dos direitos coletivos *stricto sensu*); (iv) tutela prevalentemente objetiva com relevantes traços de subjetividade (tutela dos interesses difusos); (v) tutela objetiva (controle concentrado e abstrato de constitucionalidade). (in *Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela das instituições*. Revista de Processo, vol. 244, jun/2015).

outro fundamento que acarrete o vício (*causa petendi* aberta); (vi) considerando seu caráter abstrato, não admite intervenção de terceiros; (vii) mas, pela mesma razão, contém mecanismos de ampliação do contraditório, mediante intervenção de *amicus curiae* e realização de audiências públicas com oitiva de especialistas, possibilitando assim maior pluralidade e aprofundamento da discussão, a fim de assegurar maior legitimidade para a decisão; (viii) também pela própria índole do processo, as decisões têm extensão *erga omnes*; (ix) não admite ação rescisória.

Dessa forma, é devido à natureza objetiva do processo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, no qual não se discute uma relação jurídica subjetiva e concreta, mas um conflito abstrato de normas, que interessa a todos os jurisdicionados, na medida em que são os destinatários dessas normas, que a coisa julgada decorrente das decisões ali proferidas atinge não só aqueles que participam do processo, mas também todos os jurisdicionados. Trata-se, portanto, de uma universalização da imutabilidade do comando da decisão nessas ações decorrente do seu excepcional caráter abstrato (coisa julgada com extensão da eficácia *erga omnes* ou, simplesmente, coisa julgada *erga omnes*).

Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 3/93, o entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência era no sentido de que a parte dispositiva das decisões preferidas nas ações de controle concentrado era dotada de imutabilidade e de eficácia contra todos.¹⁰⁴ Dessa forma, a prática constitucional brasileira, apesar da ausência de disposição expressa, já reconhecia a formação de coisa julgada com extensão *erga omnes* nas ações de controle concentrado. A previsão da eficácia contra todos veio apenas corroborar esse entendimento.

Por outro lado, a coisa julgada com eficácia *erga omnes* não é exclusiva do processo objetivo. Também nas ações coletivas que versam sobre direitos difusos, dada a característica supraindividual dos direitos tutelados e do elevado grau de objetivação da tutela, a coisa julgada ali formada produz “efeitos contra todos” e por isso a designação de coisa julgada *erga omnes*, adotada expressamente no art.

¹⁰⁴ Cf Ada Pellegrine Grinover. Controle de Constitucionalidade. Revista de Processo. São Paulo, v. 23, n. 90, abril/junho de 1998. Também Regina Maria Macedo Nery Ferrari. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5ª. ed., São Paulo: RT, 2004, p. 172.

103 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰⁵ Não obstante, existem diferenças relevantes entre as duas situações. Com efeito, a tutela nas ações coletivas é diferente da tutela nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Nas ações coletivas, há tutela subjetiva de direitos e, por isso, costuma-se dizer que o processo é subjetivo (ainda que nas ações coletivas que envolvam direitos difusos haja um elevado grau de objetivação). Nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, como antes destacado, o propósito fundamental é a tutela do ordenamento jurídico positivo. Por isso não se discute nesses processos qualquer pretensão de direito material resistida ou insatisfeita e, portanto, não há litígio propriamente dito, nem causa de pedir fechada, ação rescisória, assistência ou partes contrapostas (há requerente, mas não requerido). Ademais, eles podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico. Dessa forma, ao contrário do entendimento largamente defendido na doutrina, não existe uma relação de continência entre o processo coletivo e o processo objetivo. A única ligação ontológica entre eles é que ambos ultrapassam os limites de uma tutela meramente individual. Porém, o processo coletivo tem natureza subjetiva, diferente do processo objetivo das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Por tais razões, apesar de denominada genericamente como coisa julgada *erga omnes*, há diferença entre os regimes da coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e nas ações coletivas.¹⁰⁶

Em suma, o termo “*eficácia contra todos*” qualifica a coisa julgada formada nas ações de controle concentrado como *erga omnes*, no sentido de impor a estabilidade do *resultado* decorrente das decisões definitivas de mérito proferidas nessas ações (ou seja, a estabilidade da declaração de inconstitucionalidade ou

¹⁰⁵ “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; (...)” O art. 81, parágrafo único, por sua vez, estabelece que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (inciso I).

¹⁰⁶ COSTA, Eduardo José Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela das instituições. Revista de Processo, vol. 244, jun/2015.

constitucionalidade do ato normativo contida no dispositivo das decisões de controle concentrado de constitucionalidade¹⁰⁷).

O *efeito vinculante* não se confunde com a extensão *erga omnes* agregada à coisa julgada. Todavia, existe intensa discussão sobre o significado e o alcance objetivo e subjetivo do *efeito vinculante* das decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Parte da doutrina entende que o efeito vinculante decorreria automaticamente da eficácia *erga omnes* das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado.¹⁰⁸ Por outro lado, há quem identifique a diferença na possibilidade do uso da reclamação constitucional como meio de impugnação da decisão, que é previsto apenas para as decisões com efeito vinculante e não quando o efeito é apenas *erga omnes*. Nesse sentido, a eficácia vinculante seria um reforço à eficácia *erga omnes*.¹⁰⁹ Mas há também quem entenda que a eficácia vinculante teria como objetivo assegurar força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão (alcançada já pela eficácia *erga omnes*), mas também aos seus fundamentos determinantes, com o propósito de tornar obrigatório o entendimento adotado pelo STF em situações análogas.

Segundo Gilmar Mendes, que defende essa última posição, a inspiração do efeito vinculante veio do direito alemão, mais especificamente do § 31-2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Alemão. O propósito do legislador alemão,

¹⁰⁷ O objeto da declaração poderá ser mais amplo ou restrito em função do instrumento utilizado. Assim, pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade lei ou ato normativo federal ou estadual, enquanto o objeto da ação declaratória de constitucionalidade é mais restrito, na medida em que só pode ser questionado lei ou ato normativo federal. Por outro lado, o objeto da arguição de preceito fundamental é bem mais amplo para atingir “ato do poder público federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (ADPF 1 QO, rel. min. Néri da Silveira, j. 3-2-2000, P, DJ de 7-11-2003).

¹⁰⁸ Nesse sentido ADA PELEGRINI GRINOVER (Controle de Constitucionalidade. Revista de Processo. São Paulo, v. 23, n. 90, abril/junho de 1998, p.7) e JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de direito constitucional positivo. 11ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 63).

¹⁰⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4ª. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 178. Também nesse sentido ANDRÉ RAMOS TAVARES, para quem o efeito vinculante “vai implicar um *plus* em relação à eficácia *erga omnes*, já que cria a possibilidade de medidas de ordem processual, como a reclamação por afrontada autoridade do Supremo Tribunal Federal. Com o efeito vinculante retira-se a discricionariedade de desconsideração da lei por parte dos órgãos do Judiciário e do Executivo” (Curso de direito constitucional, 16ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 282).

segundo Gilmar Mendes, no sentido de “dotar a decisão de uma eficácia transcendente” tem explicação no fato de que na Alemanha, diferente do que acontece no Brasil, os juízes não têm competência para enfrentar a questão da inconstitucionalidade em todo e qualquer processo (controle difuso). Lá apenas o Tribunal Constitucional tem essa competência (só há o controle concentrado). Então, quando a questão surge, não por via de ação direta, mas incidentalmente, ela é encaminhada ao Tribunal Constitucional através de arguição de inconstitucionalidade. Não obstante, qualquer que tenha sido a origem da questão (por via incidental ou por via direta) a decisão a seu respeito ganha transcendência por força dessa disposição da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional de modo que produza efeitos vinculantes para além das partes do processo do qual se originou. Por outro lado, como relata ainda o referido autor, estaria consolidado no direito tedesco o entendimento no sentido de que esse efeito vinculante abrangeria não só a parte dispositiva da sentença como também os motivos ou os fundamentos determinantes que levaram à decisão.¹¹⁰

Nessa mesma linha, Roger Stiefelmann Leal explica que a adoção do efeito vinculante para as decisões de controle abstrato de constitucionalidade teve o intuito de combater a recalcitrância tanto de órgãos legislativos, como judiciais em cumprir as decisões proferidas, em última instância, pela jurisdição constitucional,

¹¹⁰ Segundo GILMAR MENDES: “Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Consequência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C. (Cf. Christian Pestalozza, comentário ao § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão (*Verfassungsprozessrecht*), 2ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 1982, pp. 170/171, que explica o efeito vinculante, suas consequências e a diferença entre ele e a eficácia seja *inter partes* ou *erga omnes*).” (MENDES, Gilmar. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas, Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999, <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>, última consulta em 29.09.2020.

caracterizada sobretudo pela reiteração material de atos e condutas declarados inconstitucionais.¹¹¹ Como observa Leal, em alguns países europeus, notadamente Alemanha e Espanha, não afeitos propriamente à prática do *stare decisis*, percebeu-se a necessidade de reforçar a eficácia das decisões prolatadas no âmbito da jurisdição constitucional, de modo que os demais poderes do Estado, inclusive os tribunais e a administração pública, estivessem vinculados não só à parte dispositiva da decisão, mas também aos motivos, princípios e interpretações que lhe serviram de fundamento.¹¹² Assim, “a imposição da *ratio decidendi* que presidiu a decisão aos demais poderes teria como efeito normativo necessário a proibição do uso do expediente da reiteração do comportamento julgado inconstitucional, bem como a obrigação de eliminar os demais atos que encerram o mesmo vício apontado. Esse acréscimo eficaz denominou-se efeito vinculante (*Bindungswirkung*)”¹¹³

¹¹¹ O autor menciona, no caso do Brasil, diversos exemplos de descumprimento legislativo de entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal. Dentre eles cita a edição da Lei 9.844/93 pelo Poder Legislativo do Estado do Rio Grande do Sul para considerar como efetivamente exercidos os dias de paralização do magistério público estadual, quando o STF já havia julgado inconstitucional lei anterior com o mesmo conteúdo e vício de iniciativa por não decorrer de ato do Poder Executivo (ADI MC 864-1/RS, Min. Moreira Alves DJU de 17-9-1993). Da mesma forma a aprovação da Lei 2.130/93 do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de assegurar a prestação de serviço de empacotamento de mercadorias por todos os supermercados e estabelecimentos assemelhados, sob pena de multa, quando o STF já havia declarado inconstitucional outro diploma legal (Lei 1914/91) da mesma unidade federativa que estabelecia a mesma exigência, também sob pena de multa, por julgar que a competência legislativa era da União (ADI MC 907-9/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 3-12-1993). A mesma prática havia sido também adotada pelo legislador do Estado do Espírito Santo, ao aprovar a Lei 5.990/99, que tinha por finalidade autorizar o Poder Executivo a reter parcela dos vencimentos dos servidores públicos estaduais, postergando seu pagamento, de modo a manter as despesas públicas com pessoal no limite de 60% das receitas correntes líquidas, quando o STF já havia, com fundamento no direito à irredutibilidade dos vencimentos, suspenso a eficácia da Lei 5.827/99 do Estado do Espírito Santo, que também delegava poderes ao Executivo estadual para adiar, por doze meses, o pagamento de 20% dos vencimentos dos servidores estaduais sob a mesma justificativa (ou seja, o novo diploma legal se limitava a reproduzir, com diferente prazo e percentual, a medida já rejeitada pelo STF por violação do direito à irredutibilidade dos vencimentos). No âmbito judicial, o autor cita como exemplo de recalcitrância judicial os inúmeros julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que consideravam de aplicabilidade imediata e eficácia plena o §3º do art. 192 da CF, que fixava o limite máximo de 12% ao ano de taxa de juros reais, apesar da farta jurisprudência do STF em sentido contrário, inclusive em ação direta de inconstitucionalidade ADI 4, Rel. Min. Sidney Sanches, DJU de 25-6-93. (LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103-110).

¹¹² Nesse ponto residiria o principal motivo para o transplante do efeito vinculante para o direito brasileiro: a intenção de vincular não só o que ficou decidido sobre a validade ou não de uma norma específica (o que constitui finalidade da coisa julgada *erga omnes*), mas também estabelecer uma vinculação sobre a tese que levou a essa decisão, estabelecendo com isso um precedente obrigatório, especificamente em relação àqueles vinculados por esse efeito. Mas havia também outro propósito evidente: eliminar a recalcitrância, principalmente dos demais órgãos do Judiciário, em observar as decisões do Supremo.

¹¹³ LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 113.

André Dias Fernandes adota posição semelhante. Para esse autor, a coisa julgada *erga omnes* e o efeito vinculante têm âmbitos de atuação diversos. Este não é mera expansão dos limites objetivos da coisa julgada *erga omnes*. A finalidade desses dois institutos seria diversa: enquanto a coisa julgada *erga omnes* serviria para tornar imutável e indiscutível a decisão definitiva de mérito na ADI e ADC, o efeito vinculante tornaria obrigatória a aplicação dessa decisão a hipóteses similares. Os limites subjetivos também seriam diversos: enquanto a coisa julgada *erga omnes* atingiria a todos, inclusive o próprio STF, impedindo-o de redécidir a mesma lide objetiva, o efeito vinculante não atingiria o STF que assim poderia decidir de forma diferente sobre norma de conteúdo semelhante. Nessa linha, a sua conclusão é de que “o efeito vinculante consiste na obrigação dos órgãos do Poder Judiciário, à exceção do STF, e da Administração Pública direta e indireta (federal, estadual e municipal) de decidir, em situações análogas, em conformidade com a decisão do STF na ADIn ou na ADC. Já a coisa julgada *erga omnes* consiste na imutabilidade e indiscutibilidade, por quem quer que seja, da decisão final de mérito do STF em ADIn ou ADC, impedindo que se decida de novo a mesma questão constitucional que já foi decidida pelo STF.”¹¹⁴

Essa última posição, que defende que o efeito vinculante se estenda aos fundamentos determinantes da decisão, ficou conhecida como a teoria da “eficácia transcendente dos motivos determinantes”. Algumas decisões do STF chegaram a acolher essa posição.¹¹⁵ No entanto, prevaleceu o entendimento no sentido de rejeitar a eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.¹¹⁶

¹¹⁴ FERNANDES, André Dias. Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC. Efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*. 2ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 200-1).

¹¹⁵ Rcl 1987/DF, Plenário, Relator Ministro Maurício Corrêa, j. 1/10/2003; Rcl 2.363, Plenário, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento 23.10.2003.

¹¹⁶ Rcl 2.990-AgR, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 16.08.2007; Rcl 7.956-AgR, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento 19-09-2013.

Esse entendimento de que seria descabida a referida teoria da transcendência dos motivos determinantes parte, em grande medida, da premissa segundo a qual não se poderia estender a eficácia vinculante da decisão para seus fundamentos porque incompatível com a ideia de coisa julgada em nosso sistema.¹¹⁷ Ou seja, a questão foi decidida como se tratasse da tentativa de extensão da eficácia própria de coisa julgada (imutabilidade e indiscutibilidade) para imunizar os fundamentos determinantes. Essa premissa, porém, embaralha eficácias completamente diferentes (eficácia vinculante própria da coisa julgada com eficácia vinculante típica do precedente obrigatório).¹¹⁸

De todo modo, o entendimento que prevaleceu no STF é no sentido de que o efeito vinculante estabelecido no art. 102, § 2º, da CF, em relação aos seus limites objetivos, é limitado ao dispositivo da decisão proferida em controle concentrado.

¹¹⁷ A Rcl 1.987 (Relator Min. Maurício Corrêa) ilustra bem essa confusão entre efeito vinculante da coisa julgada e efeito vinculante do precedente (que abrange os motivos determinantes) nos debates daquela Corte. Essa reclamação foi conhecida e provida por maioria para afastar ato do TRT da 10ª Região por afronta à decisão proferida na ADI 1662/SP (que versou sobre outro ato). Nela travou-se intenso debate sobre a questão da admissibilidade da reclamação diante da extensão do efeito vinculante para os fundamentos da decisão em ADI. Acabou afirmado por maioria, naquela ocasião específica, a “admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, *ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua*.” Vê-se do voto do Min. Carlos Velloso, por exemplo, que a eficácia vinculante seria “inerente à natureza da decisão proferida em ação direta” e estaria “sujeita a uma limitação objetiva: o ato normativo objeto da ação, o dispositivo da decisão vinculante, não os seus fundamentos”. O voto do Min. Sepúlveda Pertence foi contrário à tese de que uma decisão poderia ser objeto de reclamação ao contrariar os fundamentos determinantes da decisão de inconstitucionalidade, sob o argumento de que se estaria transformando “em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão”. De acordo com o voto do Min. Marco Aurélio, por sua vez, a atribuição de efeito vinculante à fundamentação equivaleria à admissão de coisa julgada em relação aos fundamentos da decisão (“parte-se para o princípio da transcendência – e, aí, vislumbra-se a coisa julgada quanto aos fundamentos da decisão da corte. Nem mesmo no campo civil temos coisa julgada de fundamentos. A coisa julgada diz respeito, de início – como está no art. 469 do CPC – à parte dispositiva do julgado.”). Posteriormente consolidou-se o entendimento no sentido oposto, ou seja, da inadmissibilidade da reclamação em casos como esse justamente porque o efeito vinculante não alcançaria a fundamentação.

¹¹⁸ Sobre essa discussão Marinoni observa, de forma precisa, que “afirmar que a coisa julgada não recai sobre os fundamentos para concluir que estes não são atingidos pela eficácia vinculante é não apenas utilizar premissa falsa e chegar à conclusão equivocada. É mais do que isso, utilizar premissa que não tem qualquer relação lógica com a conclusão. Não é possível sustentar que os fundamentos não vinculam em razão de a coisa julgada não lhes dizer respeito. O raciocínio, como se viu, está muito mal posto. A coisa julgada diz respeito às questões, mas não obstante isso, não tem o propósito da eficácia vinculante. Ora, a coisa julgada sobre questão diz respeito a decisão sobre questão prejudicial, ao passo que a eficácia vinculante se refere ao entendimento da Corte Suprema sobre o direito. Os objetivos são completamente distintos. Significa que pouco importa buscar resposta à pergunta a respeito de quais são os limites objetivos da coisa julgada, já que o real problema está em saber qual é a porção da decisão que revela o entendimento da Corte e, portanto, quais são os limites objetivos da eficácia vinculante”.

Em relação aos seus limites subjetivos, esse efeito vinculante tem como destinatários os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Essa vinculação, por outro lado, não inclui o próprio STF, tampouco o legislador. Dessa forma, esse efeito vinculante seria um reforço à estabilidade do resultado constante da decisão proferida em controle de constitucionalidade (ou seja, um reforço para a coisa julgada *erga omnes* nas ações de controle concentrado), possibilitando, inclusive, o uso da reclamação como meio de controle de atos contrários ao dispositivo dessa decisão. Esse efeito vinculante previsto no art. 102, § 2º, da CF e interpretado conforme o entendimento prevalecente no STF, será aqui denominado *efeito vinculante constitucional* agregado à coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Diante desses contornos, é preciso então distinguir esse efeito vinculante constitucional agregado à coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade do efeito vinculante próprio dos precedentes obrigatórios, que agora, por força do art. 927, I, do CPC, se agrega ao *precedente constitucional vinculante* formado a partir também dessas mesmas ações de controle concentrado de constitucionalidade (mas não só dessas ações, como se verá adiante).

Como já destacado, o efeito vinculante do precedente é aquele que decorre da norma do precedente extraída dos fundamentos determinantes da decisão. Não se trata de tornar esses fundamentos imutáveis e indiscutíveis, mas de obrigar a sua observância em casos posteriores similares desde que identificado o mesmo contexto fático-jurídico em que se formou o precedente. Portanto, quanto aos limites objetivos, essa vinculação do precedente abrange os fundamentos determinantes, ou seja, aqueles fundamentos relevantes e necessários que justificam a solução encontrada para a questão ou caso (*ratio decidendi*), excluídos assim os argumentos laterais e irrelevantes para a solução (*obiter dictum*), como antes explicado. Com relação aos limites subjetivos, essa vinculação existe para todos os órgãos judiciais. Assim, no caso do precedente constitucional, essa vinculação abrange inclusive o próprio STF, órgão formador desse precedente

constitucional.¹¹⁹ A diferença é que a vinculação é absoluta para os demais órgãos judiciais, enquanto para o STF ela é relativa, na medida em que comporta superação.¹²⁰

Dessa forma, é possível falar do *efeito vinculante constitucional* que se agrega à decisão nas ações de controle concentrado (art. 102, § 2, CF, e) e do *efeito vinculante processual* que se agrega ao precedente constitucional (art. 927 CPC). Com isso é possível harmonizar o entendimento do STF com as regras que compõem a teoria de precedentes adotada pelo atual CPC.

¹¹⁹ Nesse sentido Enunciado 168 FPPC: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.”

¹²⁰ Essa vinculação decorre do dever de autorreferência, ínsita à ideia do *stare decisis*.

Título 3. Deveres norteadores da formação e da aplicação do precedente e da jurisprudência

1. Considerações iniciais

O artigo 926 do Código de Processo Civil estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Os parágrafos 1º e 2º complementam essa regra ao dispor que “os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”, devendo “ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

O artigo 927, por sua vez, determina que os juízes e os tribunais observem os diferentes provimentos judiciais nele elencados, mais especificamente: (a) as decisões do Supremo Tribunal Federal 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 Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e (e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Conforme estabelecido no § 1º do art. 927, qualquer decisão, de juiz ou de tribunal, singular ou colegiada, embasada na aplicação de um desses provimentos judiciais, deve observar o disposto no art. 10 (exigência de contraditório prévio e vedação da decisão surpresa)¹²¹ e no art. 489, § 1º (exigência de fundamentação analítica adequada)¹²².

¹²¹ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹²² “Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar

O artigo 927 ainda estabelece regras para a modificação desses provimentos ao prever que (a) “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” (§ 2º do art. 927); (b) “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (§ 3º do art. 927); e (c) “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de 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” (§ 4º do art. 927).

Por fim, o artigo 927, no seu § 5º, determina que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

Esses dispositivos prescrevem deveres aos órgãos judiciais referentes à formação, aplicação e modificação dos precedentes e da jurisprudência. Trata-se da imposição de condutas obrigatórias cuja inobservância repercute negativamente para a ineficiência da atividade jurisdicional e podem acarretar, conforme o caso, na invalidade e na ineficácia dos pronunciamentos judiciais. O ato judicial praticado em desacordo com esses deveres, portanto, pode ser objeto de controle no âmbito do processo, conforme os meios de impugnação previstos na legislação processual. Também pode dar ensejo ao controle correicional em situações específicas, inclusive com aplicações de sanções administrativas e disciplinares. A realidade é que não há como regular o uso de precedentes, sobretudo vinculantes, no ordenamento brasileiro, sem a observância desses deveres.

a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; 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.”

2. Dever de uniformização

O papel dos tribunais, no estado de direito democrático contemporâneo, não se esgota na solução de conflitos intersubjetivos. Os tribunais também exercem função essencial na construção do direito através dos precedentes e da jurisprudência. Isso ocorre não somente em situações de lacuna, mas toda vez que os tribunais interpretam a lei para solucionar os casos concretos que lhes são submetidos. Com efeito, as situações concretas podem se mostrar complexas ou apresentar aspectos não identificados imediatamente na literalidade do enunciado normativo. Cabe então aos tribunais interpretar o enunciado normativo para aplicá-lo na solução dos casos concretos, observados os limites semânticos do texto e as normas constitucionais que constituem o seu fundamento de validade. Essa atividade de interpretação do enunciado normativo à luz do contexto do caso concreto agrega significado na reconstrução da norma jurídica aplicada na sua solução.

Mas esse papel de reconstrução ou densificação da norma jurídica fica comprometido em um cenário de decisões antagônicas ou conflitantes a respeito de questão jurídica idêntica ou assemelhada. Em princípio, uma mesma questão jurídica pode comportar diferentes soluções, seja a partir de diferentes interpretações de um mesmo enunciado normativo ou mesmo por força da aplicação à hipótese de diferentes enunciados. Essas decisões, na medida em que permitem soluções díspares em um mesmo ordenamento jurídico, são tidas como conflitantes. Tal situação não é desejável, pois compromete a estabilidade e a isonomia das relações jurídicas. Não se pode admitir a aplicação de soluções díspares para quem se encontra diante de situações jurídicas idênticas ou assemelhadas. Nesse caso, em vez da construção do direito tem-se o caos jurídico, fruto da insegurança e da imprevisibilidade provocadas pelas decisões conflitantes. A forma de coibir tal situação é promover a uniformização da jurisprudência.

No contexto atual, a uniformização da jurisprudência passou a ser expressamente um dever dos tribunais (art. 926 do CPC). Esse dever significa que os tribunais não podem se omitir diante da divergência de entendimento acerca de questão jurídica idêntica ou assemelhada, tendo a obrigação, uma vez constatada

essa divergência, de promover a unidade de entendimento em torno de uma mesma solução, de modo sempre a garantir a isonomia e a segurança jurídica. Esse dever de uniformização se aplica a todos os tribunais quando estiverem diante da divergência entre seus órgãos fracionários (divergência interna), assim como os tribunais superiores quando lhes for demonstrada a existência de divergência entre os diferentes tribunais do país (divergência externa).¹²³

Por outro lado, o dever de uniformizar, para ser efetivo, exige a concretização de uma série de tarefas, quais sejam, *(i)* a permanente monitoração da jurisprudência pelos próprios tribunais; *(ii)* a instauração de procedimentos específicos que permitam ampla discussão sobre os temas objeto de uniformização;¹²⁴ *(iii)* a formalização dos entendimentos uniformizados em súmulas e *(iv)* a sua adequada publicidade com intuito de orientar a sua aplicação.

3. Dever de estabilidade

O artigo 926 estabelece, além do dever de uniformização, a obrigação dos tribunais manterem a sua jurisprudência estável. Embora configurem deveres distintos, a estabilidade pressupõe a uniformização. Uma vez uniformizada a jurisprudência, cabe aos tribunais mantê-la estável. O dever de estabilidade implica, assim, a obrigação de preservar o entendimento uniformizado dali em diante. Nesse

¹²³ Embora o enunciado do artigo 926 faça referência ao dever de os tribunais uniformizarem a “sua” jurisprudência, isso não significa que a uniformização só possa ser exigida no âmbito interno de cada tribunal. A própria organização do Judiciário brasileiro, com uma estrutura hierárquica entre os tribunais e com suas competências estabelecidas constitucionalmente, denota a função precipuamente uniformizadora dos tribunais superiores. A ponto de autores, como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, referirem-se aos tribunais superiores como Cortes de Precedentes. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. XV, Artigos 926 ao 975, 2ª Ed. São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018, p. 41 e ss).

¹²⁴ Tratando-se de um dever dos tribunais e, portanto, decorrente do interesse público, não se pode mais conceber instrumentos de uniformização que dependam unicamente da vontade das partes litigantes. Essa premissa está presente nos mais variados instrumentos previstos no CPC atual, como no IAC, IRDR e no julgamento de recursos especiais e extraordinários. Em todos esses casos, que tem como objetivo principal uniformizar o entendimento em torno de questão jurídica repetitiva ou relevante, o próprio órgão jurisdicional tem legitimidade para suscitar a necessidade de uniformização por meio de incidente. Além disso, uma vez suscitado o incidente, não há espaço para desistência ou abandono. Essas são algumas das características que evidenciam a natureza objetiva desses incidentes.

sentido, os deveres de uniformização e de estabilidade se complementam, atuando em momentos sucessivos.

Por outro lado, estabilidade não pode ser confundida com estagnação. A estagnação denota aquilo que não se altera sob nenhuma circunstância. A estabilidade, por sua vez, significa a solidez e a imutabilidade diante de um mesmo contexto. Havendo alteração das circunstâncias jurídicas, políticas, econômicas ou sociais, que levaram à adoção de determinada interpretação diante de um contexto fático não mais existente, abre-se a possibilidade de superação do entendimento.

Jurisprudência estável é aquela formada por reiteradas decisões, sempre em um mesmo sentido, sem divergências, e, portanto, que não se altera diante das mesmas circunstâncias, indicando de forma clara e precisa o posicionamento consolidado dos tribunais a respeito de determinada matéria. Mantido o mesmo contexto de interpretação e de aplicação da norma, a jurisprudência deve se manter inalterada, a fim de garantir a segurança jurídica e a isonomia. Por outro lado, havendo mudança de contexto, nada impede uma mudança também de posicionamento do tribunal visando à eventual adequação da norma diante da nova situação concreta. Mas para se afastar do posicionamento anterior, os tribunais devem fazê-lo sempre de forma justificada, por meio de fundamentação qualificada (específica e adequada), conforme disposto no art. 489, § 1º, VI, do CPC, ou seja, expondo as razões que justifiquem ou a distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento antes consolidado (*overruling*). Do contrário, ausente essa fundamentação qualificada, haverá mudança arbitrária de entendimento e, conseqüentemente, nulidade da decisão. Além disso, no caso específico da superação, o direito brasileiro, como se verá adiante, estabelece diferentes meios para promover essa mudança de entendimento conforme a natureza do provimento judicial que fixou o precedente. Assim, por exemplo, o mecanismo de superação depende de o precedente vinculante ter sido fixado em controle concentrado, em súmula vinculante, em súmula comum, ou através de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Dessa forma, pelo ordenamento em vigor, a superação pressupõe não só a fundamentação qualificada, mas também a forma adequada.

A jurisprudência estável, portanto, não é inalterável. Mas a sua alteração exige a adequada utilização das técnicas de distinção e de superação. Essas técnicas, portanto, não são incompatíveis com a ideia de estabilidade. Muito pelo contrário, estão a ela associadas. Ademais, a estabilidade pressupõe a observância pelos tribunais da sua própria jurisprudência, como também da jurisprudência dos tribunais superiores.¹²⁵

4. Dever de integridade

Além dos deveres de uniformização e de estabilidade, o art. 926 prescreve a observância de outros dois deveres, usando termos muito difundidos nos estudos contemporâneos de teoria do direito: integridade e coerência.¹²⁶ Para alguns, esses termos são, inclusive, sinônimos.¹²⁷ A lei processual brasileira, no entanto, os prevê

¹²⁵ Nesse sentido dispõe o enunciado 316 do FPPC (art. 926): “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários.” Também o Enunciado 453 do FPPC: “A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes.”

¹²⁶ O termo “coerência” é largamente disseminado na teoria geral do direito. Já o termo “integridade” é bastante identificado com as ideias de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-279). Em vista dessa identificação, diversos autores explicam o dever de integridade previsto no art. 926 do CPC associando-o ao pensamento de Dworkin. Nesse sentido, exemplificativamente, Ronaldo Cramer (Precedentes judiciais, cit) e Alexandre Freitas Câmara (Levando os padrões decisórios a sério, cit.). Outra ideia relacionada ao conceito de integridade exposto por Dworkin e comumente referida pela doutrina brasileira é a da analogia a um “romance em cadeia”, no qual diferentes autores se encarregam de escrever capítulos subsequentes de um mesmo romance, mas que devem guardar correlação entre si. No entanto, como observa Zaneti (O valor vinculante dos precedentes, cit), a questão é saber “se o CPC adotou alguma particular teoria da justiça ou se, ao contrário, pode ser compreendido como uma orientação dogmática para superar eventuais divergências teórico-filosóficas. Nesse sentido, é bom observar que há grande convergência na teoria jurídica e na filosofia jurídica atual sobre a importância dos deveres de consistência/coerência em sentido estrito e integridade/coerência em sentido amplo. A coerência, no sentido amplo (*integridade*, art. 926, *caput*), é um tema central para toda teoria do direito hoje. Por isso, é melhor compreender integridade, do CPC/2015, em conjunto com o termo coerência em sentido amplo, desfazendo a conexão forte com a concepção de *integridade* de Dworkin. A convergência coerência/integridade limita-se a reconhecer o aspecto mais amplo dos conceitos de coerência e integridade, ligados aos princípios jurídicos e a possibilidade de se dar um sentido conjunto às normas jurídicas (“*hanging together*” e “*manking sense*”), a partir da justificação das decisões judiciais em um contexto mais geral de unidade do direito.” (ZANETI Jr, Hermes. O valor vinculante dos precedentes, cit., p. 366)

¹²⁷ Aleksander Peczenik, por exemplo, identifica uma identidade de sentidos entre as expressões “coerência” e “integridade” (este último no sentido usado por Dworkin). (On Law and Reason, Springer; 2nd ed., 2008) Já MacCormick distingue “coerência” de “consistência” (sendo que na tradução brasileira do seu livro, o termo “*consistency*” foi traduzido como “coesão”). (MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução Waldéa Barcellos. São

como deveres distintos. É preciso assim compreender o seu significado no contexto específico da legislação brasileira para se obter o máximo de efetividade da norma.

A palavra integridade tem origem no latim *integritate* e significa a qualidade ou estado do que é íntegro, ou seja, o que está inteiro, completo, que não sofreu qualquer diminuição. Nesse sentido, integridade tem a ver com unidade. Mas este não é o único significado do termo. É muito comum o seu uso em sentido figurado, que traduz a ideia de honestidade, retidão, imparcialidade. Integridade, assim, também é a qualidade atribuída a alguém que tem conduta reta, honrosa, ética, justa. Normalmente quando se fala que uma pessoa é íntegra significa que ela é honesta, honrada. Na linguagem do Código de Processo Civil, a conduta reta do julgador é associada à ideia de imparcialidade. Algumas situações de parcialidade são presumidas, de forma absoluta ou relativa, pelo legislador e, por isso, invalidam a decisão. São as hipóteses, respectivamente, de impedimento e de suspeição.

Dessa forma, ao estabelecer o dever de integridade, o artigo 926 o faz com o sentido de obrigação de manter a *unidade* da jurisprudência e, mais amplamente, do próprio ordenamento jurídico (coerência em sentido amplo). O ordenamento jurídico é um só, embora composto de normas de diferentes naturezas e hierarquia. O julgador deve julgar em conformidade com o ordenamento jurídico, considerado no seu todo, e não aplicando uma norma isolada, como se ela pudesse ter existência independente e destacada do contexto normativo no qual está inserida.

Essa noção de integridade está relacionada também ao princípio *jura novit curia*, segundo o qual o julgador não está adstrito aos argumentos jurídicos trazidos pelas partes, podendo, ao apreciar a causa, aplicar outras normas jurídicas aplicáveis aos fatos narrados e inicialmente não cogitadas pelas partes, desde que não desborde dos limites objetivos da demanda, ou seja, ao pedido delimitado pela

causa de pedir (art. 492, CPC¹²⁸),¹²⁹ e jamais sem antes submeter esse argumento ao contraditório prévio das partes (art. 10 do CPC¹³⁰).

Esse dever fica ainda mais evidente quando há alegação expressa da parte no sentido da incidência de múltiplas normas para a solução do caso. Diante dessa situação, o julgador não pode omitir-se de apreciar a alegação, a menos que encontre solução que torne desnecessária ou prejudicada essa análise. Por outro lado, há situações em que a necessidade de enfrentamento de todos os argumentos é reforçada, não se esgotando a tarefa do julgador na adoção de argumento suficiente. Nesse sentido, como desdobramento do dever de integridade especificamente em relação aos procedimentos de formação concentrada de precedentes, o art. 984, § 2º, do CPC, determina que, no julgamento do incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR), “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários”.¹³¹ De forma semelhante, o art. 1038, § 3º, que regula o julgamento dos recursos extraordinário e especiais repetitivos, impõe a análise de “todos os fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”.¹³² Essas

¹²⁸ “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

¹²⁹ Assim, o princípio *jura novit curia* não permite que o julgador possa decidir com base em outra causa de pedir diversa daquela que identifica a demanda que lhe é submetida para julgamento. Todavia, nas ações de controle concentrado de constitucionalidade é diferente. Nelas não se discutem relações jurídicas concretas e, portanto, não há que se falar em adstrição aos fatos da causa. Por outro lado, justamente pelo seu caráter objetivo, como antes já destacado, vigora a regra da causa *petendi* aberta, não estando o julgador, nessas causas, adstrito aos fundamentos ou à causa de pedir alegada pelo autor da ação.

¹³⁰ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

¹³¹ “Art. 984. (...) § 2º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.”

¹³² “Art. 1.038. § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.” (Na versão original do Código, esse artigo dispunha que deveriam ser analisados “todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários.” A sua redação, no entanto, foi alterada, ainda na *vacatio legis*, pela Lei n. 13.256/2016, que passou a exigir a análise apenas dos “fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”. No entanto, esse dispositivo deve ser analisado em consonância também com o disposto no art. 984, por se tratarem ambas de técnicas de julgamento de casos repetitivos, impondo-se dessa forma que as suas regras sejam harmonizadas. Assim, a nova expressão do § 3º deve ser compreendida para exigir a análise de todos os fundamentos (favoráveis ou contrários) que, de forma objetiva, efetivamente digam respeito à tese

duas regras devem ser interpretadas em conjunto, tendo em vista que ambas tratam de técnicas de julgamento de casos repetitivos, assim conceituados pelo art. 928, e formam um microssistema de formação concentrada de precedentes.¹³³

Por outro lado, o ordenamento não é um amontoado de normas, mas um sistema de normas. Assim, na busca pelo significado da norma é preciso analisar a sua compatibilidade com outras normas, sobretudo as constitucionais, fonte de validade das demais normas que compõem o sistema jurídico no estado de direito constitucional. Nesse sentido, é inerente à atividade de interpretação e aplicação da norma, para a solução do caso concreto, a eliminação ou a superação de eventuais incompatibilidades entre normas, mediante o reconhecimento de invalidades ou revogações ou, ainda, a sua adequação ao texto constitucional (através do controle de constitucionalidade das leis). Essa obrigação de depuração do sistema também compõe o dever de integridade.

Além disso, não são apenas as normas gerais e abstratas que devem ser observadas pelo julgador. Assim também as normas dos precedentes, ou seja, a norma concretizada no julgamento de casos similares ou análogos e passíveis de universalização, e que, por isso, também integram o Direito. É sobretudo dessas normas que se cogita diante do dever de integridade em relação à jurisprudência e aos precedentes. Assim, nenhum caso pode ser julgado de forma isolada, como se a interpretação e a aplicação da enunciado normativo pudesse ficar aprisionado ao caso concreto, sem qualquer diálogo ou relação com julgamentos de outros casos semelhantes, sob risco de dar ensejo a soluções diferentes e, com isso, quebrar a

jurídica discutida (que sejam, portanto, relevantes do ponto de vista objetivo) e não, de forma subjetiva, os fundamentos que sejam considerados relevantes ou importantes pelo julgador.

¹³³ Nesse sentido, alargando o entendimento para o julgamento de todos os “casos repetitivos” (art. 928 CPC), incluídos, portanto, os casos de IRDR e de julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, o Enunciado 305 do FPPC: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida”. No entanto, essa regra deve ser ainda estendida para o IAC, que embora não seja incidente aplicável a casos múltiplos (processos repetitivos) diz respeito a questão relevante, com potencial para se repetir, a portanto, integra os mecanismos de formação concentrada de precedentes, aos quais devem se aplicar as referidas regras e não apenas aos *casos repetitivos* em sentido estrito (processos repetitivos ou demandas seriais). Esse tema será abordado mais adiante quando da discussão da tipificação dos precedentes vinculantes no direito brasileiro.

unidade do sistema, ao permitir a convivência de normas incompatíveis.¹³⁴ O dever de integridade, assim, impõe a obrigação dos tribunais observarem o ordenamento jurídico em sua unidade, nele inserido não só a lei, como também a jurisprudência e, em especial, os precedentes vinculantes.

5. Dever de coerência

Coerência, no sentido comum, é a qualidade que denota a existência de uma ligação ou nexo entre fatos ou ideias. O termo evoca as ideias de conexão e de harmonia. Ser coerente, assim, é ser racional, evitando contradições, não deixando margem para dúvidas. Esse mesmo sentido de coerência serve de ponto de partida para a compreensão do dever imposto aos tribunais de manterem a sua jurisprudência coerente. Além disso, a exigência de coerência produz efeitos em duas dimensões: uma interna e outra externa à decisão judicial. Assim, é possível compreender o dever de coerência a partir da análise dessas duas dimensões complementares.

A dimensão interna do dever de coerência relaciona-se à construção da decisão judicial. Há nessa dimensão um aspecto formal e outro substancial. O aspecto formal está ligado à ideia de não-contradição interna da decisão. Assim, sob esse aspecto, o dever de coerência exige a coesão entre os elementos da decisão. Já o aspecto substancial está ligado à ideia de produção de sentido da decisão. Desse modo, o dever de coerência, sob o aspecto substancial, relaciona-se com o dever de fundamentação e, conseqüentemente, com a construção do precedente. Ainda sob esse aspecto, para ser coerente a decisão judicial deve estar alinhada com os conceitos jurídicos fornecidos pela ciência jurídica.¹³⁵ Portanto, “não é qualquer

¹³⁴ Nesse sentido o Enunciado 456 do FPPC (art. 926): “Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico.”

¹³⁵ Assim, o significado de termos como capacidade, prova, cognição (conceitos jurídicos fundamentais trabalhados pela Teoria Geral), ou apelação, inspeção judicial, reconvenção (conceitos jurídico-positivos) devem ser observados, não podendo ser ignorados ou adulterados, sob pena de incoerência da decisão.

interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos.”¹³⁶

A dimensão externa do dever de coerência, por sua vez, exige dos tribunais a congruência com as suas decisões anteriores, a fim de evitar rupturas ou quebras injustificadas da jurisprudência e, com isso, promover o seu desenvolvimento. Essa ideia de coerência é bem ilustrada com a metáfora do “romance em cadeia” elaborada por Dworkin.¹³⁷ Tal como diferentes autores de vários capítulos de um mesmo romance, cada julgador escreve um capítulo da jurisprudência, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior, para não quebrar a coerência.¹³⁸ Nesse sentido, o dever de coerência impõe o diálogo dos tribunais com os precedentes, não só para assegurar a observância desses precedentes acerca de questão jurídica idêntica ou assemelhada, mas também para possibilitar, quando for o caso, a sua adequada distinção ou superação.¹³⁹

Sob outra perspectiva, a exigência de coerência ocorre tanto numa dimensão vertical, como também horizontal. Em razão da estrutura hierárquica dos tribunais, os órgãos inferiores devem observar as decisões dos órgãos superiores sobre a mesma matéria (dimensão vertical). Mas os tribunais também devem observar as próprias decisões anteriores (dimensão horizontal). Nessa dimensão horizontal o dever de coerência se manifesta como um *dever de autorreferência*.¹⁴⁰ Nesse ponto

¹³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 51.

¹³⁷ Dworkin usa essa metáfora quando desenvolve o conceito de integridade. (DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-279). No presente trabalho, o que se entende por integridade está associado ao de coerência em sentido amplo (dever de integridade), enquanto o que Dworkin chama de integridade está aqui relacionado ao significado de coerência em sentido estrito (dever de coerência).

¹³⁸ Nessa linha, dispõe corretamente o Enunciado 166 do FPPC que: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente.”

¹³⁹ Como forma de assegurar o dever de coerência, o inciso I do parágrafo único do art. 1.022 do CPC, reputa omissa decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”.

¹⁴⁰ Enunciado 454 do FPPC (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I): “Uma das dimensões do dever de coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes.” (dever de autorreferência).

é importante observar que o dever de coerência não é exigido apenas em relação aos pronunciamentos vinculantes. Sua aplicação, tal como os deveres de estabilidade e de integridade, é mais ampla, pois envolve a aplicação de toda a jurisprudência. Quando há efeito vinculante existe a obrigatoriedade da aplicação do precedente. Porém, sempre que houver discussão sobre aplicação de qualquer precedente, ainda que não tenha efeito vinculante, haverá, no mínimo, a necessidade de fundamentação específica no sentido de aplicar ou afastar o precedente para a solução do caso.

Por outro lado, uma outra consequência do dever de coerência é a possibilidade de ajuste do precedente invocado, seja para ampliar ou restringir a sua *ratio decidendi*. Assim, o dever de coerência exige não só que a solução jurídica do precedente seja aplicada aos casos posteriores que versem sobre questão jurídica idêntica, como também impõe a sua adaptação quando o caso posterior apresentar diferenças que levam à restrição ou a ampliação da *ratio decidendi*, seja para explicitar, respectivamente, a exclusão ou a inclusão de determinadas hipóteses de incidência não contempladas originalmente no precedente (*distinguishing*). Assim também quando houver uma mudança de contexto que justifique uma revisão do posicionamento adotado no precedente, o tribunal competente tem o dever de afastar o precedente para dar solução diversa ao caso (*overruling*).¹⁴¹ Ou seja, a aplicação de soluções diferentes para casos que devam ter o mesmo tratamento, em especial quando houver pronunciamento vinculante a respeito, viola o dever de coerência. Da mesma forma, também atenta contra a coerência aplicar o precedente em caso posterior para cuja solução não deva ele ser aplicado. Nesse sentido é possível falar aqui em duas outras dimensões distintas do dever de coerência: uma dimensão positiva, que impõe a aplicação do entendimento aos casos similares, e uma dimensão negativa, que impede a utilização de teses jurídicas construídas em determinado contexto fático em outras situações distintas.¹⁴²

¹⁴¹ Nesse sentido o Enunciado 457 do FPPC (art. 926): “Uma das dimensões do dever de integridade [*rectius* coerência] previsto no caput do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico.”

¹⁴² Cf. MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Súmulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 107.

Estabilidade, integridade e coerência, portanto, são conceitos distintos, mas estão inter-relacionados. Estabilidade está ligada à ideia de manutenção da jurisprudência, a integridade está relacionada à exigência de unidade e coesão na interpretação e aplicação das normas que compõem o ordenamento jurídico (coerência em sentido amplo), enquanto a coerência está ligada à ideia de consistência, de não-contradição, de exigência de não decidir casos análogos contrariamente a decisões anteriores, ressalvadas as hipóteses de distinção e superação (coerência em sentido estrito)¹⁴³. Essas diferenças conceituais, no entanto, são menos importantes do que a compreensão conjunta desses deveres a fim de assegurar a força projetada pela atual legislação para a jurisprudência e, em especial, para o uso de precedentes vinculantes.

6. Dever de formalização

De acordo com o § 1º do art. 926 “os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. A jurisprudência dominante, como referido anteriormente, é o conjunto maior de decisões reiteradas sobre uma mesma questão. Essas decisões podem ser a reiteração de um precedente, que pela primeira vez resolveu a questão, ou podem ser sucessivos precedentes, que em seu conjunto resolveram vários aspectos dessa mesma questão (e, dessa forma, ampliam ou restringem a incidência do precedente inicial). De acordo então com esse dispositivo, os tribunais devem fazer o monitoramento da jurisprudência dominante, para identificar o precedente e as reiteradas decisões acerca de determinada questão, e formalizar o seu reconhecimento através da edição de enunciados de súmula. Nos termos do artigo 927, II e IV, do CPC, somente a jurisprudência dominante, assim identificada formalmente através de enunciados

¹⁴³ Enunciado 455 (art. 926): “Uma das dimensões do dever de coerência é o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação.” Portanto, ao decidir, o julgador deve interpretar e aplicar as normas jurídicas determinantes para a solução do caso concreto de forma harmoniosa e em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico (dever de integridade ou coerência em sentido amplo), como também deverá observar as decisões que já resolveram casos similares àquele em julgamento e que, assim, constituem precedentes para a solução do caso presente, ainda que seja para distinguir ou superar esse entendimento, observados os requisitos formais e materiais estabelecidos em lei (dever de coerência ou coerência em sentido estrito).

de súmula, tem o condão de agregar eficácia obrigatória ou vinculante aos precedentes ou conjuntos de precedentes que se encontram na origem da reiteração das decisões.

Esse reconhecimento formal da jurisprudência dominante em enunciados de súmula não é, portanto, mera faculdade dos tribunais. Trata-se de dever, voltado para a concretização do ideal de segurança jurídica almejado por meio de uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente, tal como prescrito no *caput* do art. 926 do CPC. Trata-se, portanto, de dever que tem caráter instrumental para a consecução dos demais deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência. O reconhecimento formal da jurisprudência dominante em enunciados de súmula evita que órgãos fracionários dos tribunais permaneçam produzindo entendimentos diferentes diante de situações jurídicas idênticas ou assemelhadas (na medida em que as súmulas produzem uma vinculação horizontal dentro dos tribunais), bem como a consagração de entendimentos díspares entre diferentes tribunais (na medida em que as súmulas dos tribunais superiores produzem uma vinculação vertical em relação aos demais tribunais hierarquicamente a eles vinculados).

Note-se que, na vigência do Código anterior reformado, era conferida à jurisprudência dominante, independentemente de reconhecimento formal, o efeito autorizador da aplicação de técnicas de aceleração ou abreviação procedimental, como por exemplo, (i) a autorização para negativa de seguimento, por decisão monocrática do relator, de recurso que estivesse “em confronto com súmula ou com *jurisprudência dominante* do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557 do CPC/73)¹⁴⁴; (ii) a autorização para provimento do recurso, também por decisão monocrática do relator, se a decisão recorrida estivesse “em manifesto confronto com súmula ou com *jurisprudência dominante* do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (Art. 557 § 1 do

¹⁴⁴ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.” (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998)

CPC/73)¹⁴⁵; (iii) a autorização para julgamento de plano do conflito de competência quando houvesse *jurisprudência dominante* sobre a questão (art. 120, parágrafo único, CPC/73)¹⁴⁶; (iv) a presunção absoluta de repercussão geral para admissibilidade de recurso extraordinário quando houvesse *jurisprudência dominante* sobre a questão no Supremo Tribunal Federal (Art. 543. § 3º, CPC/73)¹⁴⁷; e (v) a autorização conferida ao relator de recurso especial, uma vez constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito e a existência de *jurisprudência dominante* sobre a matéria, para suspender os recursos nos quais a controvérsia estivesse estabelecida (art. 543-C, § 2º, CPC/73).¹⁴⁸

¹⁴⁵ “Art. 557 (...) § 1º -A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)

¹⁴⁶ “Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.” (Incluído pela Lei nº 9.756, de 1998)

¹⁴⁷ “Art. 543. § 3º. Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). Essa regra é repetida pelo art. 1035, § 3º, do CPC atual, que mantém a referência à “jurisprudência dominante” aparentemente de forma autônoma da súmula, ao dispor que “[h]averá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que ... contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”. Diante dessa mera reiteração da regra anterior, cabe questionar se tal disposição seria uma exceção ao dever de formalização ou se, ao contrário, deveria ser interpretada sistematicamente, em conjunto com o disposto no art. 926, § 1º, o que tornaria a disposição uma redundância (a jurisprudência dominante deveria ser entendida como aquela já sumulada). Todavia, entendo que, diante das novas regras sobre precedentes, a leitura do art. 1.035 deve ser mais abrangente, para incluir qualquer precedente vinculante do próprio STF, de modo a compatibilizá-lo não só com o art. 926, § 1º, como também com o art. 927. Dessa forma, haverá presunção absoluta de repercussão geral sempre que houver súmula ou outro precedente vinculante do próprio Supremo Tribunal Federal (acórdão em recurso extraordinário repetitivo, decisão em controle concentrado, acórdão do plenário), não havendo mais sentido na referência constante do art. 1035, § 3º à jurisprudência dominante que não esteja formalmente reconhecida em enunciado de súmula (inclusive porque bastará, nessa linha de pensamento, a existência de precedente único do plenário para formar a presunção de repercussão geral).

¹⁴⁸ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (...)” (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

O inconveniente dessa técnica era a inexistência de mecanismos de identificação do que seria a jurisprudência dominante. Na prática, muitas vezes, a ausência de formalização levava à adoção pelo julgador de jurisprudência mais afinada com o seu entendimento pessoal, com a atribuição, nem sempre fidedigna, de dominante. Ou, simplesmente, levava à aplicação de decisões isoladas como parâmetro para a solução do caso sem maiores preocupações.

O Código atual optou por uma solução diferente. A jurisprudência dominante, assim formalmente reconhecida pelos tribunais através da edição de enunciados de súmula, não só passou a ser critério para atribuição de força vinculante aos precedentes reiterados que estão na sua origem, como somente essa jurisprudência dominante formalizada em enunciados de súmula é que tem o efeito autorizador dessas técnicas de abreviação procedimental. Ou seja, a jurisprudência, ainda que dominante, mas não reconhecida formalmente assim em enunciado de súmula, não tem mais o efeito autorizador das técnicas de abreviação de procedimento que lhe era conferido pela legislação anterior. Isto porque, no Código atual, a jurisprudência dominante não consta mais como parâmetro para aplicação das referidas técnicas. Consta apenas a referência aos enunciados de súmulas. Além disso, no rol de provimentos elencados no artigo 927, também não consta nenhuma menção à jurisprudência dominante, apenas aos enunciados de súmula, que devem justamente refletir essa jurisprudência dominante, conforme determinação expressa do § 1º do art. 926.

Isso significa que apenas a jurisprudência dominante formalizada em enunciados de súmula gera força obrigatória ou vinculante (na verdade, a força obrigatória ou vinculante é do precedente que, reiterado, forma a jurisprudência dominante). A jurisprudência não formalizada em súmula, ainda que dominante, tem eficácia apenas persuasiva, não vinculando o julgador, nem autorizando a aplicação de técnicas de abreviação de procedimento. Dessa forma, na vigência do novo Código, a jurisprudência dominante não formalizada perdeu em eficácia, enquanto a jurisprudência dominante formalizada tornou-se critério para agregar efeito vinculante ao precedente reiterado.

Uma última observação se faz necessária. Não há a necessidade de editar enunciado de súmula nos demais casos de pronunciamentos judiciais vinculantes listados no art. 927. Assim, por exemplo, não há necessidade de edição de enunciado de súmula e, conseqüentemente, não há nenhuma violação ao dever de formalização, quando firmada uma tese sobre a questão jurídica repetitiva em acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), em incidente de assunção de competência (IAC), ou ainda em sede de julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivo (inciso III do art. 927). Nesses casos, o precedente é formado a partir de mecanismos de formação concentrada de precedentes. O próprio precedente, nessas circunstâncias, por força do art. 927, possui a eficácia vinculante, independentemente de reiteração. Assim também as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e determinadas decisões proferidas pelos plenários ou pelos órgãos especiais dos tribunais (art. 927, I e IV).¹⁴⁹

7. Dever de adstrição ao caso concreto

O § 2º do artigo 926 do Código de Processo Civil estabelece que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.” Embora o dispositivo mencione apenas os enunciados de súmula, essa mesma obrigação deve existir para qualquer forma de apresentação, compilação ou enunciação dos precedentes e que sirvam de orientação para a aplicação desses precedentes em casos posteriores. Portanto, esse dever alcança também as ementas de acórdãos que julgam recursos extraordinários

¹⁴⁹ Não obstante, tem sido comum a edição de enunciados de súmula pelo Superior Tribunal de Justiça tendo como objeto precedentes decorrentes de julgamento de recurso especial repetitivo. Apenas para se ter uma ideia, citem-se alguns exemplos: súmula 562 (REsp. 1381315/RJ), súmula 564 (REsp. 1099212/RJ); súmula 565 (REsp. 1251331/RS), súmula 566 (REsp. 1251331/RS e REsp. 1255573/RS), súmula 567 (REsp. 1385621/MG), súmula 569 (REsp. 1041237/SP), súmula 570 (REsp. 1344771/PR), súmula 571 (REsp. 1349059/SP), súmula 572 (REsp. 1354590/RS), súmula 573 (REsp. 1388030/MG), súmula 575 (REsp. 1485830/MG), súmula 576 (REsp. 1369165/SP), súmula 578 (REsp. 1133662/PE), súmula 580 (REsp. 1483620/SC), súmula 582 (REsp. 1499050/RJ), súmula 583 (REsp. 134359/MA e REsp. 1363163/SP), súmula 584 (REsp. 1391092/SC e REsp. 1400287/RS), súmula 586 (REsp. 1160435/PE), súmula 594 (REsp. 1265821/BA e REsp. 1327471/MT). Como esses precedentes nos recursos especiais repetitivos já são vinculantes, não haveria necessidade do seu reconhecimento formal em enunciado de súmula. Essa prática, porém, traz a vantagem de tornar ainda mais acessível o reconhecimento do precedente vinculante.

e especiais repetitivos ou incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e de assunção de competência (IAC), bem como para as compilações feitas pelos tribunais de temas ou teses decorrentes de sua jurisprudência. Trata-se, portanto, de dever imposto aos tribunais no momento da formação dos enunciados de súmula ou de quaisquer outras compilações de precedentes.

Como já observado anteriormente, a produção de enunciados normativos, de forma geral e abstrata, desvinculada de situações concretas, como resultado da expressão da vontade política, cabe precipuamente ao Poder Legislativo (norma abstrata). Ao Poder Judiciário compete aplicar as normas gerais e abstratas decorrentes do texto normativo para solucionar os casos concretos. Ao fazê-lo, o Judiciário estabelece, na fundamentação das decisões, o entendimento acerca da interpretação, do alcance e da aplicação desses enunciados normativos gerais e abstratos (norma abstrata) que são determinantes para a solução do caso concreto (norma individualizada). Mas, enquanto a solução estabelecida no dispositivo da decisão em um determinado processo é sempre restrita ao caso concreto (norma individualizada), o entendimento sobre a interpretação, o alcance e a aplicação dos enunciados normativos gerais para a solução desse caso concreto, constante da fundamentação, ou seja, o fundamento determinante, pode ser generalizado ou universalizado e aplicado a outros casos concretos semelhantes por analogia (norma do precedente). Todavia, diferentemente da norma geral e abstrata, que não está presa aos fatores políticos e às circunstâncias reais que levaram à sua edição, a norma do precedente, decorrente da interpretação e aplicação da norma abstrata para solução do caso concreto, está indissociavelmente ligada às circunstâncias fáticas do caso concreto a partir do qual ela é forjada (ou seja, ligação ao contexto nos quais essa norma do precedente é produzida), as quais, por isso mesmo, devem ser consideradas por ocasião da sua interpretação e aplicação para solução do caso posterior semelhante. A norma do precedente, dissociada do seu contexto, se torna abstrata e, portanto, ilegítima. Permitir que o Judiciário possa desprender-se das circunstâncias fáticas, indissociavelmente ligadas aos fundamentos determinantes que compõem a norma do precedente, seja no momento de enunciação dessas normas (processo de formalização através da edição de enunciados de súmula ou de teses decorrentes do julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de

competência, ou ainda de decisões de repercussão geral), seja no momento da sua aplicação aos casos posteriores, seria admitir que ele, o Judiciário, pudesse criar normas gerais e abstratas, função que não é sua, e que não é possível atribuir-lhe sem violação do princípio da separação de poderes constitucionalmente estabelecido.

O dever de adstrição ao caso concreto, decorrente do § 2º do artigo 926, que também pode ser denominado dever de congruência, significa, portanto, a obrigação dos tribunais observarem as circunstâncias fáticas do caso concreto gerador da norma do precedente (adstrição ao caso concreto), no momento da formalização dessa norma através de súmula ou qualquer outra forma de compilação de precedentes, a fim identificar e destacar os fundamentos determinantes do precedente reiterado ou do conjunto de precedentes que dão origem ao enunciado da súmula ou tese compilada e, assim, manter a congruência da norma do precedente enunciada com o contexto fático-jurídico da qual se originou.¹⁵⁰

8. Dever de observância obrigatória

O Código prescreve no artigo 927, em complementação aos deveres previstos no artigo imediatamente anterior, o dever de observância pelos tribunais de determinados pronunciamentos judiciais nele expressamente enumerados.¹⁵¹ Note-se que o termo *observar* é usado aqui não com o significado de ver, reparar, analisar. O verbo observar, nesse contexto, que trata de deveres dos tribunais, tem o sentido de obedecer, cumprir, seguir, respeitar. O dever de observar prescrito no art. 927

¹⁵⁰ Nessa linha, os enunciados 2 e 606 do FPPC fixam entendimentos que também são decorrência do dever de adstrição ao caso concreto. Enunciado 2 FPPC (arts. 10 e 927, § 1º): “Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório.” Enunciado 606: “Deve haver congruência entre a questão objeto da decisão que admite o incidente de resolução de demandas repetitivas e a decisão final que fixa a tese.”

¹⁵¹ Dispõe o art. 927: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

significa, portanto, aplicar obrigatoriamente os pronunciamentos judiciais nele enumerados. Não há aqui margem para discricionariedade. Havendo precedente sobre a questão, formado em alguma das situações previstas no art. 927, o julgador está vinculado aos fundamentos determinantes desse precedente. Dessa forma, esse dispositivo enumera hipóteses de precedentes formalmente vinculantes.¹⁵²

Essa obrigatoriedade estabelecida no art. 927 é ainda reforçada pelo disposto no art. 947, § 3º (eficácia vinculante do acórdão no IAC),¹⁵³ no art. 985 (eficácia vinculante do acórdão no IRDR)¹⁵⁴ e no art. 1.040 (acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos),¹⁵⁵ todos também do CPC. Por outro lado, não importa para o reconhecimento da força vinculante qualquer consequência adicional à própria obrigatoriedade imposta no art. 927. Dessa forma, é irrelevante para a determinação da força vinculante do precedente a previsão de mecanismo específico de impugnação para a hipótese de sua inobservância (como o cabimento de reclamação) ou de técnicas de aceleração ou abreviação procedimental (como a possibilidade de o relator negar ou dar provimento monocraticamente ao recurso, do julgamento liminar de improcedência do pedido, entre outras). Realmente não há uniformidade quanto aos mecanismos de controle

¹⁵² Como se verá mais adiante, a doutrina não é uníssona a esse respeito. Existem diferentes entendimentos sobre a eficácia atribuída aos pronunciamentos enumerados no art. 927 do CPC. Existem aqueles que entendem que todos esses pronunciamentos são vinculantes, como se defende neste trabalho, mas também quem considere apenas alguns desses precedentes como vinculantes e até mesmo quem veja diferentes gradações na força desses pronunciamentos. Essa discussão será tratada no próximo capítulo deste trabalho.

¹⁵³ “Art. 947. (...) § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.”

¹⁵⁴ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.”

¹⁵⁵ “Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”

da aplicação do precedente vinculante. Porém, a força vinculante do precedente não é resultante de nenhum desses mecanismos ou técnicas. Ela decorre da previsão expressa do art. 927 do CPC.

Por fim, cabe ressaltar que o julgador está obrigado a aplicar o precedente vinculante para solução do caso em julgamento, a menos que seja hipótese (a) de distinção, o que significa que o caso em julgamento apresenta diferenças significativas em relação ao precedente, devendo então o juiz expor as razões da distinção para afastar a aplicação do precedente; ou (b) de superação, quando o precedente se mostra desgastado e por isso inadequado para a solução da questão ou do caso, quando então deverão ser expostas as razões que justificam a superação. Todo juiz ou tribunal é competente para fazer a distinção no caso concreto. A superação, todavia, como se verá mais adiante, só pode ser realizada por determinados órgãos e diante de requisitos específicos.

9. Dever de considerar

Como dito anteriormente, a uniformização, a estabilidade, a integridade e a coerência são exigidas não só em relação especificamente ao precedente, mas também de forma geral à jurisprudência (art. 926). Por outro lado, o Código confere eficácia vinculante somente a determinados precedentes, na medida em que exige a observância obrigatória pelos tribunais apenas em situações específicas (art. 927). Dessa forma, o Código faz distinção entre os pronunciamentos vinculantes elencados no artigo 927 e outros pronunciamentos judiciais ali não referidos (como, por exemplo, a jurisprudência dominante não formalizada em súmula ou um precedente isolado que não decorra de nenhuma das situações ali mencionadas e, portanto, com efeito apenas persuasivo).

Isso não significa que os tribunais possam ignorar a jurisprudência ou o precedente não formalmente vinculante e, portanto, persuasivo. Mesmo nesses casos, os tribunais têm o dever de considerá-los, uma vez trazidos ao seu conhecimento, ainda que seja para afastá-los diante da adoção de um entendimento diferente. Nessa situação há, no mínimo, um ônus argumentativo e um dever de fundamentação que pesa sobre o julgador diante de uma questão jurídica que já foi

enfrentada anteriormente pelos tribunais e que decorre dos demais deveres antes analisados. A diferença é que não havendo eficácia vinculante, o juiz pode adotar, desde que justificadamente, o seu entendimento a respeito da questão, afastando o precedente não vinculante. Já nos casos dos precedentes vinculantes, ainda que o julgador tenha entendimento pessoal diferente sobre a questão, ele está obrigado a resolver o caso mediante aplicação do precedente, sem prejuízo de ressaltar expressamente a sua posição.¹⁵⁶

10. Dever de correlação

A aplicação do precedente exige, primeiro, a identificação do contexto fático no qual foi produzida a solução jurídica no caso precedente e, depois, sua comparação com a situação fática do caso presente a fim de determinar a existência ou não de similaridade entre os casos.¹⁵⁷ A norma do precedente só poderá ser aplicada para solução da questão ou do caso presente se ficar demonstrada a similaridade dos casos. Essa atividade de identificação do precedente e de comparação das situações fáticas e das questões jurídicas dos casos pode ser denominada, resumidamente, de *correlação dos casos*. O art. 489, §1º, inciso V, do CPC prevê expressamente a obrigação do julgador fundamentar sua decisão com a demonstração da correlação de casos, quando em discussão a incidência de precedente para solução de questão no caso presente. De acordo com esse dispositivo, é nula a decisão que “limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Trata-se, portanto, de verdadeiro dever de correlação dos casos imposto ao julgador.

A identificação do precedente exige a demonstração analítica dos fatos jurídicos essenciais e dos fundamentos determinantes para a solução da questão jurídica no

¹⁵⁶ A ressalva expressa do entendimento discordante do julgador tem papel importante na superação do precedente, como se verá mais adiante.

¹⁵⁷ Esses fatos podem constar tanto do relatório da decisão, como da sua fundamentação. Dessa forma, a identificação dos fatos que foram efetivamente considerados pelo julgador para a decisão do caso precedente não deve ficar restrita a uma parte apenas da decisão (relatório ou fundamentação). Ao contrário, essa análise deve ser feita na decisão por inteiro.

caso precedente, não bastando a transcrição de ementas ou de trechos aleatoriamente pinçados da fundamentação. A norma do precedente constitui o resultado da generalização das razões invocadas pelo julgador do caso precedente devidamente apreendido pelo julgador do caso presente. Isso significa duas coisas: (a) que a atividade de decidir usando precedente envolve esforço mútuo dos órgãos judiciais encarregados tanto da formação como da aplicação do precedente e (b) que nenhum caso é intrinsecamente similar ao outro; ao contrário, a similaridade depende da individualização dos elementos relevantes num e noutro caso, o que é tarefa confiada à valoração e à decisão do intérprete encarregado de aplicá-lo.

Em relação ao primeiro ponto (mútuo esforço dos órgãos judiciais de formação e aplicação do precedente na identificação dos fatos jurídicos essenciais e fundamentos determinantes do precedente), não é correto afirmar que o precedente se forma somente a partir do reconhecimento como tal pelo julgador do caso presente. No direito brasileiro essa questão nem pode ser colocada, na medida em que a legislação prevê mecanismos para formação de precedentes vinculantes (art. 927 do CPC). Ou seja, no direito brasileiro fica evidente a participação do julgador do caso precedente na formação do precedente mesmo antes da sua aplicação a um caso posterior. Ademais, constam do precedente significados estabelecidos pelo julgador do caso precedente que devem ser observados e interpretados pelo julgador do caso posterior. Vale dizer, não cabe uma leitura inteiramente nova do precedente ignorando aquilo que foi afirmado por ocasião da sua formação. Do contrário, haveria uma superação por vias transversas.¹⁵⁸

Em relação ao segundo ponto (análise da efetiva similaridade entre os casos), é preciso notar que aplicar um precedente envolve comparação entre casos distintos. Nenhum caso é absolutamente idêntico ao outro. Exatamente por isso não se exige identidade absoluta entre os casos para a aplicação do precedente, mas tão somente

¹⁵⁸ Mitidiero usa o seguinte exemplo: “acaso o Supremo Tribunal Federal decida que para efeitos tributários o “livro eletrônico” constitui livro, pode o órgão jurisdicional do segundo caso simplesmente ignorar essa clara adscrição de sentido realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar um caso envolvendo a matéria? Parece-nos que a resposta é intuitiva”. (Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 111).

semelhanças relevantes. Ou seja, o núcleo comum de fatos jurídicos essenciais (*material facts*) presentes nos casos comparados.

Essa exigência de correlação deve estar presente também em relação aos enunciados de súmula. Por mais que os enunciados das súmulas aparentem abstração pela forma como costumam ser redigidos, não se pode esquecer que são extratos que representam o entendimento adotado em decisões reiteradas (precedente reiterado ou sucessivos precedentes que levaram à ampliação ou à restrição da norma do precedente originário). Logo, é indispensável identificar os fundamentos determinantes dos precedentes que deram origem ao enunciado da súmula no seu contexto fático-jurídico (e que nem sempre estão claros ou completos no texto do enunciado). Essa imposição é determinada pelo dever de adstrição antes referido. Esse dever também alcança aos temas e teses oriundos dos julgamentos de recursos repetitivos e com repercussão geral. Assim como os enunciados de súmula, os temas e as teses são extratos, resumos, da solução jurídica adotada no julgamento desses casos que servem de parâmetro para julgamento de casos posteriores. Isso não significa que tenham cunho abstrato. Devem sempre refletir o contexto fático-jurídico dos casos paradigmas decididos. Nesse sentido, em relação aos enunciados de súmula, temas e teses, o dever de adstrição e o dever de correlação se complementam para determinar a necessidade da correlação entre os precedentes reiterados ou conjunto de precedentes que dão origem ao enunciado de súmula, ao tema ou à tese e as circunstâncias fáticas do caso presente.

11. Dever de fundamentação adequada e específica

A fundamentação das decisões judiciais constitui direito fundamental do jurisdicionado (art. 93, IX, CF). Trata-se de consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito.¹⁵⁹ O atual Código de Processo Civil reproduz o dever de fundamentação das decisões judiciais como norma

¹⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de direito processual civil: segunda série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

processual fundamental, ao dispor expressamente que toda decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 11).¹⁶⁰

A fundamentação, elemento essencial de qualquer decisão, visa atender às exigências de racionalidade e controlabilidade das decisões judiciais (Taruffo).¹⁶¹ A fundamentação tem o papel de racionalizar a valoração da prova¹⁶² e a aplicação do direito para solução do caso, segundo as regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico, de modo a afastar análises subjetivas e pessoais. Por outro lado, a motivação racional obriga o juiz a explicar e justificar suas escolhas e, assim, possibilita o seu controle pela impugnação das partes e revisão nos tribunais.

Dessa forma, não basta qualquer argumentação para satisfazer a garantia da fundamentação das decisões judiciais. Fundamentar significa expor as razões, de fato e de direito, que justificam o convencimento do julgador para decidir a questão. Não se trata apenas de formalidade. A fundamentação tem implicação substancial e não apenas formal. Nesse sentido, exige-se que a decisão seja não só motivada, mas também que os motivos sejam claros, coerentes, completos e suficientes¹⁶³, sob pena de nulidade da decisão. Por isso, o Código atual prevê como não fundamentada e, portanto, nula, (a) a decisão que se limita a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (b) a decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo

¹⁶⁰ “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

¹⁶¹ TARUFFO, Michelle. *A Motivação da Sentença Civil*, Marcial Pons, 2015.

¹⁶² Nesse sentido, o art. 371 dispõe que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (princípio do convencimento motivado). Note-se que o art. 131 do CPC/73, substituído agora pelo art. 371 do CPC/15, estabelecia que o juiz apreciaria “livremente” a prova. (princípio do *livre* convencimento motivado). A expressão livremente foi abandonada pelo novo Código, numa clara indicação da importância dada à fundamentação e da intenção de promover maior racionalidade e controle das decisões judiciais.

¹⁶³ A completude diz respeito ao enfrentamento de todos os argumentos pertinentes e essenciais para a solução do caso. Se existe algum argumento capaz em tese de infirmar ou afastar a conclusão adotada pelo julgador, ele deve ser enfrentado na fundamentação. Por outro lado, fundamento suficiente é aquele que basta em si para resolver a questão, tornando desnecessário ou prejudicado o enfrentamento de outros argumentos, que não teriam o condão de alterar a conclusão já determinada com a adoção do fundamento suficiente.

concreto da sua incidência no caso¹⁶⁴; (c) a decisão que invoca motivos genéricos que se prestariam para justificar qualquer outra decisão; (d) a decisão que não enfrenta todos os argumentos pertinentes, ou seja, aqueles deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (e) a decisão que se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; bem como (f) a decisão de que deixa 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 (art.489, § 1º, incisos I a VI, CPC). Em todos esses casos, a justificativa dada é insuficiente para preencher o elemento essencial da fundamentação da decisão judicial. Em outras palavras, não é qualquer argumentação que constitui fundamentação e, sim, a argumentação racional, que efetivamente torne compreensível e acessível a justificativa tomada pelo juiz para solução da questão ou do caso.

Especificamente em relação aos precedentes, o dever de fundamentar apresenta algumas peculiaridades. O art. 927, § 1º, do CPC, determina que os juízes e tribunais, ao decidirem com base em precedentes, observem o disposto no art. 10 (proibição da decisão surpresa) e no art. 489, §1º, acima referido (dever de fundamentação da decisão judicial), que traz em seus incisos V e VI regras específicas de fundamentação das decisões judiciais quando estiver em discussão a aplicação de precedente para a solução de questão ou do caso sob julgamento. De acordo com o inciso V, é nula a decisão que “limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, regra que estabelece o dever de correlação antes analisado. Já o inciso VI diz ser nula decisão

¹⁶⁴ Essa regra é complementada pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, ao dispor que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.” Ainda de acordo com o parágrafo único, “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive das possíveis alternativas.” Trata-se do postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual devem ser consideradas as consequências práticas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit., p. 409/415.

que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” Além disso, segundo o art. 927, § 4º, “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de 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.”

Como se pode ver, existem regras específicas para a fundamentação da decisão judicial em matéria de aplicação de precedentes. Assim, diante da alegação de incidência de precedente para a solução da causa ou de questão na causa, impõe-se ao julgador o dever não só de enfrentamento da alegação, como também de justificação adequada e específica da sua decisão, sob pena de nulidade. Significa que havendo alegação de qualquer das partes sobre a aplicação de precedente ao caso concreto, o juiz tem a obrigação de (a) levar em consideração essa alegação (dever de consideração); (b) identificar os fundamentos determinantes do precedente (norma do precedente), sendo insuficiente a mera invocação do precedente ou do enunciado de súmula¹⁶⁵, e (c) fazer a correlação entre o caso precedente e o caso sob julgamento, de modo a demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos determinantes do precedente (dever de correlação).

Dessa forma, o dever de fundamentação adequada e específica exige, primeiramente, a correlação dos casos, a fim de estabelecer a existência ou não de similaridade (identificação do precedente e comparação com o caso presente). A identificação do precedente, como antes referido, exige a demonstração analítica dos fatos jurídicos essenciais e dos fundamentos determinantes para a solução da questão jurídica no caso precedente, não bastando a transcrição de ementas ou de

¹⁶⁵ Como observa Alexandre Freitas Câmara, “decisão que se limita a citar decisões tomadas em casos anteriores sem indicar os motivos pelos quais é ela empregada, no julgamento de um novo caso, como base para a formação desta decisão posterior, é mesmo uma decisão que deve ser equiparada aos pronunciamentos judiciais não fundamentados. Afinal, tem-se aí uma fundamentação constitucionalmente ilegítima, já que insuficiente para justificar a decisão proferida, o que atenta contra o modelo constitucional de processos brasileiro” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo, ed. Atlas, 2018, p. 174).

trechos aleatoriamente pinçados da fundamentação. Em seguida, esses elementos fáticos e jurídicos do precedente devem ser comparados com a situação fático-jurídica do caso presente, a fim de estabelecer a existência ou não de similaridade. A existência de diferenças significativas em relação ao precedente, fruto da correlação que resulta no afastamento da similaridade dos casos (correlação negativa), deve ser apontada e justificada, sob pena de nulidade da decisão (necessidade de demonstração da distinção, estabelecida pelo inciso VI, primeira parte). Por outro lado, estabelecida a similaridade (correlação positiva), o juiz tem o dever de aplicar o precedente, a menos que se esteja diante de hipótese de *superação*, quando o precedente se mostra desgastado e, por isso, inadequado para a solução da questão ou do caso, quando então deverão ser expostas as razões que justificam a superação (inciso VI, parte final). Note-se, porém, que enquanto todo juiz ou tribunal é competente para fazer a distinção no caso concreto, a superação só pode ser realizada pelos órgãos competentes e diante de requisitos específicos, como se verá na segunda parte deste trabalho.

Demonstrada a correlação fática e jurídica entre os casos e aplicado o precedente para a solução no caso presente, torna-se desnecessário o enfrentamento dos fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação do precedente, não tendo aplicação aqui o disposto no art. 489, § 1º, IV, CPC (obrigação de enfrentar todos os argumentos pertinentes, ou seja, aqueles deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador).¹⁶⁶ Isto porque os argumentos já enfrentados e rechaçados na fundamentação da decisão formadora do precedente não precisam ser novamente analisados ou expressamente refutados no corpo da decisão que aplica o precedente. A decisão que se vale do precedente se apropria dos seus fundamentos. Em outras palavras, o cumprimento correto do dever de correlação dispensa o julgador de enfrentar os argumentos suscitados pelas partes e já enfrentados pelo julgador do caso

¹⁶⁶ Nesse sentido o Enunciado 524 do FPPC (art. 489, § 1º, IV; art. 985, I): “O art. 489, § 1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado.” Também nesse sentido, deve ser entendido o Enunciado 13 da ENFAM: “O art. 489, § 1º, IV, do CPC 2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação do precedente obrigatório”.

precedente. Essa fundamentação simplificada, uma vez demonstrada a correlação, tem maior aplicação em relação aos precedentes decorrentes dos procedimentos de formação concentrada de precedentes (IAC, IRDR, Julgamento de recursos repetitivos), tendo em vista que nesses casos o acórdão que forma o precedente deve conter a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis, sejam contrários (art. 984, § 2º, do CPC).¹⁶⁷ Ou seja, se por um lado a discussão acerca da aplicação do precedente exige a tarefa adicional da correlação dos casos, por outro, identificada a similaridade e, conseqüentemente, a incidência da norma do precedente, fica dispensado o enfrentamento das questões jurídicas já decididas no precedente para a solução do caso presente. Isto porque a aplicação do precedente acarreta a incorporação dos seus fundamentos determinantes na decisão do caso presente, sendo totalmente desnecessário enfrentar novamente as discussões já travadas no caso precedente e as justificativas para a solução jurídica adotada. Nesse aspecto, há uma simplificação da fundamentação, uma vez realizada a correlação dos casos. Alguns autores justificam essa simplificação da fundamentação como decorrência do princípio da *inércia argumentativa*.^{168 169}

¹⁶⁷ O art. 985, I, do CPC, que regula o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), dispõe que uma vez julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”.

¹⁶⁸ Nesse sentido Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. defende que a inércia argumentativa deve ser vista como um princípio e, mesmo antes da vigência do novo CPC, sustentava que “o conteúdo da inércia argumentativa consiste em dispensar uma ampla argumentação ao magistrado que, no julgamento do caso posterior, segue precedente firmado em caso análogo e, ao mesmo tempo, exigir uma carga argumentativa qualificada ao magistrado que pretenda inobservar a *ratio decidendi* do precedente na solução do caso em julgamento, em tudo semelhante. Aqui, não se exige apenas a fundamentação ordinária imposta pelos arts. 165 e 458, II, do CPC, em que o juiz tem que expor os fundamentos com base nos quais aprecia as questões de fato e de direito. (...) a desconsideração do precedente, quer na sua dimensão vertical, quer na horizontal, exige uma argumentação qualificada, (a) ora demonstrando que o precedente se formou equivocadamente, ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica (*overruling*); (b) ora demonstrando que no caso em julgamento há fatos relevantes que o distanciam do caso em que se firmou o precedente (*distinguishing*). Da mesma forma, pode-se incluir no conteúdo da inércia argumentativa o ônus da parte de apresentar argumentação qualificada (a) para deduzir pretensão ou defesa em sentido contrário à *ratio decidendi* de precedente vinculante ou (b) para recorrer de decisão fundada em precedente vinculante, sob pena de litigância de má-fé (art. 17 do CPC).” (ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, v. 229, p. 377-401, mar. 2014, p. 380.

¹⁶⁹ Como explica Fredie Didier Jr, “[e]xige-se que o processo de formação do precedente se dê nesses termos, pois na sua interpretação e na sua aplicação a casos futuros e similares bastará que o órgão julgador verifique se é ou não caso de distinção ou superação (arts. 489, §1º, V e VI, 927, §1º, CPC);

Por outro lado, em se tratando da hipótese de afastamento do precedente, a despeito da similaridade entre os casos, devido à modificação do entendimento que levou à sua formação, ocorre exatamente o oposto em relação ao dever de fundamentação. O art. 927, § 4º, ao exigir “fundamentação adequada e específica” para as hipóteses de “modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”, determinando ainda que nesses casos sejam observados “os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”, impôs um esforço maior de argumentação para justificar o afastamento do precedente¹⁷⁰. Portanto, nesse esforço argumentativo devem ser ponderados, à luz da situação concreta, sem prejuízo de outras considerações, os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, expressamente mencionados. Alguns autores denominam esse esforço maior de argumentação de *ônus argumentativo*.^{171 172} Além disso, tal ônus

se for, o precedente não será aplicado; se não for, o precedente será aplicado e a fundamentação originária do julgamento do incidente se incorporará automaticamente à própria decisão que o invoca, sem a necessidade de repeti-la ou reelaborá-la, razão pela qual não é exigível a observância do arts. 489, §1º, IV, CPC. Essa é uma das facetas da inércia argumentativa própria de um sistema de precedentes.” (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, cit, p. 584).

¹⁷⁰ Leonard Ziesemer Schmitz ressalta a necessidade de um esforço argumentativo mais intenso para justificar a não aplicação de um precedente para a solução do caso: “Aqui surge outro lado da questão, que é a *não aplicação* de um julgado. As partes em um processo, além do julgador, invocarão ementas e súmulas como razões de convencimento, e muitas vezes os argumentos são contrapostos, porém são escorados na mesma ideia jurídica. Portanto, é imprescindível justificar tanto a concordância com determinado “precedente” quanto a não aplicação de outros julgados com força normativa, especialmente diante das situações de julgados antagônicos que se amoldariam à mesma situação. Na realidade, o ônus argumentativo ao não aplicar “precedentes” é ainda maior: “o juiz ‘pode’ desviar-se do direito jurisprudencial; não é, pois, determinado pelo precedente com o mesmo rigor formal do postulado da vinculação à Lei. Contudo, se se afasta dos precedentes, é obrigado a um muito maior esforço argumentativo para justificar a sua decisão.” (Fundamentação das decisões judiciais. São Paulo: RT, 2015, p.340-341).

¹⁷¹ A categoria ônus argumentativo é empregada por Fernando Ângelo Ribeiro Leal para se referir “a deveres mais intensos de fundamentação nos casos em que o tomador da decisão está diante de certas relações de prioridade reconhecidas em favor de determinados elementos do sistema jurídico e pretende invertê-las.” (“Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do rio de Janeiro, 2012, p. 17. Também nesse sentido: Aurélio Viana e Dierle Nunes (VIANA, Antônio Aurélio de Souza, NUNES, Dierle. Precedentes. A mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 342 e ss) e, ainda, Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério..., cit., p. 344 e ss).

¹⁷² Como observam Alexy e Dreier “[e]m geral, a observância do precedente é obrigatória. O desvio deve ser a exceção. Uma mera cognição melhor ou uma mera razão melhor não é suficiente para isso. Razões que “claramente pesam mais” são necessárias, e “razões absolutamente convincentes”

argumentativo recairia tanto sobre as partes que discutem o afastamento total ou parcial do precedente nesses casos, como também para o julgador, na medida em que ele deve justificar esse afastamento mediante fundamentação adequada e específica.¹⁷³

Em suma, quando está em discussão a aplicação de precedente para a solução do caso presente, impõe-se a correlação dos casos para verificação da similaridade. Feita a correlação e constatada a ausência de similaridade, deve ser justificado o afastamento do precedente pela distinção. Porém, uma vez verificada a similaridade e aplicado o precedente, é dispensada a fundamentação analítica dos argumentos já enfrentados no precedente (*inércia argumentativa*). Por outro lado, para afastar o precedente, a despeito da similaridade (superação total ou parcial), impõe-se esforço argumentativo agravado, que considere, inclusive, a ponderação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (*ônus argumentativo*). Correlação e inércia argumentativa, de um lado (aplicação do precedente), e correlação e ônus argumentativo, por outro (afastamento do precedente), são os elementos peculiares da fundamentação da decisão que lida com

são mais favoráveis para o tribunal. Isso equivale à regra: quem quer que se afaste de um precedente carrega o ônus do argumento.” Tradução livre. No original: “*In general, observance of precedent is obligatory. A deviation has to be exceptional. A mere better cognition or a mere better reason is not sufficient for this. ‘Clearly outweighing’ reasons are necessary, and ‘absolutely compelling reasons’ are most favorable to the court. This amounts to the role: whoever wishes to depart from a precedent carries the burden of argument*” (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany. Interpreting precedents...*cit, p. 30) Alexy, na sua teoria da argumentação, volta ao tema, ao enumerar dentre as regras acerca da carga da argumentação que “quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação” (regra j.14). (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 270).

¹⁷³ A exigência de maior esforço argumentativo é tanto das partes como dos juízes. Como observam Aurélio Viana e Dierle Nunes “dentro da proposta participativa, o advogado deve assumir o seu ônus argumentativo, levando em conta a existência do direito jurisprudencial, exatamente para que a sua insuficiência não seja suprida pelo juiz. Por seu turno, o juiz não pode simular uma fundamentação ou torná-la escassa, sob a justificativa da existência de determinado padrão decisório. É por essa razão que se pode falar na mutação dos ônus argumentativos, que demandará a reinvenção do próprio modo com que se argumenta, devendo ser observado, no que diz respeito ao ato decisório, o estilo argumentativo, abandonando-se, portanto, o estilo meramente silogístico, típico da tradição francesa.” Em outro trecho, ressaltam os autores que “toda carga ou ônus argumentativo recai sobre os demais sujeitos processuais e, havendo o menor indício de carência argumentativa por aquele que pretende o afastamento do precedente em relação ao seu caso, em respeito ao princípio da inércia argumentativa, mantém-se o que fora anteriormente decidido.” (VIANA, Antônio Aurélio de Souza, NUNES, Dierle. *Precedentes. A mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 337 e 357).

a aplicação de precedentes e que constituem o dever de fundamentação adequada e específica.¹⁷⁴

Cabe ressaltar que o dever de fundamentação adequada e específica não é exclusivo ou inerente à aplicação dos precedentes vinculantes. A aplicação de qualquer precedente, vinculante ou persuasivo, está submetida ao dever de fundamentação adequada e específica, no que diz respeito à necessidade de correlação, da dispensa da fundamentação analítica dos argumentos já considerados no precedente (*inércia argumentativa*) e de agravamento do esforço argumentativo no caso de *não aplicação* do precedente (ônus argumentativo). A existência do efeito vinculante torna obrigatória a aplicação do precedente. A sua ausência permite ao julgador não aplicá-lo, mas isso não significa que esteja dispensado de justificar sua decisão consoante o dever de fundamentação adequada e específica. Ou seja, havendo alegação da parte no sentido da aplicação de precedente persuasivo, o julgador, mesmo discordando da solução adotada no precedente, tem o dever de levá-la em consideração e apresentar os argumentos pelos quais deixa de aplicar o precedente. Em outras palavras, o juiz tem o ônus argumentativo para poder se afastar do precedente, mesmo sendo ele persuasivo.¹⁷⁵ Não pode, simplesmente, dizer que discorda do precedente para não aplicá-lo. Precisa explicar o porquê, ou seja, dele se exige que justifique a decisão.

O ônus argumentativo, portanto, refere-se à exigência de maior esforço argumentativo para afastar o precedente, mesmo que seja apenas persuasivo. Como observa Lucas Buril, a ideia de que somente precedentes obrigatórios ou vinculantes opõem ônus argumentativo é equivocada. Qualquer argumento utilizado pelas partes, seja ele advindo de precedente vinculante ou persuasivo, atribuirá um dever para o julgador, decorrente da eficácia do requisito de

¹⁷⁴ Pode-se dizer então, à vista desses elementos, que o dever de fundamentação adequada e específica, ao cabo, visa também a assegurar a integridade e coerência do ordenamento jurídico.

¹⁷⁵ O STF, no julgamento da Pt 3388 EDcl/RR, Rel. Min. Roberto Barroso, expressamente afirmou que “o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado *ônus argumentativo* nos casos em que se cogite da superação de suas razões.” (grifou-se) A referência à superação neste trecho da decisão não é alusivo à superação em sentido próprio, cujo conceito será analisado na segunda parte deste trabalho, sendo ali usada em sentido de afastamento em sentido amplo.

fundamentação à luz do contraditório-influência.¹⁷⁶ Dessa forma, ônus argumentativo e eficácia vinculante não se confundem. Não há entre eles relação de causa e efeito. A eficácia vinculante decorre do dever de observância obrigatória da norma do precedente vinculante, o que afasta a possibilidade da sua não aplicação, ressalvados os casos de distinção e superação. Já o ônus argumentativo, como exigência de maior esforço argumentativo, decorre do dever de fundamentação adequada e específica para justificar a não aplicação do precedente. Em suma, há vinculação para certos precedentes e há ônus argumentativo para todos os precedentes.

Todos esses cuidados específicos para aplicação ou afastamento do precedente devem estar espelhados na fundamentação. Assim, quando se cogita da aplicação ou não de precedentes, a fundamentação deve ser *adequada e específica* para abranger toda essa argumentação apropriada. Note-se que a violação desse dever de fundamentação adequada e específica está no âmbito dos *errores in procedendo* e acarreta a nulidade da decisão. Por outro lado, o juízo equivocado a respeito do correto significado do precedente não constitui violação ao dever de fundamentar, mas *error in judicando*, revelando violação da própria norma do precedente e sujeitando a decisão à reforma. Isto porque, nessa hipótese, não há violação decorrente da desconsideração da alegação de incidência do precedente, ou da ausência da identificação dos fundamentos determinantes ou da correlação entre os casos, para efeito da sua aplicação ou afastamento devidamente justificados, mas propriamente de equívoco na interpretação da norma do precedente.¹⁷⁷

12. Dever de transição

De acordo com o § 3º do art. 927, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da

¹⁷⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 87 nota 52.

¹⁷⁷ Entendendo também dessa forma Daniel Mitidiero (*in* Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª. ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 115).

alteração no interesse social e no da segurança jurídica.” Esse dispositivo prevê expressamente a hipótese de modulação dos efeitos decorrentes da mudança de entendimento jurisprudencial, o que inclui sobretudo a superação dos precedentes vinculantes, a fim de resguardar situações anteriores consolidadas em sentido diverso.

Algumas observações são importantes. Primeiramente, apesar do § 3º do art. 927 dispor expressamente que “pode” haver modulação, o entendimento correto, decorrente de interpretação sistemática e condizente com o princípio da segurança jurídica, deve ser no sentido da obrigatoriedade da modulação sempre que houver necessidade de resguardar situações anteriores consolidadas de modo a preservar o interesse social ou a segurança jurídica. Trata-se, portanto, de verdadeiro dever e não mera opção dos tribunais. Por outro lado, por determinação expressa do legislador, só cabe a modulação para preservar o interesse social ou a segurança jurídica.¹⁷⁸ Em outras palavras, há um dever de modulação para os tribunais no sentido de preservar situações consolidadas desde que seja para concretizar a proteção do interesse social ou o princípio da segurança jurídica.

Como se verá mais adiante, a modulação é apenas uma das espécies de regras de transição, sendo a mais comum a modulação dos efeitos temporais da decisão que importa mudança de entendimento ou superação de precedente. É possível limitar os efeitos da decisão em relação aos seus *aspectos temporais* (para estabelecer eficácia diferente da retroativa, considerada regra geral), em seus *aspectos subjetivos* (para diferenciar os efeitos em relação a determinados jurisdicionados que se encontrem em determinada situação jurídica) e em seus *aspectos materiais* (para abranger apenas alguns atos e negócios jurídicos).

As regras de transição encontram previsão no art. 23, incluído na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4/09/1942) pela Lei nº 13.655, de 25/04/2018, segundo o qual “a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação

¹⁷⁸ Os conceitos de interesse social e de segurança jurídica serão desenvolvidos na segunda parte do trabalho, quando for discutida a questão da modulação dos efeitos temporais decorrentes da superação do precedente vinculante.

nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

O art. 24, por sua vez, complementa essa regra, ao tratar especificamente da modulação dos efeitos para preservar situações plenamente constituídas diante de mudança posterior de entendimento ou orientação geral. Nos exatos termos desse dispositivo legal, “a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.”

A modulação temporal significa estabelecer efeitos diferentes do efeito retroativo (*ex tunc*). É possível, assim, fixar o momento a partir do qual a nova orientação passa a vigorar. O efeito temporal pode ser limitado a partir de algum momento no passado (distribuição do processo, por exemplo), da publicação da decisão que fixa o novo entendimento (efeito prospectivo ou *ex nunc*), ou de um momento futuro. É possível também estabelecer efeitos temporais diferentes para as partes do caso (vinculados pela coisa julgada) em relação aos terceiros eventualmente atingidos pelo novo entendimento (vinculados pelo precedente).

Por outro lado, ao fazer referência a “casos repetitivos”, o art. 927, §3º parece restringir a possibilidade de modulação a determinados precedentes vinculantes, ou seja, aos casos de incidente de resolução de demandas repetitivas e de recursos especial e extraordinário repetitivos, considerados “casos repetitivos” por força do disposto no art. 928 do CPC.¹⁷⁹ Não há razão, todavia, para excluir a possibilidade de modulação diante de alteração de entendimento promovida em outras situações que também geram precedentes vinculantes, como no julgamento de incidente de assunção de competência ou de determinados provimentos judiciais do plenário ou

¹⁷⁹ “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos.”

do órgão especial de tribunais locais (como, por exemplo, nos julgamentos de incidentes de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais locais).

13. Dever de publicidade

O artigo 927, no seu § 5º, determina que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” Os deveres de formalização e de publicidade se complementam no sentido de orientar os órgãos jurisdicionais e os próprios jurisdicionados acerca dos entendimentos consolidados nos tribunais. De nada vale editar enunciados se eles não são acessíveis e conhecidos. A obrigação de dar publicidade, por sua vez, não se limita a tornar públicas as decisões formadoras de precedentes. É preciso promover e facilitar o seu conhecimento pela comunidade jurídica. Nesse sentido deve ser entendida a determinação de reconhecimento formal da jurisprudência dominante em súmulas e de enunciar os fundamentos determinantes dos precedentes em teses organizadas e acessíveis através da *internet*. A necessidade de divulgação desses enunciados, por sua vez, tem levado ao desenvolvimento de programas (aplicativos) com novas ferramentas de pesquisa dos precedentes vinculantes e da jurisprudência em geral, alguns inclusive com uso de inteligência artificial. Essas iniciativas são importantes para assegurar o amplo conhecimento dos enunciados e, conseqüentemente, do sentido das normas jurídicas reconstruídas ou densificadas a partir dos casos concretos.

Título 4. Os precedentes vinculantes no direito brasileiro

1. A tipificação dos precedentes vinculantes

O art. 927 do CPC estabeleceu o dever de observância obrigatória para determinadas decisões judiciais proferidas nas circunstâncias ali enumeradas. Isso significa o reconhecimento formal de que tais decisões judiciais constituem precedentes dotados de eficácia obrigatória ou vinculante.¹⁸⁰

Esse rol do art. 927 menciona provimentos judiciais de diferentes naturezas (decisões, acórdãos, enunciados de súmula, orientações). Tais provimentos judiciais não podem ser confundidos com os precedentes. Como anteriormente ressaltado, o precedente é a decisão judicial colegiada (acórdão), em regra emanada dos tribunais superiores, que se torna parâmetro para solução de caso ou de questão no âmbito de caso posterior semelhante. Enunciados de súmula e orientações não são, portanto, precedentes. Por outro lado, a seleção de acórdãos reiterados, como expressão da jurisprudência dominante, para a edição de enunciados de súmula, transforma esses acórdãos em precedentes vinculantes. É justamente a partir do precedente reiterado ou do conjunto de precedentes encadeados (que ampliam ou restringem o entendimento firmado no precedente inicial), escolhidos como representativos da jurisprudência dominante, que é extraída a norma do precedente que deve ser enunciada na súmula. Portanto, não é correto afirmar que o efeito vinculante é da própria súmula, nem dos seus enunciados.¹⁸¹ O efeito vinculante é dos precedentes que dão origem aos seus enunciados. As regras do CPC atual conduzem a esse entendimento, especialmente diante dos deveres de formalização e de adstrição ao caso concreto expressamente estabelecidos nos parágrafos do art. 926. Já o termo “orientações” deve ser interpretado como abrangente de acórdãos e enunciados de súmula dos tribunais locais que formam precedentes em situações excepcionais, como será adiante analisado. Dessa forma, são os acórdãos proferidos ou selecionados conforme os procedimentos listados no art. 927 que formam

¹⁸⁰ Nesse sentido o Enunciado 170 do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

¹⁸¹ Embora seja corrente o uso da expressão “súmula vinculante” na jurisprudência e na doutrina e, por essa razão, se mantém aqui a expressão consagrada.

precedentes vinculantes. Conclui-se, assim, que *a partir da interpretação desse dispositivo legal é identificado um rol de precedentes vinculantes*.

Esse entendimento, todavia, não é pacífico. Ronaldo Cramer identifica cinco diferentes correntes acerca da interpretação do art. 927 do CPC.¹⁸² A primeira corrente sustenta exatamente a posição aqui defendida no sentido de que o referido dispositivo estabelece um rol de situações formadoras de precedentes vinculantes.¹⁸³ Uma segunda corrente entende que seriam vinculantes apenas os precedentes enumerados no art. 988, por contarem com a reclamação para forçar seu cumprimento.¹⁸⁴ A terceira corrente entende que o art. 927 não tem a finalidade de dar força vinculante aos provimentos ali listados, mas apenas exigir que os juízes e tribunais levem em conta tais precedentes em suas decisões. Dessa forma, seriam vinculantes apenas aqueles padrões que vinculam por força do seu próprio regime jurídico, em razão das normas específicas que lhe atribuem expressamente essa eficácia. Essa é a posição defendida por Alexandre Câmara, para quem seriam vinculantes apenas as decisões em controle concentrado de constitucionalidade (por força do art. 102, §2º, da CF), as súmulas vinculantes (art. 103-A da CF), a decisão do incidente de assunção de competência (art. 947, § 3º do CPC), a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985, I e II, CPC) e as decisões proferidas nos recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 1040 do CPC).¹⁸⁵ Esse entendimento foi depois aprofundado pelo autor com a proposta de diferenciação entre padrões decisórios vinculantes e persuasivos (que chama de argumentativos) a partir da amplitude do contraditório estabelecido em razão das

¹⁸² CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais, cit, 176 e ss.

¹⁸³ Nessa primeira corrente estão incluídos o próprio Ronaldo Cramer (Precedentes judiciais, cit, 176 e ss.), Fredie Didier Jr., Paula Sarno e Rafael de Alexandria (Curso de direito processual civil, v. 2, cit, p. 579 e ss.), Hermes Zaneti Jr. (Comentários ao novo Código de Processo Civil, cit., p. 1328 e ss.), entre muitos outros citados por Cramer, e aos quais se pode agregar Lucas Buril de Macêdo (Precedentes judiciais e o Direito Processual Civil, cit., p. 362) e Ravi Peixoto (Superação do precedente e segurança jurídica. 4a. ed., revista, atualizada e ampliada, Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 177), sendo essa aparentemente a doutrina prevalecente e aquela reputada correta no presente trabalho.

¹⁸⁴ Posição defendida por Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello (Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 1315) e por José Miguel García Medina (Novo Código de Processo Civil comentado. 4 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1324).

¹⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo, Atlas, 2015, p. 434.

diferentes técnicas de formação desses padrões decisórios. Assim, só teriam eficácia vinculante “as decisões formadas em procedimentos em que existam, expressamente, previsões normativas destinadas a regulamentar a participação de *amici curiae*, a realização de audiências públicas e a participação de outros interessados para conferir legitimidade constitucional à previsão expressa da eficácia vinculante das decisões ali proferidas”, exatamente aqueles mesmos por ele antes admitidos como vinculantes.¹⁸⁶ A quarta corrente defende que apenas os julgados de controle de constitucionalidade e as súmulas vinculantes teriam efeito vinculante, na medida em que a atribuição dessa força dependeria de previsão constitucional.¹⁸⁷ Finalmente, de acordo com o entendimento da quinta corrente, apenas os tribunais superiores (compreendidos como cortes supremas) teriam a missão de produzir precedentes e todos eles teriam efeito vinculante, não apenas aqueles previstos no art. 927 do CPC.¹⁸⁸

¹⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério, cit., p. 177 e ss. No entanto, como bem observa Ravi Peixoto, “[a] vinculação advinda do comando do art. 927 por meio do termo “observarão” não parece ter, de forma alguma, conotação de um mero dever de levar em consideração.” Para além do próprio termo, haveria a criação de um sistema completamente contraditório, na medida em que esse entendimento possibilitaria um precedente advindo de um IRDR de um tribunal de justiça como vinculante, enquanto um precedente advindo do tribunal pleno do STF sobre matéria constitucional seria meramente persuasivo. Para Ravi, “não há qualquer necessidade de outros comandos normativos para que quaisquer dos casos mencionados no art. 927 tenham eficácia vinculante.” Ele ainda lembra que o STF, na vigência do CPC/73, já considerava vinculantes os precedentes originados de recursos extraordinários com repercussão geral (Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 06.06.2011). O CPC atual veio para fortalecer a jurisprudência. Seria assim um contrassenso adotar essa interpretação restritiva da vinculação, que implicaria até a retirada da eficácia vinculante já apontada pelo STF no período do CPC/73. (in PEIXOTO, Ravi (coord). Enunciados FPPC. Organizado por assunto, anotados e comentados. 2ª. Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 642).

¹⁸⁷ Nessa corrente estão incluídos José Rogério Cruz e Tucci (O regime do precedente judicial no novo CPC. Fredie Didier Jr et al. (coord.). Precedentes, cit, p. 454), Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1.837) e Cassio Scarpinella Bueno (Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 538).

¹⁸⁸ Essa corrente é formada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: RT, 2015, p. 871; também MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, cit., p. 288; MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª. ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 79 e ss.). Em outro trabalho, Marinoni e Mitidiero reafirmam que apenas as decisões das Cortes Supremas (tribunais superiores) constituiriam precedentes, os quais na sua essência seriam sempre obrigatórios. Isto porque teriam esses tribunais a competência para dar a última palavra sobre a interpretação e a aplicação da lei, estando os demais tribunais a eles vinculados. Dessa forma, os tribunais superiores seriam Cortes de precedentes, enquanto os tribunais inferiores produziram apenas jurisprudência, ainda que vinculantes em situações específicas, como no julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. XV, Artigos 926 ao 975, 2ª Ed. São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018). Todavia, como observa Lucas Buril, o rompimento com a terminologia tradicional gera incertezas e cria confusão. (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 99-100).

Em relação aos argumentos das correntes que defendem uma interpretação restritiva do art. 927, cumpre destacar, primeiramente, que a circunstância de alguns desses precedentes terem efeito vinculante estabelecido por norma constitucional (decisões em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes) não significa que a atribuição de efeito vinculante ao precedente seja matéria reservada ao legislador constitucional.¹⁸⁹ A vinculação própria do precedente é aquela que obriga os órgãos jurisdicionais no julgamento de casos posteriores semelhantes. Trata-se de matéria processual passível de regramento pela legislação federal infraconstitucional (art. 22, I, CF).¹⁹⁰ É possível traçar um paralelo com a coisa julgada nesse aspecto. A Constituição brasileira estabeleceu a coisa julgada dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXVI, CF). Assim como o precedente, a coisa julgada decorre do princípio da segurança jurídica (princípio constitucional implícito). Não obstante, os seus limites e a sua eficácia podem ser definidos pelo legislador infraconstitucional, segundo posicionamento consolidado

¹⁸⁹ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, contemporaneamente à tramitação do projeto de lei convertido no atual Código, já tratara dessa discussão com precisão: “Ressalte-se que o efeito vinculante está sendo conferido por norma infraconstitucional, o que suscita e suscitará, obviamente, debate em torno da constitucionalidade do comando. Entretanto, não obstante o pensamento em sentido contrário, entendo que não há qualquer impedimento, de ordem constitucional. O fato de a Carta Magna prever, nas duas hipóteses já mencionadas, ou seja, nos arts, 102, § 2o., e 103-A, representa, apenas, que o referido comando foi inserido em nível constitucional porque: (a) possuíam íntima relação com assuntos (controle concentrado de constitucionalidade e inovação afeta ao STF, contendo inclusive a exigência do quórum qualificado de dois terços) tratados na norma maior; (b) foi estabelecido o efeito vinculante não apenas para os demais órgãos judiciais, mas também para a administração pública, nas esferas federal, estadual e municipal; (c) preservação do caráter vinculativo, para as duas hipóteses previstas, de eventuais reformas infraconstitucionais, que pudessem afastá-lo; (d) reforço da possibilidade de efeito vinculante para os demais órgãos judiciais, diante de eventual alegação de independência funcional, que se poderia fortalecer se a inovação viesse, primeiramente, por determinação infraconstitucional (Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: RT, 2014, p. 35-36.

¹⁹⁰ Nesse mesmo sentido Eduardo José da Fonseca Costa observa que “nada impede que texto de lei ordinária federal atribua eficácia vinculante a esses pronunciamentos e a outros, desde que a vinculação se cinja aos estreitos limites do Poder Judiciário. Ou seja, um novo precedente obrigatório não contemplado pela CF de 1988 pode obrigar apenas juízes e tribunais hierarquicamente subordinados àquele que o haja emitido. Enfim, ele só pode irradiar eficácia obrigatória interna, restringindo-se ao plano específico dos juízes e tribunais integrados ao órgão de justiça que o proferiu. Com isso se evita que o novo precedente ganhe ares de generalidade e abstração.” (Comentários ao Código de Processo Civil. Helder Câmara (coord.) Lisboa: Almedina, 2016, p. 1.126).

no Supremo Tribunal Federal.¹⁹¹ O mesmo entendimento vale para o precedente: nada impede que a sua eficácia seja delimitada pelo legislador ordinário, desde que não contrarie as disposições já existentes sobre a matéria na Constituição Federal.

Outra parte da doutrina, como destacado, sustenta que seriam vinculantes apenas os precedentes cuja inobservância possa ser coibida por meio da reclamação. Dessa forma, seriam vinculantes apenas os precedentes listados no art. 988 do CPC (súmula vinculante; decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos após esgotamento das instâncias ordinárias).¹⁹² Outros entendem que haveria, ao menos, um incremento na força vinculante no caso desses precedentes em razão do cabimento da reclamação.¹⁹³ A premissa, no entanto, é equivocada. Primeiro, ou o precedente tem efeito vinculante ou não tem (e, neste caso, o seu efeito é apenas persuasivo). Não existe obrigatoriedade pela metade. Ademais, a reclamação é meio de impugnação da decisão judicial que não respeita o precedente e não pressuposto necessário para a produção do efeito vinculante do precedente. A obrigatoriedade não decorre da previsão de cabimento da reclamação, mas do próprio enunciado normativo que prescreve o dever de observância obrigatória. Ademais, a reclamação é apenas um dos meios de impugnação. Qualquer decisão judicial que desrespeita precedente é passível de recurso, independentemente do cabimento simultâneo de reclamação.¹⁹⁴

¹⁹¹ Conforme já decidiu inúmeras vezes o STF: RTJ 159/682; RE 226.887-PE; RE 220.517-2, apenas para citar alguns exemplos.

¹⁹² Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello *in* Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil, cit., p. 1315.

¹⁹³ Esse parece ser o entendimento de Zaneti, ao classificar a eficácia vinculante dos precedentes em vinculatividade normativa formal (*de jure*) e vinculatividade normativa formal em senso forte e indicar que apenas neste último caso fica aberta a vida da impugnação direta aos órgãos superiores por meio de reclamação (ZANETI Jr, Hermes. O valor vinculante dos precedentes, cit., p. 354-355).

¹⁹⁴ Como bem observa Ronaldo Cramer “em regra, no Direito brasileiro, o precedente vinculante tem, à disposição, o uso da reclamação para forçar o seu cumprimento. No entanto, isso não significa que a reclamação seja pressuposto necessário para a existência da eficácia vinculante do precedente. A reclamação constitui tão somente um meio de impugnação da decisão judicial que não respeita o precedente. A sua previsão tem apenas o objetivo de tornar mais eficiente a aplicação do precedente vinculante. A ausência de reclamação não significa que o precedente não seria vinculante, porque ficaria sem proteção. A parte interessada ainda pode se valer de outro meio impugnativo para fazê-

Da mesma forma como o efeito vinculante não decorre do cabimento da reclamação, também não decorre somente de procedimentos com contraditório ampliado mediante participação de *amicus curiae* e audiências públicas. Essa forma de ampliação do contraditório é típica do processo objetivo. Na medida em que haja uma objetivação dos procedimentos voltados para o julgamento de *casos repetitivos* (*litígios agregados*) é importante que sejam adotadas essas técnicas de ampliação do contraditório de modo a qualificar a discussão e possibilitar a produção de precedentes bem fundamentados, com enfrentamento dos diversos argumentos que possam existir nos casos massificados. Mas isso não significa que essas técnicas sejam essenciais para a atribuição da obrigatoriedade aos precedentes. A obrigatoriedade decorre unicamente da imposição legal constante do art. 927 do CPC.

Marinoni e Mitidiero, por sua vez, sustentam que somente as decisões do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais superiores (denominados por eles de Cortes Supremas) formariam precedentes. E não seriam apenas algumas das decisões desses tribunais superiores, mas todas elas. Além disso, esses precedentes seriam sempre obrigatórios.¹⁹⁵ As demais decisões, emanadas de tribunais

lo incidir, e, por óbvio, este meio é o recuso. Dessa forma, o precedente vinculante pode ter reclamação ou não. Esse dado diz respeito apenas ao grau de proteção confiado ao precedente vinculante.” (Precedentes judiciais, cit., p. 188). No mesmo sentido assevera Ravi Peixoto que “o cabimento da reclamação, ao menos no Brasil, é irrelevante para a denominação do precedente como vinculante. Nos casos em que cabível, a reclamação atua apenas como mais um remédio jurídico processual apto à correção da não aplicação adequada de um determinado entendimento jurisprudencial vinculante.” (Superação do precedente e segurança jurídica, p. 177-178).

¹⁹⁵ Nesse sentido, MARINONI e MITIDIERO observam que: (a) todo precedente é sempre vinculante ou obrigatório (“o precedente tem sempre efeito vinculante, porque encarna a interpretação da Constituição ou da legislação federal em que se consubstancia a própria norma. Se a Constituição é interpretação da Constituição e a lei federal é a interpretação da lei federal, então é evidente que qualquer dissociação entre norma e interpretação – dentro da administração da justiça civil – só pode ser vista como um subterfúgio para escapar da eficácia vinculante da própria Constituição ou da lei federal. Vale dizer: da eficácia vinculante da própria ordem jurídica.”); (b) somente as Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e tribunais superiores) podem produzir precedentes, na medida em que o precedente pressupõe a última palavra a respeito da solução da questão e essas cortes “são institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como o desacordo interpretativo deve ser resolvido”, e (c) todas as decisões colegiadas das Cortes Supremas produzem precedentes e não apenas aquelas expressamente referidas no art. 927 do CPC. (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. XV, Artigos 926 ao 975, 2ª Ed. São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018, p. 52 e ss)

inferiores, que produzem entendimentos vinculantes por força da lei (como nos casos das decisões proferidas no âmbito dos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas) são tidas por esses autores como “jurisprudência vinculante” e não propriamente formadoras de precedentes. A razão desse entendimento está na alegação de que essas decisões dos tribunais inferiores seriam suscetíveis de revisão pelos tribunais superiores e, assim, não constituiriam a última palavra sobre a solução da questão jurídica, não podendo ser consideradas por isso precedentes.

O entendimento não nos parece correto. Primeiro, porque no caso do direito brasileiro a eficácia vinculante decorre da lei e não de construção jurisprudencial como nos países de *common law*. É o art. 927 do Código de Processo Civil que estabelece a obrigatoriedade da observância de determinadas decisões judiciais como parâmetro decisório para solução de casos posteriores, considerando-as, assim, precedentes vinculantes (entenda-se bem, a eficácia vinculante decorre da *decisão judicial considerada precedente* nas situações ali elencadas e não de um conjunto de decisões, não havendo que se falar, portanto, em jurisprudência, que, aliás, como se viu, obedece a uma racionalidade diferente e, por isso, não tem eficácia vinculante). Essas situações, ademais, não abrangem todas as decisões dos tribunais superiores e nem poderiam, pois muitas dessas decisões são meras reproduções de precedentes anteriores ou são decisões monocráticas sujeitas a recursos internos (portanto, jamais seriam precedentes). Além disso, o art. 927 limitou a eficácia vinculante a somente algumas das decisões proferidas em tribunais superiores (decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, decisões formadoras de enunciados de súmula, decisões proferidas em incidente de assunção de competência, decisões em julgamento de recursos repetitivos e decisões em geral do plenário ou do órgão especial desses tribunais). Pontue-se, ainda, que em relação aos tribunais inferiores, existem, sim, decisões que podem formar precedentes. Com efeito, existem questões que são resolvidas em última instância nos tribunais inferiores, como as questões que envolvem a interpretação e a aplicação de direito estadual, municipal ou distrital. Além disso, muitas questões que envolvem matéria federal, inclusive, direito constitucional, não chegam aos tribunais superiores. Basta pensar em questões que envolvam, por exemplo, a interpretação e a aplicação da Constituição Federal, mas

que não sejam reconhecidas como questões de repercussão geral pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Em todos esses casos a última palavra será aquela dada pelo tribunal inferior. Assim, essas decisões podem formar precedentes e, na medida em que seja formalmente atribuída eficácia vinculante aos seus fundamentos determinantes, para tornar obrigatória a sua observância na solução de casos análogos posteriores, esses precedentes se tornam obrigatórios ou vinculantes. O art. 927, todavia, limita a eficácia vinculante apenas a determinados precedentes dos tribunais inferiores (acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência e de julgamento de demandas repetitivas e acórdãos do plenário ou do órgão especial, em relação aos órgãos que estiverem vinculados àqueles formadores desses precedentes). Ademais, o fato dessas decisões serem suscetíveis em tese de recursos extraordinário e especial (o que significa que podem não ser a última palavra sobre a questão jurídica decidida) não lhes retira a eficácia de precedentes obrigatórios ou vinculantes desde que sejam não revistos pelos tribunais superiores. Vale dizer, serão precedentes obrigatórios ou vinculantes desde que não tenham sido interpostos nesses casos recursos especial e extraordinário, ou, tendo havido a interposição desses recursos, enquanto estiverem pendentes de julgamento (por força do efeito suspensivo estabelecido no art. 987, §1º, CPC). Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica afirmada no tribunal superior, seja em decorrência do provimento ou desprovimento do recurso, será encampada como precedente desse tribunal e terá eficácia em relação a todos os órgãos a ele vinculados em todo o território nacional (art. 987, § 2º).¹⁹⁶

Por outro lado, discute-se se a enumeração do art. 927 seria ou não exaustiva. De fato, como se verá adiante, o próprio Código reconhece, fora do elenco do art. 927, força vinculante aos acórdãos proferidos em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 1030, I, *a*, do CPC). De todo modo, como a decisão que reconhece a repercussão geral é do plenário do STF, essa hipótese pode ser subsumida no comando do inciso V do art. 927. Assim, não

¹⁹⁶ Existem ainda autores que entendem que apenas alguns dos incisos do art. 927 conteriam hipóteses de precedentes vinculantes, versando os demais sobre precedentes meramente persuasivos. Essa questão será enfrentada mais adiante, quando forem tratadas individualmente cada umas das situações descritas no art. 927.

haveria hipótese de precedente formalmente vinculante além das hipóteses enumeradas no art. 927.¹⁹⁷

Finalmente, é importante entender que a circunstância do acórdão estar enumerado dentre as situações do art. 927 do CPC não o torna automaticamente vinculante, qualquer que seja o seu conteúdo. Como defendido anteriormente, o efeito vinculante decorre da norma do precedente, a qual, por sua vez, é extraída dos fundamentos determinantes. E para que haja fundamento determinante é preciso haver coincidência nos fundamentos adotados pela maioria dos julgadores. Do contrário, não se tem fundamento determinante, mas dispersão de fundamentos.¹⁹⁸ Dessa forma, no direito brasileiro, em princípio, só há precedente vinculante nas hipóteses formalmente definidas em lei, mas a efetiva produção do efeito vinculante pressupõe a identificação dos fundamentos determinantes do acórdão que forma o precedente nessas hipóteses. Se não houver fundamentos determinantes, o precedente não terá efeito vinculante, mesmo em se tratando de hipótese enumerada no art. 927.

Cabe agora, então, analisar quais são as hipóteses definidas na lei como formadoras de precedentes vinculantes no direito brasileiro.

2. Precedentes oriundos de decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

¹⁹⁷ Zaneti, nessa linha, afirma que “O rol do art. 927 é excludente da vinculatividade formal de outras decisões. Assim, não formarão precedentes normativos formalmente vinculantes, nos termos do art. 927, as decisões de órgãos fracionários dos tribunais fora das hipóteses nele tratadas ou decisões dos juízes de primeiro grau. Essas decisões serão apenas vinculantes do ponto de vista racional para os próprios órgãos de decisão.” (ZANETI JR, Hermes. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.330).

¹⁹⁸ É nesse sentido que deve ser interpretado o Enunciado 315 do FPPC (art. 927): “Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes.” Tal enunciado deve ser lido em conjunto com o Enunciado 317, segundo o qual “O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.” A mesma ideia inspirou o Enunciado 319, que complementa esses dois enunciados anteriores: “Os fundamentos não adotados ou referenciados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante”.

O inciso I do art. 927 do CPC confere força obrigatória aos precedentes produzidos nos processos de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ADI, ADC e ADPF). Como já explicado, as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade podem formar tanto coisa julgada material, como precedente. Ambos produzem vinculação. Mas são vinculações diferentes. Enquanto a coisa julgada torna obrigatória a norma individualizada no dispositivo da decisão, a obrigatoriedade no precedente vinculante é da norma do precedente extraída dos fundamentos determinantes da decisão. Portanto, não se pode confundir o efeito vinculante conferido ao precedente constitucional formado no âmbito do controle concentrado por força do art. 927, I, CPC, com o efeito vinculante atribuído à coisa julgada formada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade por força do art. 102, §2º, da CF.¹⁹⁹ É preciso separar a eficácia da decisão que julga o caso (ou seja, que julga a ADI, ADC ou ADPF) da eficácia da norma do precedente decorrente dos fundamentos determinantes dessa decisão. Ou seja, uma coisa é a eficácia da decisão em relação ao caso julgado e outra é sua eficácia em relação aos casos futuros análogos. Como observado por Mitidiero, a primeira eficácia faz parte do discurso da decisão e a segunda do discurso do precedente.²⁰⁰

Dessa forma, a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade faz coisa julgada *erga omnes* e tem força vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública. Significa dizer que a solução do caso, determinada pelo dispositivo da decisão (por exemplo, no sentido de que determinado dispositivo legal é inconstitucional ou constitucional), é imutável e indiscutível em relação a todos, incluindo os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta ou indireta (coisa julgada com eficácia *erga omnes* e

¹⁹⁹ Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁰⁰ MITIDIERO. Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª. ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. Nessa mesma linha, segundo Zaneti “o efeito *erga omnes* e a eficácia vinculante de que trata o art. 102, § 2º, da CF, é da decisão do caso e não do precedente formado. O precedente formado será obrigatório para os demais juízes e tribunais na forma do art. 927, I, do CPC e para o próprio STF na forma do art. 926, caput, CPC. (ZANETI Jr, Hermes. O valor vinculante dos precedentes, cit., p. 368).

vinculante). Portanto, ninguém mais poderá discutir sobre a constitucionalidade do ato normativo declarado inconstitucional ou constitucional em qualquer processo, seja no âmbito judicial ou administrativo. Essa é a eficácia que decorre do texto constitucional (art. 102 § 2º, CF).²⁰¹

A eficácia decorrente do texto do CPC é diferente. Trata-se de outra eficácia, também vinculante, mas decorrente da adoção de uma teoria dos precedentes pelo Código atual. Essa eficácia vinculante diz respeito à obrigatoriedade da observância dos fundamentos determinantes da decisão paradigma em relação aos casos futuros análogos para todos os órgãos jurisdicionais.²⁰² Não há, portanto, redundância. O efeito vinculante constitucional é diferente do efeito vinculante processual.

Portanto, os acórdãos proferidos nas ações diretas de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), independentemente da formação de coisa julgada em relação à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do ato normativo constante do seu dispositivo, formam também precedentes vinculantes em relação a casos posteriores nos quais surja discussão semelhante (precedente constitucional). Esses casos podem ser novas ações de controle concentrado sobre atos normativos de conteúdo idêntico ou semelhante àquele enfrentado no precedente constitucional (casos em controle concentrado) ou mesmo ações nas quais se discuta sobre a aplicação de ato normativo de conteúdo idêntico ou semelhante àquele tratado no precedente constitucional (casos em controle difuso). Dessa forma, os fundamentos

²⁰¹ Essa eficácia, na prática, elimina o ato normativo declarado inconstitucional do ordenamento jurídico, sem necessidade de qualquer outro ato (como a comunicação ao Senado Federal para suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, determinada no art. 52, X, CF, inaplicável nessa situação de controle concentrado e abstrato). Quanto ao ato normativo declarado constitucional, só poderá haver nova discussão em torno da sua constitucionalidade em caso de mutação constitucional. Nessa hipótese de mutação constitucional, há uma alteração no sentido da norma constitucional e, portanto, do parâmetro de controle em relação ao seu conteúdo. Dessa forma, a discussão diante da mutação constitucional constitui uma nova questão e não repetição da questão anterior. Por isso, não há óbice decorrente da coisa julgada anterior, que se mantém e não será desconstituída. Portanto, não há revisão da coisa julgada e a discussão, na verdade, diz respeito à eficácia temporal da nova coisa julgada, que não deverá se chocar com a eficácia temporal da coisa julgada anterior, de modo que seja observada a proteção da confiança do jurisdicionado.

²⁰² Assim deve ser entendido o Enunciado FPPC 168 (art. 927, I; art. 988, III): “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.”

determinantes do precedente constitucional obrigam o próprio Supremo Tribunal Federal como todos os demais órgãos jurisdicionais. A diferença, como se verá, é que essa obrigatoriedade não é absoluta para o STJ, na medida em que ele é competente para promover a superação do próprio precedente.²⁰³

3. Precedentes que dão origem a enunciados de Súmula

O art. 927, inciso II, reforça o dever de observância obrigatória dos enunciados da “súmula vinculante”, editados conforme disposto no art. 103-A da CF e na Lei 11.417/2006, permitindo uma reformulação do sentido do efeito vinculante conferido pela disposição constitucional.²⁰⁴ O inciso IV, por sua vez, estabelece o dever de observância também para os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, que antes não eram dotados dessa eficácia.²⁰⁵

²⁰³ Enunciado 169 do FPPC: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927.” O Art. 1.037, § 9º, do CPC ressalva que, no julgamento de REER, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado. Já o art. 927, § 4º, prevê a possibilidade de modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos, desde que seja observado o dever de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. No entanto, como se verá na parte II deste trabalho, essas não são as únicas ressalvas.

²⁰⁴ Como referido, o efeito vinculante constitucional atribuído à decisão em controle concentrado de constitucionalidade diz respeito à coisa julgada. É um reforço à extensão dos limites subjetivos da coisa julgada a fim de vincular os demais órgãos jurisdicionais e a Administração Pública direta e indireta ao dispositivo da decisão que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do ato normativo. Esse não poderia ser o mesmo entendimento para o efeito vinculante na súmula vinculante porque nos casos que dão origem ao entendimento sumulado o controle é difuso e, portanto, a questão constitucional é tratada como questão prejudicial para a solução do mérito nesses casos. Por isso não se trata aqui de extensão da coisa julgada formada nesses casos. Essa parece ser a razão pela qual sempre se viu o efeito da súmula vinculante como vinculante do próprio enunciado. Tal entendimento, no entanto, confere um caráter abstrato ao enunciado (tese enunciada em abstrato e vinculante) incompatível com o princípio da separação de poderes. As regras do CPC atual que envolvem a aplicação dos enunciados de súmula permitem uma releitura desse entendimento no sentido de adequar o efeito vinculante da súmula vinculante aos fundamentos determinantes dos precedentes que dão origem ao enunciado.

²⁰⁵ Como observa Ravi Peixoto, apesar de alguns provimentos dos demais tribunais superiores não estarem referidos expressamente no rol do art.927 do CPC, é possível vislumbrar a atribuição de efeito vinculante para as súmulas e orientações jurisprudenciais advindas do TST, que podem ser inseridas no art. 927, IV, por meio de interpretação analógica (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4a. ed., revista, atualizada e ampliada, Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 181).

Como analisado anteriormente, o CPC atual trouxe regras que permitem uma reformulação do uso das súmulas, em especial, o art. 927, incisos II e IV, que estabelecem o dever de observância obrigatória tanto para os enunciados da “súmula vinculante” como para os enunciados da “súmula comum” dos tribunais superiores, o art. 926, §§ 1º e 2º, que estabelecem os deveres de formalização e de adstrição da súmula ao caso concreto, e o art. 489, § 1º, V, que estabelece o dever de correlação também em relação aos enunciados de súmula.

Os enunciados de súmula são atos jurídicos autônomos. Não obstante, a sua função, de acordo com essas regras, é reconhecer formalmente a jurisprudência dominante dos tribunais e, com isso, conferir efeito vinculante aos precedentes que lhes dão origem. O procedimento para edição do enunciado de súmula implica o reconhecimento formal de determinada decisão reiterada como precedente, ou do conjunto de decisões relacionadas como linha de precedentes, dotando-os de efeito vinculante. Dessa forma, os enunciados de súmula não se confundem com as decisões reiteradas a partir das quais eles são editados, porém eles não podem ser editados, nem serem interpretados e aplicados como enunciados abstratos, desvinculados das circunstâncias fáticas dos precedentes a partir dos quais eles são editados. Os enunciados de súmula devem, assim, espelhar os fundamentos determinantes do precedente reiterado ou da linha de precedentes que levaram à sua formação. Dessa forma, observar os enunciados de súmula é observar os fundamentos determinantes dos precedentes que os originaram.²⁰⁶ Além disso, a interpretação e a aplicação do enunciado de súmula para solução do caso concreto posterior pressupõem necessariamente a correlação entre as circunstâncias fáticas do precedente vinculante como tal reconhecido pela edição do enunciado e as circunstâncias fáticas do caso posterior em julgamento. Ou seja, a vinculação é dos fundamentos determinantes do precedente que deu origem ao enunciado de súmula na sua unidade fático-jurídica (circunstâncias fáticas que levaram à solução jurídica no caso precedente cuja decisão motivou a criação do enunciado de súmula).

²⁰⁶ Como explica Fredie Didier, “fala-se em observância do enunciado apenas por uma opção de brevidade e pela facilitação do discurso” (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, cit, p. 582).

Note-se que o dever de observância obrigatória, assim como os deveres de formalização, adstrição ao caso e correlação, aplicam-se, indistintamente, tanto à “súmula vinculante” como à “súmula comum” dos tribunais superiores. Dessa forma, os precedentes que estão na origem dos enunciados de ambas as modalidades de súmula são igualmente vinculantes (no sentido de ser obrigatória a sua observância nos julgamentos de casos posteriores por todos os órgãos jurisdicionais). Por outro lado, persistem outras diferenças. A súmula vinculante tem um regime diferenciado, na medida em que: (a) edição dos seus enunciados exige pressupostos específicos, quais sejam, (i) a controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública (federal, estadual, distrital ou municipal) acerca da validade, da interpretação ou da eficácia de determinada norma constitucional, (ii) o risco de grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica e (iii) a existência de reiteradas decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (sem as quais não se forma jurisprudência dominante); (b) possui rito próprio de edição, revisão e cancelamento, que só pode ser instaurado por determinados legitimados; (c) a súmula vinculante exige quórum qualificado de votação e modificação; (d) os seus enunciados (*rectius*, os fundamentos determinantes dos precedentes que lhes dão origem) vinculam não só juízes e tribunais, como também a Administração Pública (sua vinculatividade, portanto, é maior que a do CPC, restrita aos juízes e tribunais); e (e) a lei estabelece a possibilidade de controle por meio de reclamação apenas para a súmula vinculante, excluindo assim o uso dessa forma de impugnação em relação à súmula comum.

Por outro lado, só haverá eficácia vinculante se observada a regra do art. 926, § 2º, CPC, que estabelece o dever de adstrição às circunstâncias fáticas e jurídicas dos precedentes que dão origem aos enunciados de súmulas. Ou seja, somente se o extrato representado no enunciado da súmula corresponder aos fundamentos determinantes dos precedentes, as súmulas poderão ter a eficácia vinculante acrescida.²⁰⁷

²⁰⁷ Como observa Zaneti, “as súmulas são compostas de enunciados de extratos dos fundamentos determinantes dos precedentes (*ratio decidendi*, unidade fático-jurídica da decisão), mencionando as circunstâncias fáticas e jurídicas que a compõem, ou seja, relacionando os fatos materiais (*material facts*) com a regra de direito princípio jurídico aplicável (*regula juris*). Somente se o extrato representado no enunciado da súmula corresponder ao conteúdo dos precedentes, haverá respeito aos precedentes e às súmulas poderão ter, nesse caso, a eficácia vinculante acrescida. O art.

Em suma, o art. 927 atribui efeito vinculante ao precedente que dá origem ao enunciado tanto da súmula vinculante como da súmula comum dos tribunais superiores. Nesse aspecto específico relativo ao efeito vinculante do precedente, não há diferença entre súmula vinculante e súmula comum.²⁰⁸

4. Procedimentos de formação concentrada de precedentes (incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos e julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida)

O art. 927, III, do CPC, prescreve que os juízes e os tribunais também observarão “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.” Ao estabelecer o dever de observância obrigatória nessas hipóteses, o Código reconhece como precedentes dotados de efeito vinculante os acórdãos proferidos em determinados procedimentos estruturados para possibilitar a solução concentrada de questões jurídicas repetitivas ou relevantes. Esses procedimentos compõem um microssistema de formação concentrada de precedentes vinculantes, cujas regras se complementam reciprocamente.²⁰⁹ Esse é o traço comum que justifica a reunião dessas hipóteses no mesmo inciso, embora existam diferenças relevantes.

926, § 2º indica o acerto desta interpretação. O mesmo vale para o inciso II, acima, que refere às súmulas vinculantes. Não se podem confundir os enunciados das súmulas com normas abstratas genéricas, no estilo dos assentos portugueses, sob pena de inconstitucionalidade. Em outras palavras, pode-se falar em súmulas como extrato dos precedentes se, e somente se, a formulação e aplicação das súmulas não for abstrato e genérica, mas vinculada à *ratio decidendi* dos casos precedentes.” (ZANETI JR, Hermes. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1322).

²⁰⁸ A súmula vinculante foi pensada a partir do efeito vinculante atribuído às decisões de controle concentrado para dar tratamento semelhante às decisões sobre questões constitucionais relevantes proferidas em controle difuso. No entanto, a teoria dos precedentes adotada pelo CPC atual permite tratamento mais adequado que, dentre outras mudanças, provoca uma reformulação do papel da súmula, conforme defendido neste trabalho. Consequentemente, as diferenças hoje existentes entre a súmula vinculante e a súmula comum tendem também a não fazer mais sentido, o que, acredita-se, abrirá espaço para a unificação dos regimes.

²⁰⁹ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit, p. 583.

O art. 928 do CPC considera como julgamento de *casos repetitivos* apenas o incidente de resolução de demandas repetitivas e os julgamentos de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos. Por outro lado, o art. 947 determina o cabimento do incidente de assunção de competência apenas quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária no tribunal envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, *sem repetição em múltiplos processos*. Portanto, no âmbito dos tribunais inferiores, quando a matéria for objeto de processos repetitivos, é cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Quando a matéria não for objeto de processos repetitivos, mas for relevante e tiver grande repercussão social, é cabível o incidente de assunção de competência (IAC).²¹⁰ Note-se, contudo, que em ambas as situações se está diante de uma mesma questão de direito. A diferença, que resulta na possibilidade de instauração de um ou de outro incidente, está na circunstância dessa mesma questão de direito surgir em demandas massificadas ou seriais (demandas isomórficas) ou em demandas diferentes (demandas heteromórficas). Na primeira hipótese caberá o IRDR; na segunda, o IAC. Demandas isomórficas seriam, por exemplo, demandas de diferentes autores que questionam, sob o mesmo fundamento, a cobrança de uma mesma tarifa cobrada pela mesma concessionária de serviço público. Ou, ainda, demandas de diferentes consumidores que pretendem obter indenização de fabricante de produto que teria causado danos à saúde de todos eles. Nesses dois exemplos, as demandas são seriais, pois tratam de uma mesma questão, que constitui objeto comum a todas elas. Uma vez resolvida a questão comum, a solução dessa questão deve ser a mesma em todas essas demandas que serão decididas de forma semelhante. Por outro lado, é possível que a discussão de uma mesma questão de direito surja em demandas diferentes. É o que ocorre, por exemplo, em diferentes processos de família, nos quais se discutem os requisitos para a fixação de guarda compartilhada ou para a exoneração de alimentos. Ou, ainda, em processos nos quais se discutem os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica.²¹¹ Nesses exemplos, as demandas não são seriais, ao contrário, são demandas diferentes, seus objetos

²¹⁰ Enunciado 334 do FPPC: “Por força da expressão “sem repetição em múltiplos processos” não cabe o incidente de assunção de competência quando couber julgamento de casos repetitivos”.

²¹¹ Esses exemplos de IAC são de Alexandre Freitas Câmara (Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo, ed. Atlas, 2018, p. 252).

são diferentes, não obstante a presença da discussão de uma mesma questão jurídica que repercute na solução desses diferentes casos. Essas são demandas heteromórficas. Conclui-se, portanto, que não importa, para o cabimento do IRDR ou do IAC, se a *questão* é ou não repetitiva. Até porque o elemento da repetição está presente em ambas as hipóteses, na medida em que para ser relevante e ter grande repercussão social, a questão terá, no mínimo, potencial para se repetir em outros processos (ainda que isso não venha efetivamente a ocorrer). Assim, determinante para o cabimento de um ou outro incidente é a pendência ou não de *processos repetitivos* (*casos repetitivos*) e não de *questão repetitiva* ou *que pode se repetir*.

De todo modo, o legislador identificou em ambas as situações a utilidade da instauração de incidente no âmbito do tribunal para afetar processo representativo da controvérsia (caso paradigma ou causa-piloto) a fim de decidir a questão jurídica de forma concentrada (acórdão paradigma). No caso específico do IRDR, a causa-piloto é escolhida dentre os diversos casos repetitivos já existentes que ficarão suspensos para aguardar o seu julgamento. Uma vez proferida a decisão na causa-piloto, o acórdão paradigma será imediatamente aplicado para resolver os demais processos repetitivos que ficaram suspensos. Por outro lado, o acórdão paradigma, tanto no IRDR como no IAC, constituirá precedente vinculante para a solução de casos posteriores nos quais venha a surgir a discussão sobre a mesma questão jurídica. Isso significa que, independentemente da solução dada para a causa-piloto, constante do dispositivo do acórdão, o entendimento acerca da questão repetitiva ou relevante, que constitui fundamento determinante do acórdão paradigma (*ratio decidendi*), deverá ser aplicado para a solução dos casos subsequentes nos quais apareça essa mesma questão (art. 985 do CPC).²¹² Dessa forma, ao mesmo tempo em que há formação da coisa julgada em relação à solução da causa para as partes, há também a formação de precedente vinculante para aplicar o entendimento sobre

²¹² (IAC) “Art. 947. (...) § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.”

(IRDR) “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.”

a questão repetitiva ou relevante (fundamento determinante para a solução da causa) nos casos posteriores semelhantes.

Note-se, ainda, que o incidente de resolução de demandas repetitivas é de competência exclusiva dos tribunais de segunda instância (não cabe o IRDR nos tribunais superiores). Já o incidente de assunção de competência cabe tanto nos tribunais inferiores, como nos tribunais superiores. Assim, uma vez julgado o IRDR ou o IAC no tribunal de segunda instância, o acórdão paradigma formará precedente no âmbito desse tribunal. É possível, porém, a interposição de recurso especial ou de recurso extraordinário contra esse acórdão (tanto no IRDR como no IAC). Nesse caso, a decisão proferida no julgamento do recurso, a qual substitui a decisão recorrida, produzirá efeito vinculante em todo território nacional (art. 987, § 2º, CPC).²¹³

O inciso III do art. 927 menciona ainda o julgamento do recurso especial e extraordinário repetitivo (REER). Trata-se também de procedimento de formação concentrada de acórdão paradigma tanto para solução dos recursos especiais e extraordinários sobrestados nos tribunais inferiores, que discutem a mesma questão jurídica, como também para solução de casos posteriores nos quais venha a surgir a discussão sobre essa mesma questão. Ou seja, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito (*casos repetitivos*), haverá afetação para julgamento concentrado pelo tribunal superior competente (art. 1.036 do CPC). Portanto, o REER, assim como o IRDR, é um incidente de julgamento de casos repetitivos ou de litígios agregados (art. 928). Porém, o IRDR é um incidente específico para os tribunais de segunda instância, enquanto o REER é incidente próprio dos tribunais superiores.

A seleção de recursos representativos da controvérsia para afetação por meio do incidente de julgamento de REER caberá tanto ao órgão encarregado da admissibilidade dos recursos excepcionais no tribunal de origem, como ao relator

²¹³ (IRDR) “Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. (...) § 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.”

do recurso no tribunal superior. A decisão de afetação caberá ao relator do recurso afetado no tribunal superior, que também determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão em todo território nacional (art. 1.037 do CPC).

Publicado o acórdão paradigma, caberá ao órgão encarregado da admissibilidade dos recursos excepcionais no tribunal de origem negar seguimento aos recursos especiais e extraordinários sobrestados, se o acórdão recorrido coincidir com o entendimento firmado no acórdão paradigma, isto é, se o recurso sobrestado defender posição contrária ao precedente formado pelo acórdão paradigma (art. 1040, I, CPC). Todavia, se ocorrer o oposto, ou seja, se o acórdão recorrido estiver em sentido contrário ao entendimento do tribunal superior no acórdão paradigma, o caso será novamente examinado pela câmara ou turma, para que esse órgão fracionário decida se aplica o precedente ou mantém o acórdão recorrido (art. 1.040, II, CPC). Caso o acórdão recorrido seja mantido pela câmara ou turma, o recurso especial ou extraordinário terá seguimento, para análise de sua admissibilidade e, uma vez sendo positivo o juízo de admissibilidade, será remetido ao tribunal superior competente, independentemente de ratificação, a fim de assegurar a aplicação do precedente (art. 1.041, §2º, CPC). Os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição, por sua vez, retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior (art. 1.040, III, CPC).

A afetação do recurso especial ou extraordinário repetitivo, portanto, forma um incidente no âmbito dos tribunais superiores para julgamento desses recursos excepcionais em caso repetitivo. A técnica é semelhante assim à do IRDR. Como observa Zaneti, trata-se de técnica para julgamento de litígios agregados. Aqui também há formação de coisa julgada, mas apenas em relação àqueles que ajuizaram as ações nas quais foram julgados os recursos repetitivos e no âmbito de cada uma dessas ações. Ao mesmo tempo, há formação de precedente em relação à tese jurídica analisada, que vinculará os casos futuros. Assim, a decisão que fixa a tese jurídica aplica-se de imediato a todos os processos em tramitação atingidos pelo sobrestamento (casos atuais agregados, nos quais se discute a mesma tese jurídica). Outra, no entanto, é a eficácia da tese jurídica fixada como norma do

precedente. Neste segundo caso, a tese jurídica fixada como norma do precedente vinculará para todos os casos futuros.²¹⁴

Embora o inciso III do art. 927 mencione apenas essas três hipóteses de formação de precedentes vinculantes (IAC, IRDR e incidente de julgamento de REER), existe ainda outro precedente vinculante resultante de incidente no âmbito do Supremo Tribunal Federal: o acórdão que julga recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 1.030. I, *a*, do CPC).²¹⁵ É preciso distinguir essa hipótese daquela referente à decisão do Supremo Tribunal Federal que nega a existência de repercussão geral, nos termos do art. 1.035 § 8º.²¹⁶ Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem deverá negar seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.²¹⁷ No entanto, como bem observa Lucas Buril, nesse procedimento dotado também de certa objetividade, o que vincula os demais casos é a própria decisão quanto à existência da repercussão geral e não seus fundamentos. Dessa forma, não há sequer possibilidade de comparação analítica das razões de decidir pela existência ou inexistência da repercussão geral pelos julgadores subsequentes dos tribunais inferiores. Simplesmente os tribunais locais deverão inadmitir os recursos extraordinários sobrestados, compartilhando a decisão. Até porque a competência para aferir a existência ou não da repercussão geral é exclusiva do STF.²¹⁸ Assim, não há que se falar em precedente, com eficácia

²¹⁴ Entendendo da mesma forma Hermes Zaneti Jr. (*in* Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1321 e 1322).

²¹⁵ “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;” (incluído pela Lei nº 13.256, de 2016).

²¹⁶ “Art. 1.035 (...) § 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.”

²¹⁷ No mesmo sentido, entendendo tratar-se de hipótese de precedente vinculante: Ronaldo Cramer (Precedentes judiciais, cit., p. 192); Fábio Monnerat (Súmulas e precedentes qualificados, cit., p. 163).

²¹⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes e direito processual civil, cit., p. 444-445.

vertical, para os tribunais inferiores. De todo modo, a decisão sobre a repercussão geral é da competência do plenário do STF e por isso produz vinculação no plano horizontal para o próprio STF em casos semelhantes posteriores. Portanto, no plano horizontal, há precedente vinculante, passível de superação pelo próprio STF.²¹⁹ Por outro lado, o acórdão que decide o mérito do recurso extraordinário com repercussão reconhecida forma precedente vinculante, independentemente de ter sido julgado pelo procedimento do recurso extraordinário repetitivo. A eficácia vinculante nessa hipótese já era reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde a vigência do CPC anterior.²²⁰ O Código atual atribui expressamente essa eficácia ao estabelecer a obrigatoriedade da sua observância pelos tribunais de origem (art. 1.030, I, a, do CPC), inclusive sujeitando a decisão que negar a sua aplicação à reclamação, desde que não caiba mais recurso e, portanto, tenham se esgotado todas as formas de levar a questão do Supremo Tribunal Federal (art. 988, §5º, II, do CPC).²²¹ Tudo indica que é por essa razão que o STF não costuma utilizar o procedimento de julgamento de recurso extraordinário repetitivo. Como o recurso extraordinário com reconhecimento de repercussão geral já produz efeito vinculante é desnecessário afetar recursos extraordinários para julgá-los pela sistemática de recursos repetitivos. O reconhecimento da repercussão geral basta para a finalidade de vincular todos os órgãos jurisdicionais ao entendimento firmado no julgamento de mérito do recurso

²¹⁹ Nesse sentido assevera Marinoni: “As decisões acerca da repercussão geral têm eficácia horizontal, embora o Supremo possa, excepcionalmente e mediante a devida argumentação, rever as suas teses e critérios para aferição da repercussão. Por outro lado, as decisões teriam eficácia vinculante vertical caso os tribunais pudessem penetrar na análise da repercussão geral. Não obstante, a apreciação da existência ou não de repercussão geral compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (arts. 102, § 3º, da CF/1988, e 1.035, § 2º, do CPC/2015). De qualquer forma, os tribunais inferiores, uma vez reconhecida a repercussão, ficam impedidos de tratar da questão.” (Precedentes obrigatórios, cit., p. 305-306).

²²⁰ “As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia.” (Rcl 10.793, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 06.06.2011).

²²¹ “Art. 988 (...) § 5º É inadmissível a reclamação: (...) II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.” Ou seja, em sentido contrário, admite-se a reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral conhecida desde que tenha sido esgotada a instância ordinária, não cabendo mais nenhum recurso capaz de levar a questão ao Supremo Tribunal Federal.

extraordinário. Note-se que, no STJ, ao contrário, onde não há o requisito de admissibilidade da demonstração de repercussão geral, o procedimento do julgamento de recurso especial repetitivo tem sido largamente adotado.

Por fim, cabe destacar uma característica comum a essas hipóteses de formação concentrada de precedentes: a ampliação do contraditório por meio da intervenção de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas, a semelhança do que ocorre com as ações de controle concentrado de constitucionalidade e deveria ser também com os enunciados de súmula (não só a vinculante, mas também a comum). Há previsão de contraditório ampliado, mediante intervenção de *amicus curiae*, tanto no IRDR (art. 983, §1º, CPC)²²², como no julgamento de REER (art. 1.038 do CPC)²²³ ou ainda para decisão sobre a existência de repercussão geral (art. 1.035, § 4º, CPC).²²⁴ A audiência pública é prevista apenas para o IRDR e o REER. Não há previsão expressa de ampliação do contraditório no caso do IAC. Não obstante, como todos esses casos constituem incidentes de formação concentrada de precedentes vinculantes, as suas regras devem ser interpretadas em conjunto e, portanto, se aplicam indistintamente a todas essas situações. Além disso, especificamente nos casos repetitivos (IRDR e REER), o procedimento é aberto também para a intervenção daqueles que são as partes, ou podem vir a ser, das demais demandas isomórficas.²²⁵ O objetivo dessas técnicas de ampliação do

²²² Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

²²³ “Art. 1.038. O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;”

²²⁴ “Art. 1.035 (...) § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”

²²⁵ Trata-se de intervenção *sui generis*, na medida em que não é caso de assistência litisconsorcial, nem de assistência simples, tampouco de intervenção de *amicus curiae* (as partes não são titulares de uma mesma relação jurídica ou de relações jurídicas interligadas, nem terceiros juridicamente desinteressados com conhecimento específico e representatividade adequada para auxiliar a Corte, mas, sim, titulares de relações jurídicas inteiramente autônomas, embora semelhantes).

contraditório é assegurar a ampla participação dos interessados na construção da solução paradigma, pluralizar o debate e permitir a dedução de todos os argumentos possíveis e necessários à solução da questão controvertida.

5. Precedentes decorrentes de decisões e orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais

O art. 927, V, CPC, por fim, estabelece que juízes e tribunais devem seguir “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Como explica Didier, essa disposição estabelece duas ordens de vinculação. Uma vinculação interna, dos membros e órgãos fracionários aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial do tribunal que integram, e uma vinculação externa, dos demais órgãos de instâncias inferiores (juízes e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos.²²⁶ Trata-se, assim, de vinculação tanto horizontal como vertical.

Além disso, o termo orientação engloba não só as decisões, mas também os enunciados de súmula aprovados pelo plenário ou pelo órgão especial. A questão é saber se toda e qualquer decisão ou enunciado de súmula do plenário ou órgão especial poderia produzir eficácia vinculante ou se apenas determinadas orientações. Nesse ponto, a disposição deve ser interpretada em consonância com a estrutura judiciária e a competência atribuída aos órgãos jurisdicionais. Do contrário haveria superposição de precedentes vinculantes. Assim, qualquer decisão do plenário do STF em matéria constitucional vincula todos os tribunais e juízes brasileiros (porque o STF é o órgão máximo para a interpretação do direito constitucional). Da mesma forma, qualquer decisão da corte especial do STJ (que fez as vezes do órgão especial inexistente no STJ), em matéria infraconstitucional federal, vincula todos os tribunais e juízes brasileiros (porque o STJ é o órgão máximo para a interpretação do direito federal infraconstitucional). O mesmo ocorre com relação ao TSE, STM, TST, nas matérias de suas respectivas

²²⁶ Enunciado 170 FPPC: “As decisões e precedentes previsto nos incisos do caput do art. 926 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Essa vinculação, como explicado, se manifesta tanto no plano horizontal como vertical.

competências constitucionais, em relação aos órgãos e juízes a eles vinculados.²²⁷ Já no caso dos Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça estaduais, os seus órgãos máximos só produzem precedentes vinculantes naquelas matérias em relação às quais eles têm a última palavra. Por exemplo, nos casos dos Tribunais de Justiça estaduais, são eles que decidem em última instância sobre a interpretação e aplicação da lei estadual ou municipal (ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade perante a Constituição Federal).

Cabe uma última observação a respeito desse inciso. Existem tribunais que, por meio dos seus Regimentos Internos, criam seções especializadas e lhes atribuem competência para decisão final sobre determinadas matérias. O maior exemplo é o STJ. A primeira seção, formada pela reunião da primeira e da segunda turmas, decide sobre as questões jurídicas mais ligadas ao direito público. Cabe à segunda seção, formada pela reunião das terceira e quartas turmas, decidir sobre os temas de direito privado. Compete à terceira seção, formada pela reunião da Quinta e Sexta Turmas, decidir sobre matéria penal.²²⁸ A competência para julgamento de recursos atribuída à corte especial é bem restrita. Mais restrita ainda é aquela atribuída ao plenário. Assim, a maior parte das questões dificilmente chega à corte especial e ao plenário. Por exemplo, é comum a primeira seção dar a última palavra sobre questões de direito tributário. Portanto, não há justificativa para limitar a atribuição de efeito vinculante somente aos precedentes da corte especial do STJ, quando a maior parte das matérias é decidida pelas seções especializadas. Assim, na hipótese em que a matéria não chegue à corte especial, as seções especializadas funcionam como órgão máximo. Significa que terá efeito vinculante o precedente de seção especializada sobre matéria em relação à qual não há manifestação da corte especial.²²⁹

²²⁷ ZANETI JR, Hermes. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Coord. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.330.

²²⁸ Há no STJ três Seções, integradas pelos componentes das Turmas da respectiva área de especialização. A Primeira e a Segunda Turmas compõem a Primeira Seção; a Terceira e a Quarta Turmas, a Segunda Seção; e a Quinta e a Sexta Turmas, a Terceira Seção (art. 2º do RISTJ).

²²⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes e direito processual civil, cit., p. 366-367.

SEGUNDA PARTE - SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Título 1. Definição de superação

1. Segurança jurídica e adaptabilidade do ordenamento jurídico

O conceito de segurança jurídica sofreu significativa mudança nas últimas décadas.²³⁰ O dinamismo e a adaptabilidade, características da sociedade contemporânea, impactaram a evolução da cláusula do Estado de Direito e, conseqüentemente, a concepção de segurança jurídica, que passou a ser vista sob o novo *paradigma da segurança-continuidade*.²³¹

Nessa nova perspectiva, a segurança jurídica é vista como uma norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção de comportamentos que contribuam para a existência de um estado de calculabilidade jurídica e de confiabilidade, com base na cognoscibilidade das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor da capacidade do cidadão organizar o seu presente e planejar o seu futuro, sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade.²³²

A *cognoscibilidade* é a capacidade de compreensão, material e intelectual, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los. A *cognoscibilidade* substitui contemporaneamente a ideia de *determinação* ligada à concepção tradicional de segurança jurídica, na medida em que não existe uma determinação absoluta e prévia de conteúdos normativos. O Direito não é meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significado de textos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de

²³⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 2019. CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo. Introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

²³¹ CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo, cit. p. 28-45.

²³² ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 286.

aplicação. Trata-se, portanto, de uma atividade dependente do processo de interpretação e de aplicação. O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado. Cabe ao intérprete, mediante atividade dinâmica e intermediária, centrada não apenas em aspectos semânticos, mas também em estruturas argumentativas, reconstruir um conteúdo normativo a partir de núcleos semânticos gerais mínimos, por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis.²³³ As normas gerais e abstratas fornecem os parâmetros fixos de comportamento para os destinatários, permitindo que eles possam antecipar as consequências de suas ações e os comportamentos dos demais cidadãos. O conhecimento de uma decisão administrativa ou judicial, que reconstrói o conteúdo normativo das normas gerais e abstratas diante de uma situação específica, cria para o cidadão a expectativa de que, ocorrendo caso similar, idêntica solução deverá ser adotada. No entanto, essa cognoscibilidade pode ser prejudicada pela falta de fundamentação adequada e pela existência de divergências nessas decisões.²³⁴ Por isso a exigência de uniformidade aplicativa, decorrente do princípio da igualdade, da qual são deduzidos os elementos de calculabilidade e de confiabilidade que compõem a segurança jurídica.

A *calculabilidade* substitui a concepção anterior de *previsibilidade* (absoluta), enquanto capacidade total de antecipar conteúdos normativos, ligada à ideia de determinação e, portanto, incompatível com o significado de cognoscibilidade. A calculabilidade deve ser analisada em duas dimensões. No que se refere aos conteúdos normativos atribuídos às normas vigentes no momento de uma ação, a calculabilidade é entendida como a capacidade de prever as consequências jurídicas atribuíveis abstratamente aos fatos e o tempo dentro do qual a consequência será definida, por meio de um processo de reconstrução argumentativa dos significados mínimos dos textos normativos. No que se refere à modificabilidade das normas, a calculabilidade diz respeito à capacidade de prever as consequências jurídicas que normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas. Embora o legislador tenha competência para inovar o

²³³ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 269 e ss e 286 e ss.

²³⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 178.

ordenamento jurídico, o respeito aos direitos fundamentais inibe que as inovações sejam bruscas, drásticas e desleais.²³⁵ Em suma, a calculabilidade, decorrente do dever de aplicação uniforme do Direito, implica a possibilidade de o cidadão prever a mesma solução para situações iguais e de planejar suas atividades, ao saber que, praticando o mesmo ato, a ele deverá ser atribuída idêntica consequência jurídica.²³⁶ É por isso que a ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico e a falta de suavidade das alterações de entendimento prejudicam a calculabilidade do direito.²³⁷

Por outro lado, na medida em que a exigência de aplicação uniforme do Direito gera o dever de manutenção da mesma solução para casos iguais, ela também favorece a estabilidade e a vinculatividade jurídicas. A confiabilidade está relacionada justamente à exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis. É inevitável que haja uma margem de incerteza e de insegurança no Direito, do contrário seria instrumento de estagnação social. Nessa perspectiva, a concepção de imutabilidade é substituída pela de estabilidade. Diferente do que ocorre com a imutabilidade, a estabilidade não é contrária à ideia de mudança. Ao contrário, por mais paradoxal que possa parecer, o movimento é condição da estabilidade, tal qual um passeio de bicicleta: o ciclista que para, cai.²³⁸ Não há estabilidade sem a consideração da possibilidade de mudança; não há mudança possível sem respeito à estabilidade. Há, portanto, uma relação recíproca e indissociável entre estabilidade e mudança. Mas, se por um lado, a estabilidade não é infensa à ideia de mudança, por outro, ela exige racionalidade na mudança, o que implica (a) proteger situações subjetivas já

²³⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 270.

²³⁶ A calculabilidade não diz respeito a previsão de acontecimentos futuros. Somente o passado e o presente existem; o futuro, por definição, ainda não. A calculabilidade, assim, não concerne à antecipação dos próprios acontecimentos, mas, em vez disso, à capacidade de antecipar, em medida razoável de profundidade e de extensão, as consequências jurídicas que o ordenamento jurídico determina que sejam implementadas. Não se antecipa o futuro, mas, sim, o sentido normativo do presente no futuro ou, mais tecnicamente, o sentido normativo da ação ou da inação praticadas no presente por uma decisão a ser proferida no futuro. (ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 183-184 e 190)

²³⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 178).

²³⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 143.

garantidas individualmente e (b) assegurar a continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade, de modo a evitar alterações bruscas e violentas. Dessa forma, a modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa, inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos, compromete a confiabilidade.²³⁹

Como se pode ver, a segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo tem uma *natureza ambivalente* que exige, a um só tempo, manutenção e inovação, rigidez e flexibilidade²⁴⁰. Dessa forma, o próprio Direito passar a ter como característica a *adaptabilidade*. Significa que aprimoramentos e revisões de conteúdo devem ser permitidos, desde que observados certos pressupostos e na medida em que novos elementos justifiquem a alteração. Melhora-se com isso a *mobilidade* do sistema jurídico.²⁴¹

Na base dessa nova concepção de segurança jurídica acima resumidamente exposta está o conceito de *continuidade jurídica*, construído na síntese da tensão entre o completo imobilismo e uma ampla e total possibilidade de alteração.²⁴² A

²³⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 178. Como observa Humberto Ávila, a confiança envolve tanto o passado, como o presente e o futuro. O fato que enseja a confiança está situado no passado, mas persiste no presente e se projeta no futuro. Qualquer mudança em relação a esse fato deve atentar, em perspectiva unitária, para esse conjunto temporal. (p. 181). Se apenas o presente é focado, perdem-se a coerência narrativa do Direito e a própria justificação no tempo das decisões; se exclusivamente o passado é privilegiado, corre-se o risco da imobilidade, assim como se pode incentivar o descumprimento do Direito futuro; e, se somente o futuro é examinado, perde-se o foco na realidade do Direito, desprezando o presente e o passado do qual o futuro é beneficiário (p. 184).

²⁴⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 183.

²⁴¹ CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo, cit. p. 42.

²⁴² Nota-se que no campo processual, a segurança jurídica, antes assentada na ideia de imutabilidade ou inalterabilidade do conteúdo dos atos processuais estáveis (que tradicionalmente está na base de conceitos como preclusão e coisa julgada), também sofre influência desse paradigma da continuidade jurídica, para adquirir um formato mais dinâmico e flexível, que pressiona para a duração tendencial da estabilidade, ao mesmo tempo que deixa margem para a alteração (como mostra a adoção de novas técnicas como a estabilização da tutela antecipada antecedente no art. 304 do CPC e a estabilização da decisão de saneamento do processo no art. 357, §1º do CPC). Diante da mudança para o novo paradigma da segurança jurídica, baseado no conceito de continuidade jurídica (paradigma da segurança-continuidade), Antônio CABRAL propõe unificar o tratamento de técnicas decorrentes do princípio da segurança jurídica em torno da categoria das estabilidades processuais, diferenciando suas espécies e regimes, mas sem abdicar de analisá-las em conjunto (CABRAL, Antônio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição

continuidade jurídica significa “mudança com consistência” e serve de chave para a construção de “pontes” nos momentos de ruptura, permitindo que constância e alteração, elementos sempre separados na ideia tradicional de segurança jurídica, possam agora fundir-se no Estado contemporâneo.²⁴³ É nesse sentido que se fala da *segurança-continuidade* como novo paradigma da segurança jurídica.

A segurança jurídica, como observado no início, é exigência que conforma não só a legislação e a atuação da administração pública, como também a atividade jurisdicional. Nesse sentido, a decisão judicial é também instrumento da segurança jurídica. E não só quando estabelece a norma jurídica individualizada para solução do caso concreto, mas especialmente quando serve de parâmetro para solução de casos similares, formando o precedente. Assim, é fundamental compreender o precedente dentro dessa perspectiva da segurança-continuidade que marca o contexto atual.

Na perspectiva da segurança-continuidade, a decisão judicial gera diferentes estabilidades processuais, que podem afetar, de diferentes modos, os sujeitos da relação jurídica litigiosa (preclusão, coisa julgada) ou terceiros em situação similar (precedentes).²⁴⁴ Dessa forma, o precedente não deve ser visto sob o prisma da imutabilidade. Mesmo quando dotado de obrigatoriedade. No caso dos precedentes, a estabilidade pode ser mais ou menos intensa conforme a obrigatoriedade estabelecida para sua observância. O precedente vinculante gera uma estabilidade maior que o precedente persuasivo, na medida em que contribui de forma mais

de posições processuais estáveis. Salvador: Editora JusPodivum, 2ª. ed, 2014, e mais recentemente volta ao tema em CABRAL, Antônio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*, cit.).

²⁴³ CABRAL, Antônio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*, cit. p. 43. Segundo Humberto Ávila, o Estado deixou de ser apenas sancionador, para assumir também a tarefa de ser um indutor de condutas, estimulando os comportamentos em sociedade. Se no passado falava-se de um Estado “liberal”, de “bem-estar social” (gerador de prestações), “propulsivo” (fixador de planos) ou “reflexivo” (fixador de programas), chegamos hoje a um Estado “incitador”, produtor de incentivos e condicionamentos de conduta, em cujo espectro de atuação encontram-se vínculos de coordenação e cooperação, e não apenas relações de mútua exclusão ou autoritária imposição de poder. (ÁVILA, Humberto, ob, cit., p. 58).

²⁴⁴ Antônio Cabral define estabilidade processual como “o efeito preclusivo decorrente de uma cadeia de vinculação que importa na continuidade tendencial de uma posição jurídica processual” (CABRAL, Antônio do Passo. *Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo*, cit. p. 125, também Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição das posições processuais estáveis, cit., capítulo 6).

intensa para a cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade do Direito e, com isso, proporciona um grau maior de segurança jurídica. Mas isso não significa que o precedente vinculante não seja passível de mudança. Tampouco que o precedente persuasivo não produza estabilidade. A diferença reside no elemento da obrigatoriedade. No precedente vinculante há o dever de observância obrigatória decorrente do princípio do *stare decisis* e, no caso do direito brasileiro, da imposição legal do art. 927 do CPC. No precedente persuasivo, embora não incida esse dever, há no mínimo o ônus argumentativo que condiciona a validade da decisão, obrigando o julgador ao menos a considerá-lo, correlacioná-lo e, na ausência de similitude ou havendo discordância, fundamentar a não aplicação. Portanto, existe estabilidade em ambos os casos, mas de graus ou intensidades diferentes.

Por outro lado, se o precedente gera estabilidade, a mudança abrupta do precedente provoca a ruptura da estabilidade. E quanto mais intensa a estabilidade, mais grave se torna a ruptura. Portanto, é natural que se tome cuidado maior com a ruptura da estabilidade decorrente do precedente vinculante. Por isso o precedente vinculante só perde sua força mediante a revogação da norma dele emanada, o que pode advir de alteração legal ou de mudança de entendimento provocada por um novo precedente com ele incompatível, ou seja, de superação. Se não houvesse essa possibilidade de superação, as teses jurídicas afirmadas nos precedentes ficariam eternamente cristalizadas, impedindo a evolução e petrificando o Direito. Ao cabo ficaria comprometida a própria segurança jurídica, da qual o precedente é corolário. No entanto, dada a pressão exercida pelos deveres de estabilidade, integridade e coerência, a superação tem caráter excepcional e está sujeita a requisitos materiais e processuais que serão adiante analisados.

2. Vinculação e superação

Toda norma jurídica é dotada de eficácia vinculante. Desde que seja válida e eficaz, os tribunais têm o dever de aplicá-la, concordem ou não com o seu conteúdo. Essa obrigatoriedade é característica essencial da norma jurídica, seja ela proveniente diretamente de fonte legislativa ou do precedente judicial vinculante. Os tribunais, na sua atividade típica de interpretação e aplicação do direito, fixam

entendimentos, através dos precedentes, que constituem parâmetros para decisões posteriores e, dessa forma, participam da construção contínua do ordenamento jurídico. Assim, a norma do precedente (*ratio decidendi*), extraída do precedente vinculante, é também norma jurídica, dotada de obrigatoriedade, sendo dever dos tribunais interpretá-la e aplicá-la, concordem ou não com o seu conteúdo. É justamente esse componente obrigatório ou vinculante que diferencia a existência de um dever de observar o precedente de uma mera prática de aplicá-lo quando se concorda com seu conteúdo.²⁴⁵

A norma do precedente mantém sua força vinculante ou sua eficácia enquanto não revogada. Ela pode ser revogada pela edição de lei posterior ou por força de outro precedente. A lei posterior revoga a norma do precedente (a) quando regula a mesma matéria de forma diferente do precedente, sendo com ele incompatível; ou (b) quando incorpora o entendimento decorrente do precedente, substituindo-o, assim, como fonte normativa. Por outro lado, a norma do precedente é revogada por outro precedente quando este estabelece uma nova norma que substitui a anterior, com ela incompatível. Em qualquer desses casos, seja de revogação pela lei ou pelo precedente posteriores, a norma do precedente perde obrigatoriedade em razão da sua revogação e o precedente deixa de ser fonte normativa.

A revogação da norma do precedente por outro precedente posterior é denominada, nos países cujos sistemas jurídicos são filiados à tradição do *common law*, de *overruling*²⁴⁶ (traduzido para o português como *superação* do precedente).

²⁴⁵ Segundo Duxbury, “the authority of precedent is independent of the court’s view as to its correctness or incorrectness; indeed, common law judges occasionally observe that the fact that they consider an early decision to be incorrect is unlikely to be sufficient reason for their departing from it” (DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 24). “A autoridade do precedente é independente da opinião do tribunal quanto à sua correção ou incorreção; de fato, os juízes do *common law* ocasionalmente observam que o fato de considerarem incorreta uma decisão anterior dificilmente será motivo suficiente para que se afastem dela.” (Tradução livre).

²⁴⁶ “When judges overruled a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be following instead.” (DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117). “Quando os juízes superam um precedente, estão renunciando a segui-lo e declarando que, pelo menos quando os fatos de um caso são materialmente idênticos aos do caso em questão, uma nova decisão deve ser seguida.” (Tradução livre). Como observa Schauer “Unlike lower courts faced with higher court decisions, courts considering their

Como visto anteriormente, o sistema de precedentes foi concebido na Inglaterra. Posteriormente, com o desenvolvimento da doutrina do *stare decisis*, a partir do Século XVIII, o precedente passou a ser tido como imutável.²⁴⁷ A *House of Lords*, então o órgão máximo na estrutura judiciária inglesa, entendia que nem mesmo ela poderia modificar ou revogar seus próprios precedentes.²⁴⁸ Assim, no sistema inglês, durante determinado período, os precedentes tinham eficácia vinculante horizontal absoluta. Essa rigidez do precedente inglês perdurou até o advento do *Practice Statement* de 1966.²⁴⁹ A partir de então estabeleceu-se um *stare decisis* relativizado, na medida em que passou a permitir o *overruling*, ou seja, a superação dos próprios precedentes pela *House of Lords*.²⁵⁰ Não obstante, a *House of Lords*, e depois a *Supreme Court of the United Kingdom*, que passou a exercer suas funções judicantes, sempre usaram com parcimônia esse poder de superação dos próprios precedentes, motivo pelo qual afirma-se que o precedente inglês é dotado, na prática, de forte estabilidade.²⁵¹

own previous decisions have the capacity to overrule them on occasion. They can recognize that the instant case presents the same issue decided in the precedent case but decide nevertheless to reject the earlier ruling.” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. 59). “Ao contrário dos tribunais inferiores confrontados com decisões de tribunais superiores, os tribunais que consideram suas próprias decisões anteriores têm a capacidade de substituí-las ocasionalmente. Eles podem reconhecer que o caso atual apresenta a mesma questão decidida no caso precedente, mas decidem, no entanto, rejeitar a decisão anterior.” (Tradução livre).

²⁴⁷ Essa rigidez era decorrente da concepção declaratória da jurisdição somada à teoria da separação de poderes. Segundo esse entendimento os tribunais poderiam tão somente reconhecer (declarar) o direito vigente, que seria expressão dos costumes antigos ou da própria razão, e somente o Parlamento poderia criar, modificar ou extinguir normas jurídicas.

²⁴⁸ Por força do *Constitutional Reform Act* de 2005, a *House of Lords* foi extinta. O objetivo foi de explicitar a separação das funções legislativas e judicantes daquela casa. A *House of Lords* foi então substituída, nas suas funções judiciais, pela *Supreme Court of the United Kingdom*, estabelecida em Londres e cujas atividades foram iniciadas em 1º de outubro de 2009.

²⁴⁹ Já em 1852, no caso *Bright v. Hutton*, a *House of Lords* havia reconhecido a possibilidade de corrigir eventuais erros cometidos no passado para alterar um precedente. Todavia, somente mais de um século depois, com a edição do *Practice Statement of Judicial Precedent*, em 26 de julho de 1966, houve a autorização expressa, por resolução do Tribunal, para o que passou a ser chamado de *overruling*. No entanto, o primeiro caso de *overruling* de que se tem registro teria ocorrido em 1968 (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente. Judicial como fonte do Direito*, cit., p. 158-159, e 167). Segundo a doutrina, entre 1968 e 1991, o *overruling* foi usado apenas oito vezes (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4ª. ed. Clarendon Press: Oxford, 1991, p. 135).

²⁵⁰ BANKONSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech and MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent. in MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, p. 491.

²⁵¹ Informa Duxbury que “*in fact, only rarely since 1966 has the House of Lords used the power that it created for itself*”. (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge:

Nos Estados Unidos, diferente do que ocorreu na Inglaterra, esse poder de superação parece ter sempre existido. A Suprema Corte norte-americana jamais afirmou a existência de uma vinculação absoluta aos próprios precedentes. Ao contrário, sua atuação fornece diversos exemplos de superação de precedentes. A primeira vez em que a Suprema Corte revogou seu próprio precedente, segundo Duxbury, foi no caso *Louisville, Cincinnati, and Charleston RR v. Letson*, em 1844.²⁵² Desde então é possível identificar vários outros casos de superação,²⁵³ alguns de grande importância histórica, como o caso *Brown v. Board of Education*²⁵⁴ e o caso *Mapp v. Ohio*.²⁵⁵ Há, inclusive, quem critique a atuação da Suprema Corte norte-americana, em vários momentos da sua história, por superar precedentes mais do que o desejado e sem a clareza suficiente dos critérios adotados ou da própria mudança realizada.²⁵⁶ De qualquer forma, nos países de tradição do *common law*, a

Cambridge University Press, 2008, p. 128). “De fato, apenas raramente desde 1966 a *House of Lords* usou o poder que criou para si mesma.” (Tradução livre).

²⁵² (43 S.S. 497). Ver Duxbury (DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 123.

²⁵³ Segundo Michael J Gerhardt, de 1789 até 2009 a Suprema Corte americana realizou 210 superações expressas de precedentes (GERHARDT, Michael J. The power of precedent. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 9 e 206-245).

²⁵⁴ No caso *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte anulou *Plessy v. Ferguson*, que havia determinado que instalações públicas segregadas, mas iguais, eram compatíveis com a Constituição. Os Ministros que decidiram *Brown* embasaram sua decisão no convencimento de que houve grave injustiça constitucional na decisão do caso anterior. (SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. 60).

²⁵⁵ Em *Mapp v. Ohio*, a Suprema Corte anulou *Wolf v. Colorado* para determinar que provas obtidas de forma ilícita seriam inadmissíveis tanto em processos criminais na justiça federal, quanto na justiça estadual. (SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer. Ob. Cit. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. 60).

²⁵⁶ Nesse sentido Saul Brenner e Harold J. Spaeth realizaram detalhada pesquisa sobre o *stare decisis* na Suprema Corte Americana, no período entre 1946 e 1992, e concluíram que o principal motivo de superação naquela Corte é a prevalência da posição pessoal dos julgadores, retratada na ideologia predominante na composição da Corte e alterada de tempos em tempos. Assim, uma composição conservadora tende a superar os precedentes firmados pela composição anterior liberal e vice-versa. Brenner e Spaeth analisaram a postura dos ministros (*justices*) da Suprema Corte nos casos de superação, investigando o posicionamento adotado no julgamento do caso anterior superado (*overruled case*) e no caso novo que promove a superação (*overruling*). Examinaram também se o posicionamento adotado por ocasião da superação estava alinhado com o posicionamento pessoal adotado no caso superado (*personal stare decisis*) e com o posicionamento da Corte naquela ocasião (*institutional stare decisis*). Com isso encontraram quatro combinações ou padrões possíveis: 1) O ministro vota com a maioria no caso superado e se opõe à sua superação (voto maioria-minoria). Este comportamento está de acordo com ambos *stare decisis*, pessoal e institucional. 2) O ministro não acompanha a maioria no caso superado e vota com a maioria para superá-lo (minoridade-maioria). Este comportamento está de acordo com o *stare decisis* pessoal, mas não com o *stare decisis*

superação é tida como ato radical, extremo e, portanto, como um evento excepcional.²⁵⁷ Do contrário, o próprio princípio do *stare decisis* estaria comprometido.²⁵⁸ A crítica à atuação da Suprema Corte norte-americana, de agir por vezes de forma inconsistente, na verdade, reforça essa visão de que a superação deve observar determinados requisitos e que, portanto, deve ser excepcional.

Nesse sentido, Schauer cita os casos *Brown v. Board of Education* (que superou *Plessy v. Ferguson*) e *Mapp v. Ohio* (que superou *Wolf v. Colorado*) para explicar que nesses, e em outros casos similares, a superação se baseia não na

institucional. 3) O ministro vota com a maioria em ambos os casos (maioria-maioria). Este comportamento não está em conformidade com nenhum tipo de *stare decisis*. 4) O ministro não vota com a maioria em ambos os casos, o superado e o que fez a superação (minoridade-minoridade). Este comportamento é contrário ao *stare decisis* pessoal, estando, porém, em conformidade com o *stare decisis* institucional. O resultado da pesquisa, a partir desses quatro padrões identificados, foi o seguinte: (a) o voto minoridade-maioria predomina (38,7%); (b) seguido do voto maioria-minoridade (30,2%); (c) depois o voto maioria-maioria (28,4%) e (d) por fim, bem distante, o voto minoridade-minoridade (2,7%). Concluíram, assim, que em geral 2/3 dos votos não são conforme o modelo legal (ou seja, 38,7 e 28,4). E arrematam: “se o que imaginamos é verdade, a ideologia individual dos juizes – e, por extensão, dos tribunais também – deve explicar por que eles votaram dessa forma. Se a ideologia – e o modelo individual de comportamento – é prevalecente, é mais provável que seja aquela que orienta as elites políticas americanas em geral: o liberalismo e o conservadorismo. Assim, composições liberais devem rejeitar precedentes conservadores, e as composições conservadoras, os precedentes liberais. Esta hipótese foi provada.” (Tradução livre). “*If what we have guessed is true, then the individual justice’s ideologies – and by extension those of the Courts as well – ought to explain why they voted as he did. If ideology – and attitudinal model – is extant, it is most likely to be that which guides American political elites generally: liberalism and conservatism. Accordingly, liberal Courts should overrule conservative precedents, and conservative Courts those are liberal. This hypothesis was supported.*” (BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisus. The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge University Press, 1995, p. 109-110).

²⁵⁷ Como observa Duxbury, em outra passagem do seu livro, “*if courts could overrule a precedent whenever they liked it would make no sense to speak of a doctrine of stare decisis.*” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117). “Se os tribunais pudessem superar precedentes sempre que quisessem não haveria sentido em falar de uma doutrina do *stare decisis*.” (Tradução livre).

²⁵⁸ Segundo Schauer, “*Although courts may occasionally overrule their own previous decisions, doing so requires more than just the belief that the previous decision was in error. If that were necessarily, stare decisis would become meaningless, because it is precisely the point of stare decisis that a court should treat a previous decision as binding just because of its existence and not because it is perceived to be correct. If every time a court believed an earlier decision to be mistaken it could overrule that decision, then there would be no principle of stare decisis at all.*” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 59). “Embora os tribunais possam ocasionalmente superar suas próprias decisões anteriores, isso exige mais do que apenas a convicção de que a decisão anterior estava errada. Se essa convicção fosse suficiente, o *stare decisis* se tornaria sem sentido, já que o ponto central do *stare decisis* é o de que um tribunal deve tratar uma decisão anterior como vinculante tão somente pelo fato da sua existência e não porque é considerada correta. Se um tribunal pudesse superar uma decisão anterior sempre que acreditasse estar ela errada, então não haveria princípio do *stare decisis*.” (Tradução livre).

percepção atual de que um erro foi cometido no passado, mas na percepção atual de que foi cometido no passado um erro que extrapola totalmente o alcance dos erros normais, seja na clara percepção do equívoco cometido, seja na gravidade das suas consequências. Ao decidir superar uma de suas decisões passadas, em *Dickerson v United States*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a existência de acentuado ônus de “justificativa especial” (*special justification*) como condição para a superação das suas próprias decisões. Na Inglaterra, exige-se a demonstração de que a decisão anterior seja manifestamente errada (*manifestly wrong*). Schauer observa que esses qualificativos – “especial” e “manifestamente” – são importantes, porque deixam claro que o princípio do *stare decisis* perde o sentido se um tribunal se sentir livre para superar toda e qualquer decisão passada que considere errada. Ao expressarem critérios mais rigorosos para identificação e avaliação das consequências de um erro passado, esses qualificativos garantem que o dever de um tribunal seguir suas próprias decisões passadas será um genuíno limite à atuação do tribunal, ainda que não seja um dever absoluto, nem insuperável.²⁵⁹ Além disso, assim como na Inglaterra, apenas os órgãos formadores dos precedentes têm legitimidade para promover sua superação.

²⁵⁹ “At times, however, a court will believe that one of its previous decisions is extremely wrong or the consequences of a previously mistaken holding (in the eyes of a instant court) are so grave as to demand overruling. (...) In these and other cases, the act of overruling is premised not on a current perception of mere error in the past, but rather on a current perception of error that is well beyond the range of normal mistakes, whether in size of the mistake or in its consequences. The United States Supreme Court has described this heightened burden before overruling one of its own previous decisions in terms of requirement of a “special justification”, and the standard in England is that the previous decision be “manifestly wrong”. The modifiers - “special” and “manifestly” – are important, because it is the modifiers that make clear that the principle of *stare decisis* becomes meaningless if a court feels free to overrule all of those previous decisions it believes to be wrong. By requiring an elevated standard for the identification and consequences of perceived past error, the modifiers ensure that the obligation of a court to follow its own previous decisions is a genuinely constraining obligations, even if it is not an absolute one, one that cannot be overridden.” “Às vezes, no entanto, um tribunal acreditará que uma de suas decisões anteriores é extremamente errada ou que as consequências de uma conclusão anterior equivocada (aos olhos de do tribunal atual) são tão graves que exigem a superação. (...) Nestes e em outros casos, o ato de superação não se baseia em uma percepção atual de mero erro no passado, mas sim em uma percepção atual de erro que está muito além do alcance dos erros normais, seja no tamanho do erro ou em suas consequências. A Suprema Corte dos Estados Unidos descreveu esse ônus aumentado antes de superar uma de suas próprias decisões anteriores em termos de exigência de uma “justificativa especial”, e a regra na Inglaterra é que a decisão anterior seja “manifestamente errada”. Os qualificativos - “especiais” e “manifestamente” – são importantes, pois são os qualificativos que deixam claro que o princípio do *stare decisis* perde o sentido se o tribunal se sente livre para superar todas as decisões anteriores que considera erradas. Ao exigir um padrão elevado para a identificação e as consequências do erro passado percebido, esses qualificativos garantem que a obrigação de um tribunal seguir suas próprias decisões anteriores é uma obrigação genuinamente restritiva, mesmo que não seja absoluta, ou que não possa ser modificada.” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. 59).

Dessa forma, embora seja considerado um evento radical e extremo nos países de tradição da *common law*, o *overrruling* passou a ser visto nesses países também como algo inerente ao sistema que lida com a aplicação de precedentes vinculantes. De fato, não se concebe hoje um sistema que tenha precedentes dotados de eficácia vinculante absoluta, totalmente rígida e inflexível, fechada a qualquer tentativa de superação do precedente, como se este somente pudesse ser revogado por lei posterior. Tal posicionamento seria contrário à concepção atual de segurança jurídica, da qual decorrem os deveres de estabilidade, integridade e coerência. Se não houvesse abertura para a superação, a estabilidade se transformaria em imutabilidade e o direito ficaria estagnado, petrificado, mesmo diante de situações excepcionais que resultam da necessidade de adaptação do ordenamento jurídico diante de mudanças contextuais.

Dessa forma, vinculação e superação são como duas faces de uma mesma moeda. Somente há superação onde há vinculação e não se concebe vinculação sem a possibilidade, ainda que excepcional, de superação. Essa relação é consequência da própria relação antes afirmada entre estabilidade e mudança. Uma não existe sem a outra.

Note-se, por outro lado, que apenas o precedente vinculante é sujeito à superação, no sentido técnico. O precedente persuasivo, justamente porque não é dotado de obrigatoriedade, pode ou não ser seguido, embora se exija também em relação a ele fundamentação específica decorrente do ônus argumentativo necessário para justificar a sua não observância. Diante do precedente vinculante há o dever de aplicá-lo, concorde ou não o julgador com seu conteúdo. Já em relação ao precedente persuasivo, o julgador pode dele se afastar, por não concordar com seu conteúdo, desde que justifique sua posição. Portanto, só há que se falar propriamente em superação em sistemas que trabalham com precedentes dotados de eficácia vinculante. Por outro lado, o uso legítimo de precedentes vinculantes, que seja compatível com a ordem constitucional democrática, pressupõe a existência de mecanismos efetivos que possibilitem excepcionalmente a superação, justamente para evitar a estagnação do direito.

Ainda em relação à nomenclatura, costuma-se também falar em superação como espécie de afastamento (*departure*) do precedente.²⁶⁰ O afastamento, de forma ampla, ocorre quando se identifica a similitude entre os casos precedente e presente, mas o precedente não é aplicado, ou seja, é afastado. Tal circunstância é excepcional e somente se legitima diante das situações justificadas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*). A diferença mais visível entre essas duas formas de afastamento está na circunstância de que na distinção o precedente se mantém hígido, sendo reconhecida apenas sua não aplicação ao caso concreto em julgamento, enquanto na superação ocorre a *revogação* da norma do precedente que, assim, em regra, perde sua aplicabilidade não só ao caso concreto em julgamento, como também aos demais casos similares. Ou seja, com a superação o precedente deixa de ter eficácia vinculante e, portanto, perde seu caráter normativo.

É possível também ver a superação como espécie de mudança, modificação ou alteração²⁶¹ do precedente, num sentido amplo. Isto porque a decisão que acarreta a superação do precedente (ou melhor, da norma do precedente) é também um precedente, que substitui o anterior como fonte normativa. Essa decisão pode estabelecer uma nova solução para a situação antes regulada pelo precedente superado ou simplesmente estabelecer que aquela solução não se aplica mais a essa situação específica. De uma forma ou outra, a decisão que importa na superação estabelece uma nova norma jurídica para a situação específica (norma do precedente), aplicável ao eventual caso similar posterior, em substituição à norma do precedente revogado. Nesse sentido amplo, esse novo precedente modifica ou altera a solução dada pelo precedente anterior. Destarte, a superação promovida pelo novo precedente pode ser compreendida como forma de modificação ou alteração do precedente anterior, para revogá-lo total ou parcialmente. Existem, no entanto, outras formas que serão adiante esmiuçadas, como as distinções ampliativa e restritiva, que importam, como o próprio nome indica, no primeiro caso, uma

²⁶⁰ SUMMERS, ROBERT S. and ENG, SVEIN. *Departures from precedent*, in MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, p. 519/530.

²⁶¹ Os termos modificação e alteração são usados indistintamente no CPC com o mesmo significado, como se observa dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 927. O termo *mudança* é comumente utilizado também pela doutrina e jurisprudência, como sinônimo de modificação ou alteração, especialmente quando alusivo à alteração da jurisprudência ou do entendimento firmado através de reiteradas decisões (mudança de entendimento).

ampliação da norma do precedente para abranger situações antes não identificadas como hipóteses de incidência da norma do precedente ou, o contrário, no segundo, para excluir situações identificadas como incompatíveis com a norma do precedente.

Diante dessas características, é possível definir a superação do precedente como a técnica processual por meio da qual o tribunal competente, diante de situações excepcionais e mediante fundamentação específica e adequada, afasta o precedente aplicável ao caso concreto, estabelecendo um novo precedente e, dessa forma, revoga a norma do precedente anterior, que assim perde sua eficácia vinculante. Realizada a superação do precedente, duas regras impositivas são criadas: (a) uma relacionada à revogação da norma do precedente anterior e (b) outra relacionada ao novo precedente a partir dali criado, que produzirá nova norma do precedente. Como se verá adiante, a superação foi expressamente incorporada ao direito brasileiro pelo art. 927, §§ 2º a 4º do CPC.

Note-se ainda que o termo superação pode identificar a técnica processual, como acima definido, mas também o próprio resultado do seu emprego. Assim, a superação pode significar a atividade argumentativa que leva à revogação da norma do precedente, como também o seu resultado, ou seja, a revogação em si. Ambos os significados são corretos, podendo-se dizer que, no primeiro caso (como atividade ou técnica processual), o termo superação é empregado em sentido amplo e, no segundo (como resultado dessa técnica), é usado em sentido estrito. Ao longo deste trabalho, o termo superação é usado em ambas as acepções. De todo modo, numa ou noutra acepção, trata-se de termo técnico apropriado para transmitir a ideia de revogação da norma do precedente vinculante por outro precedente. É impróprio assim o uso do termo superação para designar, de forma genérica, toda e qualquer mudança, modificação ou alteração de entendimento fixado em precedente, independentemente de sua eficácia ser vinculante ou persuasiva, ou em jurisprudência. Apenas a revogação da norma do precedente vinculante por outro precedente deve ser referida como superação.²⁶²

²⁶² No *common law*, costuma-se usar o termo *overturning* para identificar de forma genérica as situações de revogação de precedentes. O *overruling*, traduzido para o português como superação, designa assim uma forma de revogação. Assim, o *overruling* é uma das formas de *overturning*.

3. Superação total e parcial

Um precedente vinculante pode ser totalmente superado e, com isso, perder sua eficácia obrigatória (superação total), ou ser superado em parte, mantida alguma parcela da sua eficácia original (superação parcial).

A superação total de um precedente constitui a resposta judicial à perda completa da congruência social ou da consistência sistêmica do precedente ou, ainda, à verificação de grave erro na formação do precedente.²⁶³ A superação total implica a revogação completa da norma do precedente, de modo que nada sobra ou remanesce do precedente anterior. Nesse caso, a norma do precedente é inteiramente substituída pela norma do novo precedente.

Todavia, existem situações nas quais não se mostra oportuna, necessária ou adequada a superação total do precedente, sendo suficiente uma revogação apenas parcial. Nesse caso, de superação parcial, o novo precedente revoga apenas parte da norma do precedente anterior, de modo que alguma parcela dele remanesce. A superação parcial implica, assim, uma revisão do precedente para restringir ou limitar a sua norma, ficando a outra parte revogada.

4. Superação explícita e implícita

A superação, em princípio, pode ocorrer de forma explícita ou implícita (também denominada tácita²⁶⁴). É explícita quando a questão da superação é objeto

Assim explica Eisenberg: *“This chapter concerns overturning, by which I mean modes of reasoning that lead to the partial or complete abolition of a previously established doctrine. The most dramatic type of overturning is overruling. Overruling occurs when a court fully overturns an established doctrine and announces that it has done so.”* (“Este capítulo diz respeito à revogação, pelo qual quero dizer modos de raciocínio que levam à revogação parcial ou total de um entendimento previamente estabelecido. O tipo de revogação mais dramático é a superação. A superação ocorre quando um tribunal revoga totalmente um entendimento estabelecido e anuncia que o fez.” – tradução livre). (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 104).

²⁶³ Tais circunstâncias constituem requisitos materiais para a superação do precedente, como adiante será esmiuçado.

²⁶⁴ Alexandre Câmara trata o fenômeno atribuindo-lhe a denominação de superação tácita (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 331).

de discussão e decisão, com a exposição das razões que a justificam. É implícita quando firmado novo entendimento que substitui o anterior, mas sem menção expressa à superação e sem a explicitação das razões para sua realização. Dessa forma, a superação implícita significa o abandono do precedente sem expressa justificação.

A superação implícita (*implied overruling*) é uma prática adotada no *common law*. Segundo Kniffen, ocorre a superação implícita quando o tribunal, sem mencionar que está revogando sua decisão anterior, determina que a norma do precedente não é mais correta. Dessa forma, o precedente não existe mais como tal e uma corte inferior não deve mais segui-lo.²⁶⁵

José Rogério Cruz e Tucci também identifica essa possibilidade de uma nova decisão, sem qualquer alusão ao posicionamento jurisprudencial assentado, seguir diferente orientação. Haveria, nesse caso, “uma revogação implícita do precedente (*implied overruling*), similar à ab-rogação indireta de uma lei”. Anota, porém, que no sistema inglês, a *Court of Appeal* não tem a prerrogativa de revogar implicitamente suas próprias decisões. Assim, na hipótese de julgamento substancialmente divergente de pronunciamento anterior, em caso análogo, sem a manifestação clara da revogação do precedente, cabe à *House of Lords* (e atualmente à *Supreme Court of the United Kingdom*) intervir em algum momento para definir qual *ratio decidendi* deve prevalecer.²⁶⁶

Todavia, como observa Thomas Bustamante, merecem repúdio todas as formas de afastamentos dissimulados ou implícitos (*non ouvert departure*) de um precedente. Isto porque, nesses casos, quando o tribunal simplesmente ignora o

²⁶⁵ “*Implied overruling occurs when the Supreme Court, without mentioning that it is overturning its previous decision, determines that the rule of law that the precedent enunciated is no longer correct. The precedent therefore no longer exists as such, and a lower court should not follow it.*” “A superação implícita ocorre quando a Suprema Corte, sem mencionar que está revogando sua decisão anterior, determina que a norma do precedente enunciada não está mais correta. O precedente, portanto, não existe mais como tal, e um tribunal inferior não deve mais segui-lo.” (Tradução livre). (KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. Fordham Law Review, vol. 51, p. 57, 1982).

²⁶⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 179.

precedente ou redefine sua norma em termos diferentes do seu sentido original, ele viola uma regra considerada hoje universal sobre a argumentação com precedentes judiciais: “o *dever de levar em consideração o precedente*, com fundamento nos princípios da *universalidade* e da *imparcialidade* na atividade judiciária.”²⁶⁷ Além disso, como se verá mais adiante, a superação implícita é incompatível com a ordem jurídica brasileira atual, havendo vedação expressa no art. 489, § 1º, VI, e no art. 927, § 4º, ambos do CPC.

5. Superação e distinção

A técnica adotada para comparar os casos e estabelecer uma diferenciação com o objetivo de afastar o precedente é conhecida como *distinguishing* no *common law*, traduzida pelo legislador brasileiro como distinção.²⁶⁸ Assim como ocorre com a superação, o termo também pode designar o resultado da aplicação dessa técnica. Dessa forma, a distinção é a técnica de diferenciação de casos (distinção em sentido amplo), mas também o resultado do emprego dessa técnica, ou seja, a diferenciação que resulta da comparação entre questões ou casos (distinção em sentido estrito).²⁶⁹

A aplicação de um precedente pode ser afastada da solução do caso posterior quando, confrontados os casos, se verificar a existência de distinção entre eles que justifique a não-aplicação do precedente. Do contrário, se ficar demonstrada a similaridade entre os casos, o precedente só poderá ser afastado mediante superação.

Assim, tanto a distinção como a superação podem ser vistas, sob uma perspectiva mais ampla, como formas de afastamento dos precedentes (*departures*

²⁶⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial. São Paulo. Noeses. 2012, p. 389.

²⁶⁸ O termo distinção foi introduzido expressamente na legislação brasileira com o advento do Código de Processo Civil atual (artigos 489, § 1º, VI; 966 § 5º; 1.037, § 9º e § 12).

²⁶⁹ Fredie Didier fala em “*distinguish-método*” e “*distinguish-resultado*” (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit, p. 612).

from precedents)²⁷⁰, o que permite aproximar essas técnicas para conferir o mesmo tratamento em determinadas situações, como, por exemplo, ao se exigir a fundamentação específica e adequada para a sua aplicação. Por outro lado, existem diferenças substanciais, em especial em relação à competência para sua utilização, aos seus requisitos e aos seus efeitos. A confusão entre essas técnicas pode dar margem a distorções e arbitrariedades e, portanto, deve ser evitada. É preciso então diferenciar corretamente essas técnicas, o que nem sempre é tarefa fácil, especialmente quando confrontada a superação parcial com certas práticas de distinção com eficácia revogatória. Além disso, essa delimitação conceitual é importante para entender quais são os limites dessas técnicas e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

A distinção é essencialmente um método ou técnica de comparação pela qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ou semelhante ao caso paradigma.²⁷¹ A discussão sobre a incidência de determinada norma legal para solução de um caso concreto exige a demonstração de que os fatos do caso se encaixem no conceito legal estabelecido de forma abstrata. A discussão sobre a aplicação da norma do precedente para solução do caso atual, diferentemente, pressupõe a comparação entre os casos a fim de estabelecer a existência de similitude, sem a qual o precedente não poderá ser aplicado, devendo, ao contrário, ser afastado.

Como observa Duxbury, a distinção se faz tanto *dentro* dos casos, como *entre* eles.²⁷² A distinção, portanto, pode ser visualizada sob duas perspectivas

²⁷⁰ SUMMERS, Robert S. and ENG, Svein. Departures from precedent. In MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, p. 519-530.

²⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004, p. 174. Didier trata da distinção como uma “técnica de confronto” (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit, p. 611).

²⁷² “‘Distinguishing’ is what judges do when they make a distinction between one case and other. (...) The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases. Distinguishing within a case is primarily a matter of differentiating the ratio decidendi from obiter dicta – separating the facts which are irrelevant to a decision. Distinguishing between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the ratio of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand. Since no two cases are exactly the same, distinguishing is always possible at one or

complementares, uma interna, outra externa ao precedente. Primeiramente, a distinção deve se operar *dentro* do caso para diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dicta*, ou seja, para identificar os fundamentos determinantes e separá-los dos argumentos que são irrelevantes para a decisão. Em seguida, é feita a distinção *entre* os casos, para demonstrar a existência de diferenças factuais relevantes entre o caso anterior e o atual e, assim, demonstrar que a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente para a solução do caso atual.

Ao serem comparados os casos, o precedente e o atual, inevitavelmente serão percebidas diferenças, afinal dois eventos nunca são exatamente iguais. Por isso mesmo não há a necessidade de que as causas sejam absolutamente idênticas para que a decisão no caso anterior seja considerada como precedente para solução do caso atual. Para determinar se um precedente é aplicável, é preciso observar os fatos relevantes que levaram à decisão anterior e, em seguida, analisar, a partir desses fatos, a similaridade com o caso atual.²⁷³ Dessa forma, como não existem casos inteiramente idênticos, o problema é saber o que aproxima os casos para que tenham a mesma solução. Para tanto é preciso analisar as semelhanças e as diferenças e, mais do que isso, identificar quais semelhanças e diferenças são relevantes para aproximar ou diferenciar os casos para efeito de aplicação da mesma norma do precedente.

another level, though rationes which area broadly formulated are likely to be less easily distinguishable than those which have narrower range of application.” (“Distinção é o que os juízes fazem quando distinguem um caso de outro. (...) O argumento pode parecer óbvio, mas merece ser explicado a razão pela qual distinguimos tanto dentro dos casos, como entre eles. Distinguir dentro de um caso é principalmente uma questão de diferenciar a *ratio decidendi* do *obiter dicta* – separando os fatos que são irrelevantes para uma decisão. A distinção entre casos é, antes de mais, uma questão de demonstrar diferenças factuais entre o caso anterior e o presente – de mostrar que a *ratio* de um precedente não se aplica satisfatoriamente ao caso em questão. Como não há dois casos exatamente iguais, sempre é possível distinguir em um ou outro nível, embora as *rationes* que tenham sua extensão amplamente enunciadas provavelmente sejam menos facilmente distinguíveis do que aquelas com menor alcance de aplicação.”) (Tradução livre) (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113).

²⁷³ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stanford Law Review, vol. 39, 1987, p. 577. SCHAUER, Frederick. *Precedente*. In *Precedentes*, coordenadores FREDIE DIDIER JR. et al. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 55 (versão traduzida para o português de André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo).

Existem casos que apresentam similitude fática evidente; outros em que a diferença é patente. No primeiro, o precedente é aplicado e, no segundo, afastado, havendo pouco espaço para manobras argumentativas. Há casos, porém, em que a similitude não é tão óbvia. Ademais, justamente porque não há dois casos exatamente iguais, sempre é possível distinguir em um ou outro nível. Normalmente é mais fácil distinguir quando a norma do precedente tem alcance mais restrito e mais difícil quando tem sua extensão enunciada de forma ampla. Nos casos nos quais a distinção é mais difícil, é imprescindível um empenho justificativo para determinar se as razões jurídicas para a construção da norma do precedente devem ser estendidas até os fatos do caso atual, ampliando assim sua incidência para aplicar o precedente, ou, ao contrário, se devem sofrer limitação para distinguir e, assim, afastar o precedente.²⁷⁴

Ademais, como já observado, o precedente é texto a ser interpretado pelos juízes subsequentes. Dessa forma, sobretudo quando a similitude não é evidente, a aplicação da norma do precedente, interpretada diante de fatos novos, apresentados no âmbito do caso atual semelhante, pode dar ensejo a ajustes para ampliar ou restringir sua hipótese fático-jurídica. Ou seja, a norma do precedente é reconstruída, caso a caso, por meio de processo argumentativo, podendo daí resultar na sua ampliação ou restrição.

Justamente por isso a determinação do que significa a norma do precedente envolve considerações não apenas da intenção do tribunal que prolatou a decisão, como também das eventuais mudanças no contexto a indicar a necessidade de atualização dessa norma. De acordo com essa compreensão, a função do tribunal atual, ao determinar o que significa o precedente, é também o de continuar sua criação, no sentido de determinar igualmente o que significou e o que deverá significar.²⁷⁵

²⁷⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. Lucas Buril, p. 290.

²⁷⁵ Como explica Fredie Didier, “[p]ara concluir pela incidência de um precedente, é necessária a similaridade dos fatos fundamentais das causas confrontadas. Impõe-se, ainda, a análise da possibilidade de os fatos ditos fundamentais poderem ser inseridos em dada classe ou categoria, na qual também se inserem aqueles que servem de base ao caso sob julgamento, de forma a que possam ter soluções semelhantes. Para essa categorização, é indispensável a averiguação da razão jurídica da decisão paradigma no contexto cultural, social e axiológico em que proferida, naquele tempo e

Essa característica de contínua reconstrução caso a caso, decorrente da necessidade de estabelecer as semelhanças e as diferenças relevantes entre eles, é que faz da distinção a principal forma de operar com precedentes judiciais. Demonstra também, como observa Didier, certa “maleabilidade” na aplicação dos precedentes, cuja tese jurídica poderá ou não ser aplicada ao caso posterior, a depender das circunstâncias e peculiaridades que o aproximem ou o afastem do caso anterior.²⁷⁶

Por outro lado, a distinção não é uma atividade arbitrária. Como observa Duxbury, a distinção entre casos pode realmente mudar o Direito, mas a variedade de mudanças permitidas através dela é limitada.²⁷⁷ É essencial observar os limites semânticos do texto normativo e manter a consistência sistêmica. O juiz, para realizar validamente a distinção, deve atentar se a ampliação ou a restrição da norma do precedente acarretará conflito entre normas; ou se, ao contrário, reforçará outras normas; ou, se está diante de espaço livre para sua construção. E todo o raciocínio que justifica a distinção deve ser explicitado na fundamentação da decisão.

A conhecida metáfora do romance em cadeia usada por Ronald Dworkin serve bem de ilustração para esse processo reconstutivo do precedente. Segundo Dworkin, o processo interpretativo seria como um romance em cadeia, escrito por vários autores, cada qual responsável pela redação de um capítulo separado e com a obrigação de continuar a elaboração do romance a partir de onde seu antecessor

naquele lugar, considerando, assim, sua linguagem, seus usos, seus valores. Afinal, pode o fato pertencer a uma mesma categoria em um contexto e a outra em contexto diverso. Por exemplo, em um contexto, um diploma ou certificado pode ser exigido para um ‘profissional’ ser reconhecido membro daquela categoria, em outro, não, a depender de cultura e valores da localidade” (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit, p.613).

²⁷⁶ Segundo ainda Didier, tal maleabilidade é relevante, sobretudo, “para desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional”. (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit, p.613).

²⁷⁷ No original: “*Distinguishing between cases may change the law, but the range of changes permissible through distinguishing is constrained.*” (DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 116.).

parou. Observa Dworkin que, ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, a justificação das decisões anteriores e, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então realizada.²⁷⁸

Dessa forma, o juiz que tenta realizar distinções com base em fatos irrelevantes ou critérios não razoáveis ou não justificáveis à luz dos casos anteriores ou do ordenamento jurídico a que está submetido age de forma incongruente e inconsistente (em outras palavras, viola os deveres de coerência e de integridade). Segundo explica Duxbury, no *common law*, esse juiz é facilmente descoberto mediante o escrutínio dos advogados, dos outros juízes e da análise posterior da decisão pela doutrina. Isso se dá, justamente, mediante a análise da correta utilização dos critérios para distinção. A credibilidade dos juízes depende de sua atuação conforme esses critérios.²⁷⁹

Em suma, a distinção é a técnica de comparação para verificação de similitude entre casos com o objetivo de determinar a incidência ou não do precedente para a solução de um caso atual. A distinção, todavia, nem sempre acarreta o afastamento do precedente por ausência de similitude. A distinção pode resultar também na modificação do precedente, no sentido de ampliar a norma dele decorrente para abranger situações não contempladas no precedente, mas que devem receber o mesmo tratamento, trazidas no caso atual (distinções ampliativas) ou de restringir essa norma, no sentido de especificar situações também não consideradas no precedente e surgidas no caso atual, mas que devem ser excluídas da sua incidência (distinções restritivas).²⁸⁰ Nesse sentido é que se fala de uma

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275-279.

²⁷⁹ DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117.

²⁸⁰ Note-se que quando há restrição da norma do precedente, um precedente que se alega ser aplicável para a solução do caso atual é afastado diante do reconhecimento da distinção (restritiva). Por outro lado, ao ampliar a norma do precedente, a decisão pode apontar para a aplicação do

sucessão ou cadeia de precedentes de cujo conjunto se extrai a *ratio decidendi* ou a norma do precedente. O precedente posterior dialoga com os fundamentos determinantes do precedente originário (*leading case*) para formar assim a norma que deverá ser aplicada para a solução do caso atual.

O caso *Donogue v. Stevenson*, de 1932, é um bom exemplo. Trata-se de importante *leading case* do direito inglês. *Donogue* consumiu em uma lanchonete uma garrafa de *ginger beer* comprada por um amigo. A garrafa era opaca, dificultando a visão do seu conteúdo. Depois que o demandante bebeu a *ginger beer*, descobriu uma lesma em decomposição no interior da garrafa. Ele entrou em choque e sofreu uma severa gastroenterite. Esses foram os fatos considerados na sentença que julgou procedente o pedido indenizatório. Antes desse precedente, o fabricante somente era responsabilizado perante o comprador direto. O precedente *Donogue v. Stenvenson* modificou a regra anterior para reconhecer a responsabilidade do fabricante ainda que a vítima não fosse o comprador direto. Esse caso é comumente citado para demonstrar a dificuldade na determinação da hipótese fática da *ratio decidendi*. Isto porque esses fatos permitem diferentes níveis de generalização. Por exemplo, o objeto que ensejou o dano pode ser considerado como uma garrafa de *ginger beer*, uma garrafa opaca de bebida, qualquer garrafa de bebida, um recipiente para consumo humano, um bem móvel ou simplesmente uma coisa. O demandado, responsabilizado pelo dano, pode ser caracterizado como fabricante, fornecedor ou vendedor. O dano pode ser físico, físico e emocional, ou simplesmente dano. As diferentes combinações, construídas a partir de diferentes graus de generalização da hipótese fática, podem resultar em uma infinidade de normas.²⁸¹ No final, após longo período de aplicação desse precedente a casos posteriores, a norma do caso *Donogue v. Stenvenson* foi compreendida com bastante amplitude. De acordo com esse *leading case*, interpretado conforme os inúmeros casos que o sucederam, um fornecedor é responsável pelos danos causados pelo seu produto ao consumidor final quando age

precedente ao caso atual, em relação ao qual em princípio o precedente não seria aplicável sob o argumento de inexistência de similitude. Portanto, a distinção, enquanto técnica de comparação, nem sempre conduz à não-aplicação ou afastamento do precedente, podendo, ao contrário, levar à sua aplicação.

²⁸¹ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 53-54)

com negligência. Note-se, portanto, que a distinção é um processo de reconstrução, por meio do qual decisões posteriores adicionam elementos juridicamente relevantes, antes não reconhecidos institucionalmente, que contribuem para a delimitação da *ratio decidendi* identificada no precedente originário.²⁸²

Por outro lado, quando a distinção não leva simplesmente ao afastamento do precedente, mas à sua modificação, ele pode, em determinadas situações, se aproximar da superação. Afinal, ambas as situações levam, de forma ampla, a uma modificação. É o que acontece, especificamente, quando determinado precedente é alterado para limitar a sua hipótese de incidência (distinção restritiva). Nesse caso, a modificação do precedente importaria na sua superação parcial? A diferenciação é fundamental. Isto porque a superação significa a revogação, ainda que parcial, da norma do precedente. Por isso suscita, antes de mais nada, uma questão de competência, na medida em que não pode ser realizada por todo e qualquer órgão julgador. Além disso, tem caráter excepcional, estando sujeita a requisitos específicos, materiais e processuais. Já a distinção significa o afastamento do precedente para a solução do caso posterior uma vez verificada a inexistência de semelhança entre os casos (ou, no caso de distinção ampliativa, a aplicação do precedente ao caso posterior, mediante alargamento da sua abrangência). Mas *a eficácia do precedente original é mantida*. Não há, portanto, revogação, mas modificação no sentido de complementação para esclarecer o significado do precedente original e sua abrangência. Por isso a distinção (ampliativa ou restritiva) pode ser realizada tanto pelo tribunal do qual emanou o precedente como pelos juízes e tribunais inferiores, vinculados à norma do precedente. A distinção é o método aplicativo dos precedentes (e não revogatório), não se justificando sua limitação a órgãos específicos, do mesmo modo como não é possível limitar a interpretação da lei a determinados tribunais ou juízes.²⁸³

²⁸² MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. p. 288.

²⁸³ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. p. 285.

O uso adequado dessas diferentes técnicas depende, portanto, da sua correta compreensão e diferenciação. Em linhas gerais, enquanto a distinção pode ser entendida como forma de complementação (quando amplia ou restringe a hipótese de incidência do precedente, mantendo, entretanto, o núcleo que fundamenta a norma estabelecida no *leading case*), a superação é uma forma de revogação (a norma anterior deixa de existir) e, por isso, é considerada uma iniciativa judicial mais radical e excepcional.²⁸⁴

Não obstante, a experiência dos países com tradição no uso dos precedentes vinculantes mostra que essa diferenciação por vezes não é tão simples e clara. Existem situações em que são feitas distinções que acabam tendo o mesmo resultado prático que a revogação da norma do precedente. São os casos de *inconsistent distinguishing* (distinções inconsistentes), *transformation* (transformação) e *overriding* (redefinição).

6. Formas de distinção com eficácia revogatória

6.1. Distinções inconsistentes

A realização de distinções restritivas de forma demasiada e excessiva pode causar a erosão da norma do precedente. Assim, ainda que a norma do precedente não seja expressamente superada, a sua aplicação acaba se tornando pouco provável.²⁸⁵ Nesses casos, a existência do precedente é mais nominal do que real. Em outras palavras, a excessiva distinção do precedente, na prática, reduz consideravelmente sua eficácia obrigatória.²⁸⁶

²⁸⁴ Como observa DUXBURY, “[w]hereas distinguishing, we saw, can be understood as a form of amending, overruling is a form of repealing – substituting one ruling for another – and so, not surprisingly, is often conceived to be more radical judicial initiative.” (“Considerando que distinguir, como vimos, pode ser entendido como uma forma de modificar, superar é uma forma de revogar – substituir uma decisão por outra – e, portanto, não surpreendentemente, é frequentemente concebida como uma iniciativa judicial mais radical.” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 122.)

²⁸⁵ SUMMERS, Robert. S. Precedent in the United States (New York State). in MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, p. 392.

²⁸⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 295.

No *common law*, existem exemplos de distinções sucessivas que criam tantas exceções à aplicação da norma, que ao cabo elas se mostram inconsistentes com a regra inicialmente enunciada. Assim, uma série de distinções pode servir para enfraquecer precedentes, preparando o ambiente para futura superação.²⁸⁷ Por vezes, no entanto, as distinções excessivas podem atingir já o mesmo efeito da superação. A confusão aumenta ainda mais quando a distinção inconsistente é realizada pelo tribunal competente para a superação do precedente. Nessa hipótese, em princípio seria possível cogitar, na prática, de superação parcial do precedente, na medida em que o tribunal, substancialmente, está descartando a aplicação da norma em uma série de hipóteses em que antes ela seria aplicável.

Trata-se, portanto, de prática que deteriora a segurança fornecida pelo precedente. Os precedentes inconsistentemente distinguidos perdem estabilidade e coerência. A distinção inconsistente, todavia, não pode ser compreendida como técnica. Na verdade, é a infringência dela e, por isso, deve ser evitada.²⁸⁸ Enquanto as distinções, embora excessivas, forem consistentes, preservando o núcleo que fundamenta a norma do precedente, sua utilização é compatível com a teoria dos precedentes. Todavia, quando essas distinções são utilizadas de forma inconsistente, para esvaziar o conteúdo da norma do precedente, o que ocorre é, na verdade, uma superação do precedente por vias transversas. Dessa forma, a distinção inconsistente configura uma exceção indevida ao caso analisado. Isto porque embora devesse ocorrer a incidência da norma do precedente para a solução do caso, o tribunal acaba por negar-lhe a aplicação.²⁸⁹ Nessa linha, Ravi Peixoto afirma que “quando ocorre a distinção inconsistente, tem-se uma deturpação da técnica de distinção, mediante um discurso da Corte de que há fatos relevantes que

²⁸⁷ GERHARDT, Michael J. The power of precedent. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 37

²⁸⁸ Nesse sentido MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 297.

²⁸⁹ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 296.

sustentam a criação de uma nova norma judicial, mesmo quando eles inexistam. Ou seja, há um discurso de que há distinção, mas ele é injustificado.”²⁹⁰

A verdade é que as situações nas quais se verificam distinções inconsistentes podem ser tuteladas de modo mais adequado pela superação expressa. Ademais, como se verá mais adiante, as distinções inconsistentes são incompatíveis com o direito brasileiro.

6.2. Transformação

Melvin Eisenberg, ao analisar vários e importantes precedentes norte-americanos, identificou neles situações em que os tribunais, a pretexto de estabelecerem a *ratio decidendi* para aplicação ao caso posterior, promoveram verdadeira reformulação da norma ali enunciada, obtendo como resultado uma construção completamente distinta daquela realizada no precedente. Tal prática foi denominada *transformation*.^{291 292} Nesses casos, embora o tribunal afirme que está

²⁹⁰ PEIXOTO, Ravi. “O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (*distinguishing*) e da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*). Revista de Processo. São Paulo:RT, 2015, v. 248, p. 348.

²⁹¹ Segundo Melvin Aron Eisenberg, “*transformation occurs when a court fully overturns an established doctrine but does not announce that it has done so*” (“A transformação ocorre quando um tribunal revoga totalmente uma doutrina estabelecida, mas não anuncia que o fez.” Tradução livre). O autor cita os importantes precedentes norte-americanos *MacPherson v. Buick Motor Co* e *Sherlock v. Stillwater Clinic* para ilustrar essa prática: “*In Macpherson v. Buick Moto Co., for example, Cardozo substituted a new rule, that the principle of negligence was fully applicable to manufactures, for the old rule, announced in a number of precedents, that it was not. Rather than overruling, however, Cardozo radically reconstructed the precedents through a result-based technique and then purported to follow them. Similarly, in Sherlock v. Stillwater Clinick the Minnesota court substituted a new rule, that a negligent physician was liable for wrongful birth, for the old rule, announced in Christensen v. Thornby, that he was not. Rather than overruling, however, the court radically reconstructed Christensen through a minimalist technique and then purported to follow it.*” (Em *MacPherson v. Buick Motor Co.*, por exemplo, Cardozo estabeleceu uma nova regra, de que o princípio da negligência era totalmente aplicável aos fabricantes, em substituição da regra antiga, anunciada em uma série de precedentes, de que não era. Em vez de superar, no entanto, Cardozo reconstruiu radicalmente os precedentes através de uma técnica baseada em resultados e, em seguida, passou a segui-los. Da mesma forma, na *Clinic Sherlock v. Stillwater* o tribunal de Minnesota estabeleceu uma nova regra, de que um médico negligente era responsável por parto culposo, em substituição da antiga regra, anunciada em *Christensen v. Thornby*, de que ele não era. Em vez de superar, no entanto, a corte reconstruiu radicalmente *Christensen* através de uma técnica minimalista e, em seguida, passou a segui-lo. Tradução livre) (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 132-133).

²⁹² Essa técnica, aparentemente, também recebe a denominação de *stealth overruling* (superação furtiva), conforme aponta Ravi Peixoto, com base em Barry Fridman (FRIEDMAN, Barry. *The wages of stealth overruling* (with particular attention to *Miranda v. Arizona*). *The Georgetown Law*

aplicando determinado precedente, na verdade, devido a sua reconstrução ou reconfiguração, para afirmar algo diferente do que foi efetivamente assentado na decisão que formou o precedente, acaba por aplicar uma nova norma, distinta daquela do precedente que afirma aplicar.

Há transformação, portanto, quando o tribunal, sem negar formalmente o precedente, ou seja, sem admitir o desgaste ou o grave equívoco da solução anterior, promove a sua parcial reconfiguração, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos não considerados como relevantes na decisão anterior. Na prática, a transformação modifica o precedente, mas sem dizê-lo. Há modificação porque a decisão que o interpreta produz resultado com ele parcialmente incompatível. Com isso, o tribunal embora afirme aplicar a norma do precedente, acaba, na verdade, por revogá-la, mas sem dizer que o fez e, sim, tentando justificar sua compatibilização com o caso posterior.

Não obstante seu caráter revogatório implícito, a transformação não se confunde com a superação implícita. A diferença é sutil. Em ambas ocorre a revogação do precedente sem expressa manifestação do tribunal. Por outro lado, há diferença na forma de argumentação. Enquanto na superação implícita é formado um novo precedente, sem qualquer menção à mudança do posicionamento (ou seja, não há um diálogo com a decisão anterior que forma o precedente), na transformação a mudança se opera em razão da incompatibilidade parcial do novo posicionamento com o anterior, embora haja a tentativa de compatibilização entre ambos. Ou seja, na transformação, a despeito da argumentação sugerir uma compatibilização dos posicionamentos, o que existe, de fato, é uma revogação parcial do posicionamento anterior. Dessa forma, na superação implícita há uma revogação não expressa da norma do precedente, enquanto na transformação há uma revogação disfarçada.

Assim como a distinção inconsistente, a transformação é uma prática, e não propriamente uma técnica, observada especificamente na experiência norte-americana, que acarreta a revogação parcial do precedente sem a observância dos

Journal, v. 99, Issue I, 2010, *apud* PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Ob. cit., p. 213).

critérios usualmente exigidos para a superação. Trata-se a transformação, na verdade, de um conceito para descrever uma anomalia prática.

O fato é que ambas, distinção inconsistente e transformação, são nocivas, pois violam o dever de autorreferência inerente ao precedente vinculante (*stare decisis*) e, de forma mais ampla, os deveres de estabilidade, integridade e coerência, comprometendo assim a segurança jurídica. Além disso, como se verá adiante, a transformação é também inadmissível perante o direito brasileiro, também por incompatibilidade com o dever de fundamentação adequada e específica expressamente previsto para uso das técnicas de distinção e superação dos precedentes.

6.3. *Overriding*

Ocorre o *overriding* quando um tribunal, considerando algo que não foi sopesado na decisão anterior, torna mais restrito o âmbito de aplicação da norma do precedente para, em seguida, ampliar o de outra.²⁹³ Considere-se, por exemplo, o precedente A, com a respectiva norma *a*, aplicável aos fatos X, Y e Z, e o posterior precedente B, com a respectiva norma *b*, aplicável ao fato W. Haveria *overriding* caso o tribunal, no julgamento de caso posterior, restringisse a aplicação de A para aplicar B, dizendo que nos fatos Z não incide mais *a*, mas sim *b*. Haveria, portanto, a limitação ou a redução de uma norma antiga (norma *a*, não mais aplicável a Z) em favor da ampliação de uma norma nova (norma *b*, antes somente aplicável a W e agora também aplicável a Z).²⁹⁴ Dessa forma, o tribunal substitui ou redefine o âmbito de incidência da norma do precedente anterior.²⁹⁵

²⁹³ Como explica Melvin Aron Eisenberg, “[o]verriding occurs when a court narrows that ambit of an established doctrine in favor of a rule that has arisen after the earlier doctrine was established.” (“O *overriding* ocorre quando um tribunal estreita o âmbito de uma doutrina estabelecida em favor de uma regra que surgiu após a doutrina anterior ter sido estabelecida.” Tradução livre.) EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 135).

²⁹⁴ Ver MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 324.

²⁹⁵ Por essa razão o *overriding* poderia ser traduzido o termo em vernáculo “substituição” ou, melhor ainda, “redefinição”. Todavia, a expressiva maioria dos autores nacionais, ao referirem-se a essa técnica, usam o vocábulo no original, em inglês (*overriding*). Nesse sentido, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni e Lucas Buril. Neste trabalho, optou-se por manter o termo no original, até

O *overriding*, em teoria, pode ser visto como caso específico de desvinculação por meio de distinções consistentes, em que se discute determinada situação não envolvida no precedente e, consideradas as proposições sociais que sustentam a norma do precedente, essa situação nova deve ser retirada do âmbito de incidência do precedente. Na prática, porém, ao limitar ou restringir a norma do precedente anterior, podem ser excluídas situações realmente abrangidas no precedente. Nesse caso, o *overriding* teria efeito revogatório e, consequentemente, assumiria a feição de uma superação parcial.²⁹⁶

porque, como defendido, não vemos utilidade na importação dessa técnica, que muito se aproxima da distinção, e, por isso, pode ser descrita e tratada como forma de distinção consistente.

²⁹⁶ Nesse sentido Melvin Eisenberg: *"In theory, overriding can be merely a special case of hiving off through consistent distinctions, in which the court deals with a type of transaction that was not involved in the precedents that established the earlier doctrine and concludes that, given the social propositions that support the earlier doctrine, the transaction in question should be hived off for treatment under the later. In practice, however, when a court overrides an established doctrine it often deals with exactly the types of transactions that were involved in the precedents. (...) In such cases overriding is a form of overturning."* ("Em teoria, o *overriding* pode ser meramente um caso especial de desvinculação através de distinções consistentes, em que o tribunal trata de um tipo de transação que não estava envolvida nos precedentes que estabeleceram a doutrina anterior [norma do precedente] e conclui que, dadas as proposições sociais que a sustentam, a transação em questão deve ser retirada do tratamento dado pela doutrina anterior. Na prática, porém, quando um tribunal substitui uma doutrina estabelecida, muitas vezes trata exatamente dos tipos de transações que estavam envolvidas nos precedentes. (...) Nesses casos a substituição é uma forma de revogação." Tradução livre). Eisenberg cita sucessivos precedentes para ilustrar o uso do *overriding* no direito norte-americano: *"Prior to the 1930s, for example, there was an established doctrine that donative promises were unenforceable. In 1932 the Restatement [First] of Contracts adopted, in its famous Section 90, the principle that donative promises were enforceable if relied upon. Thereafter, the courts overrode the earlier doctrine by applying the new principle and limiting the ambit of the old doctrine to unrelayed-upon donative promises. Up through the 1940s there was an established doctrine that an offer that was accompanied by a promise to hold the offer open for a fixed period of time – a "firm offer" – was revocable despite the promise, unless the promise was separately paid for. Beginning in the 1950s the courts overrode that doctrine by applying the reliance principle to firm offers and limiting the ambit of the old doctrine to offers that were not relied upon. Up through the 1950s there was an established doctrine that bargains were not reviewable for fairness, but beginning in the 1960s the courts overrode that doctrine by applying the unconscionability principle to review bargains for certain types of unfairness."* ("Antes da década de 1930, por exemplo, havia uma doutrina estabelecida de que as promessas de doação eram inexecutáveis. Em 1932, o Primeiro *Restatement of Contracts* adotou, em sua famosa Seção 90, o princípio de que as promessas de doação seriam exigíveis quando confiáveis. Depois disso, os tribunais modificaram parcialmente (*overrode*) entendimento anterior e passaram a aplicar esse novo princípio para limitar o âmbito de incidência do entendimento anterior às promessas de doação não confiáveis. Até a década de 1940, havia um entendimento estabelecido de que uma oferta acompanhada da promessa de mantê-la aberta por um período de tempo determinado – uma "oferta firme" – era revogável apesar da promessa, a menos que a promessa fosse paga separadamente. A partir da década de 1950, os tribunais modificaram parcialmente esse entendimento (*overrode*) aplicando o princípio da confiança às ofertas firmes para limitar o âmbito de incidência do entendimento anterior às ofertas consideradas não confiáveis. Durante a década de 1950, havia entendimento estabelecido de que os acordos não poderiam ser revisados com fundamento em critérios de justiça, mas a partir da década de 1960, os tribunais modificaram parcialmente (*overrode*) esse entendimento, aplicando o princípio

Marinoni, todavia, sustenta que no *overriding* não há propriamente revogação, nem mesmo parcial do precedente, embora o resultado da decisão que o aplica não seja compatível com a totalidade do precedente. Segundo Marinoni, sua aproximação é maior com a distinção do que com a superação. É bem verdade que a distinção feita no *overriding* supõe que a solução do precedente anterior teria sido diferente se aquele caso anterior fosse analisado sob a perspectiva da nova situação e do novo entendimento fixado no caso posterior. É por isso que, embora o *overriding* não implique formalmente revogação, o seu resultado, como também ocorre na superação, é incompatível com o precedente. Todavia, como sublinha Marinoni, no *overriding* ocorre uma distinção consistente com as razões que inspiram o precedente. “Consistente porque, dadas as razões do precedente, a consideração da nova situação e do novo entendimento justifica o tratamento diferenciado. De modo que a distinção é consistente com as velhas razões. É esta consistência que justifica a não revogação do precedente. As mesmas razões estão a dar fundamento ao precedente e ao tratamento diferenciado.”²⁹⁷

De forma semelhante, Lucas Buril entende que o *overriding* consiste, na verdade, em uma “distinção reductiva” da *ratio decidendi* do precedente anterior para, em seguida, o tribunal fazer uma ampliação da *ratio decidendi* de um precedente posterior. Dessa forma, seria um termo diferente para explicar uma série específica de distinções.²⁹⁸

Fredie Didier, por sua vez, embora reconheça a aproximação do *overriding* com a distinção, destaca que, na distinção, haveria uma questão de fato que impede a incidência da norma, ao passo que no *overriding* haveria uma questão de direito (o novo posicionamento jurídico) que restringe o suporte fático. Dessa forma, na distinção seriam os fatos materialmente relevantes do novo caso concreto que

da “não-consciência” para admitir a revisão de acordos diante de certas espécies de injustiça.” Tradução livre (ob. cit, p. 135).

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p 243-244.

²⁹⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 324.

afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto, no *overriding*, o afastamento seria decorrente de um novo entendimento (portanto, um elemento externo à relação jurídica discutida).²⁹⁹ Essa diferença, porém, não parece suficiente para justificar o *overriding* como forma autônoma em relação à distinção ou à superação parcial. Na verdade, as situações normalmente tratadas como *overriding* podem ser vistas, sem prejuízo, ou como forma de distinção ou de superação parcial, e como tais devem ser tratadas.

Em suma, o *overriding* pode ser visto como forma de distinção consistente que limita, restringe ou redefine o âmbito de incidência de precedente anterior e amplia o do precedente posterior. Nesse sentido, todavia, não há utilidade na adoção do *overriding* como técnica autônoma em relação à distinção para a teoria do precedente adotada no direito brasileiro.³⁰⁰ Por outro lado, o *overriding* como técnica equivalente a uma superação parcial implícita, tal como admitido nos Estados Unidos,³⁰¹ seria incompatível com o direito brasileiro, que exige que a superação seja explícita e a sujeita a determinados requisitos.³⁰² Dessa forma, não

²⁹⁹ DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit, p. 631.

³⁰⁰ Nesse sentido Lucas Buril: “Com efeito, o conceito de *overriding* é desnecessário para o funcionamento do *stare decisis*. Embora exista uma tradição de utilização do conceito no *common law*, no direito brasileiro não se faz necessário importar um conceito que possui pouca utilidade e eleva desnecessariamente a complexidade do sistema jurídico. Enquanto conceitos como o de distinção, transformação, superação e sinalização são úteis por representar um fenômeno que pode não se confundir com outro, o *overriding* é algo bastante específico e que pode ser representado pelas distinções.” Por essas razões o autor justifica a sua posição de não assumir o *overriding* como técnica essencial ao *stare decisis* e de excluí-la da teoria de precedentes obrigatórios brasileiros (Precedentes judiciais e direito processual civil, ... cit, p. 324).

³⁰¹ Nesse sentido Eisenberg (ob. cit, pág. 135) e Marinoni (Precedentes Obrigatórios, ob. cit, p. 245). Eisenberg observa que “[o]*verriding as a form of overturning resembles transformation in that the court characteristically does not announce that any overturning has occurred. It resembles overruling in that the new rule cannot be reconciled with the old results. It differs from both overruling and transformation in that the overturning is frequently only partial. In some cases, however, the ambit of the overriding principle may so swamp the overridden doctrine that the latter is effectively displaced. This extreme version of overriding is sometimes referred to as implied overruling.*” (“O *overriding* como forma de revogação assemelha-se à transformação na medida em que o tribunal caracteristicamente não anuncia que houve qualquer revogação. Assemelha-se à superação na medida em que a nova regra não pode ser conciliada com os resultados antigos. Difere tanto da superação quanto da transformação, pois a revogação é frequentemente apenas parcial. Em alguns casos, no entanto, o âmbito de incidência da norma redefinida (norma decorrente do *overriding*) pode prevalecer tanto sobre a norma substituída que esta é efetivamente trocada. Esta versão extrema de *overriding* é às vezes referida como superação implícita.” Tradução livre).

³⁰² Não obstante, é possível enxergar decisões anteriores ao novo CPC em que houve superação implícita. Exemplo disso foi o RE 593.849, no qual o Tribunal, apreciando o tema 201 da

faz sentido aplicar o *overriding* em detrimento da técnica da superação parcial explícita já introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

7. Sinalização

A técnica da sinalização (*signaling*) encontra justificativa no princípio da segurança jurídica. A superação do precedente pressupõe o reconhecimento da obsolescência ou desgaste do precedente (quebra da coerência) que prevaleça sobre a necessidade de preservação da segurança jurídica por ele proporcionada (estabilidade). Mas o que fazer quando a preservação da segurança jurídica se torna mais vantajosa ou importante do que a mudança do entendimento? Manter o precedente obsoleto ou superá-lo, sacrificando a estabilidade?

A sinalização tenta preencher esse espaço criando uma situação de transição. Duas seriam as hipóteses relacionadas à utilização dessa técnica. Na primeira, o tribunal constata a necessidade de superação, mas ainda assim opta pela manutenção do precedente, privilegiando a proteção da confiança dos jurisdicionados no entendimento nele assentado. Ao mesmo tempo, porém, o tribunal destaca a situação de desgaste do precedente e sinaliza que poderá modificar o seu posicionamento em futuro próximo.³⁰³ Dessa forma, o precedente

repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário, a que se deu provimento, para reformar o acórdão recorrido e afirmar o direito da parte recorrente em lançar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS pagos a maior, nos termos da legislação tributária do Estado de Minas Gerais, respeitado o lapso prescricional de 5 (cinco) anos previsto na Lei Complementar nº 118/05. Foi ainda declarada incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 22, § 10, da Lei nº 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixada a interpretação conforme à Constituição nas expressões “não se efetive o fato gerador presumido” no § 11 do art. 22 da Lei estadual e “fato gerador presumido que não se realizou” no artigo 22 do Regulamento do ICMS, para que essas sejam entendidas em consonância à tese objetiva deste tema de repercussão geral. Em decorrência desse julgamento o STF fixou tese nos seguintes termos: “*É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida*”. Além disso, o Tribunal modulou os efeitos do julgamento a fim de que o precedente produzisse efeitos para vincular tão somente os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte (excluídos, portanto, as situações passadas não judicializadas e os casos passados julgados).

³⁰³ Segundo Eisenberg, “*signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable. By the use of this technique, a court paves the way for overruling a doctrine it believes would otherwise have to be preserved because of*

é mantido para o caso concreto da decisão de sinalização, mas a partir dele perde confiabilidade.

Numa segunda hipótese, o tribunal não tem certeza ainda sobre a necessidade da mudança, que exige maior reflexão e amadurecimento. Assim, sob essa justificativa, o precedente é mantido, evitando-se uma prematura superação, ao mesmo tempo em que é sinalizada a possibilidade da futura mudança de entendimento e, com isso, é fomentado o diálogo entre a comunidade jurídica a fim de permitir a adequada maturação do tema. Alguns autores denominam essa segunda hipótese de *julgamento-alerta*.³⁰⁴ Não vemos, contudo, razão para tratar essas hipóteses como conceitos distintos. Ambas as hipóteses apresentam características essenciais comuns. Dessa forma, os termos sinalização e julgamento-alerta serão tratados aqui como denominações de uma mesma técnica.³⁰⁵

justified reliance.” (“A sinalização é uma técnica pela qual um tribunal segue um precedente, mas coloca a comunidade jurídica em alerta de que o precedente não é mais confiável. Com o uso dessa técnica, um tribunal abre caminho para a [futura] superação de um entendimento que acredita deva ser por enquanto preservado por causa da legítima confiança.” – Tradução livre). EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 122.

³⁰⁴ Segundo Antônio do Passo Cabral, haveria diferença entre a sinalização e o julgamento-alerta. Na sinalização o precedente é considerado ultrapassado e somente não é superado no caso concreto em nome da segurança jurídica, enquanto no julgamento-alerta não haveria ainda a conclusão no sentido de estar ultrapassado o precedente, havendo apenas anúncio de uma possível mudança do precedente, que poderá ou não ocorrer futuramente. Além disso, no julgamento-alerta haveria diálogo institucional, enquanto na sinalização não. (CABRAL, Antônio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada*. Revista de Processo, n. 221. São Paulo: RT, jul. 2013, p. 39). Lucas Buril critica essa distinção, afirmando ser equivocado defender a existência de diálogo institucional num ou noutro instituto, colocando-o como característica ontológica da técnica. De acordo com Buril, colocar o diálogo institucional como uma característica de qualquer das técnicas seria “passar uma percepção do observador de como algo deve ser para a essência do instituto.” Para Buril, a intenção de estabelecer o diálogo institucional pode se fazer ou não presente, independentemente da técnica. A sua conclusão, portanto, é de que não haveria diferença semântica ou pragmática entre sinalização e julgamento-alerta. (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 325).

³⁰⁵ Na mesma linha: MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e direito processual civil*, ... cit., p. 325, nota 92, e PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*, ... cit., p. 277, em especial nota 388. Tratando-os como conceitos diferentes: CABRAL, Antônio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada*. Revista de Processo, n. 221. São Paulo: RT, jul. 2013, p. 39, e TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *A sinalização na superação do precedente*. Revista de Processo n. 279. São Paulo: RT, fev. 2018, p. 419.

Pode-se dizer assim que a sinalização ou julgamento-alerta é uma técnica que abre caminho para uma futura superação.³⁰⁶ O seu objetivo é preparar os jurisdicionados para a superação do precedente, preservando sua confiança na atuação do Judiciário.³⁰⁷ Não se confunde com a distinção, tampouco com a superação. Isto porque na sinalização não há diferenciação entre o caso precedente e o atual. Ao contrário, há o reconhecimento da similitude entre os casos. Por outro lado, não obstante o reconhecimento dos fatores de desgaste da norma, o tribunal deixa de promover a superação por razões de segurança jurídica e apenas anuncia que poderá fazê-lo futuramente. Trata-se, portanto, de técnica situada entre a distinção e a superação e que encontra fundamento no princípio da segurança jurídica.

A sinalização ou julgamento-alerta, portanto, é uma técnica de caráter preventivo que apresenta as seguintes características: (a) não há obrigatoriedade no seu uso; trata-se de uma dentre outras técnicas possíveis de transição para a superação; (b) seu uso proporciona tempo de preparação dos jurisdicionados (retira a confiança no precedente) e amadurecimento da discussão do tema entre a comunidade jurídica (diálogo institucional); (c) o uso da sinalização não torna obrigatória a efetiva modificação posterior do entendimento, até porque o diálogo posterior pode convencer o tribunal da adequação do posicionamento tradicional.³⁰⁸

Por outro lado, a técnica da sinalização, segundo sua concepção tradicional, passa uma mensagem incerta para os jurisdicionados, pois deixa completamente em aberto dois resultados possíveis: a superação posterior do precedente ou a manutenção do precedente. Essa situação de incerteza dificulta a conduta concreta

³⁰⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 325.

³⁰⁷ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais, cit, p. 162.

³⁰⁸ Nesse caso, como destaca Cabral, não se trata de mera “confirmação” do entendimento anterior, mas da sua consolidação mediante adição de novos argumentos. Assim, o precedente ganha em força e estabilidade, além de ser amplamente legitimado por discussão pluralista em outro contexto temporal (CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada, ..., p. 38).

daqueles submetidos ao precedente e compromete a previsibilidade das consequências jurídicas dos seus comportamentos.³⁰⁹

Ademais, como observado por Marinoni, o mesmo objetivo de preservação da segurança jurídica visado pela sinalização poderia em princípio ser alcançado também pelo uso da superação com eficácia temporal prospectiva. Não obstante, destaca que uma possível vantagem da sinalização seria a de permitir ao tribunal levar a questão a debate com intuito de preparar cuidadosamente a mudança. Isto porque “quando se torna difícil saber, diante das particularidades das relações que se basearam no precedente, se o imediato *overruling* com efeitos prospectivos é suficiente para garantir a justificada confiança, tornar-se prudente apenas sinalizar para a revogação futura.” Além disso, havendo sinalização, os efeitos retroativos de futura superação não poderão desconsiderá-la, ficando assim limitados a momento posterior em que ocorreu a sinalização.³¹⁰

Buril critica a técnica da sinalização. Para ele, em vez de proteger a confiança legítima dos jurisdicionados, a sinalização acaba por gerar uma gravíssima insegurança; “uma insegurança consciente; mas que não deixa de ser insegurança.” A técnica de sinalização, segundo Buril, seria “um meio de afastar a segurança de uma regra, sem estabelecer a segurança de outra”, deixando margem para o tribunal agir no futuro de forma arbitrária, o que violaria os próprios princípios que fundamentam o *stare decisis*. Em vista disso, sustenta que a utilização dessa técnica deve ser evitada e ficar restrita a precedentes que já se encontram relativamente desgastados ou mediante a apresentação de uma mudança

³⁰⁹ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, ... cit., p. 278. Como destaca Ravi, “Se a mensagem passada na sinalização é a de que o precedente discutido não é mais apto a gerar confiança, qual deve ser a postura dos jurisdicionados a partir da decisão sinalizadora? Imagine-se um caso de direito tributário que seja bastante significativo, seja em termos de arrecadação, seja para o planejamento das empresas. Se a decisão originária era no sentido da impossibilidade da cobrança do tributo em face de determinada operação comercial, qual deve ser a postura dos contribuintes e da fiscalização? Deveriam esses contribuintes contar com essas despesas a mais e os entes público com mais essa receita? Estaria legitimada essa cobrança pelos entes públicos? Em outras palavras, a mensagem passada pela sinalização não transmite nenhuma segurança aos jurisdicionados, que passam a depender do exercício de futurologia para planejar suas condutas até que venha a ocorrer a próxima decisão.” (ob. cit., p. 279).

³¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p 343-344.

contextual que já se iniciou, mas que ainda não é suficiente para levar à superação no momento da decisão do caso concreto.³¹¹

De fato, a sinalização, na sua concepção tradicional, em vez de tutelar a confiança dos jurisdicionados, acarreta incerteza e compromete a previsibilidade. Ou seja, sob a justificativa de promover a segurança jurídica, acaba, na verdade, por provocá-la. Vista a sinalização dessa forma, as vantagens do uso dessa técnica não justificam as suas desvantagens. Além disso, como se verá mais à frente, o direito brasileiro contém regras específicas voltadas para a promoção da segurança nas mudanças jurisprudenciais, sobretudo nos casos de superação. Tais regras restringem ainda mais a utilidade da sinalização no direito brasileiro. Contudo, é possível adaptar o uso da sinalização para situação específica, mantendo assim a sua compatibilidade, ainda que restrita, com o direito brasileiro.

8. Superação antecipada do precedente

A doutrina identifica na atuação das Cortes de Apelação nos Estados Unidos casos excepcionais nos quais foram afastados precedentes da Suprema Corte sob a consideração de que estariam em vias de serem por ela revogados. O fenômeno, identificado como *anticipatory overruling*, caracteriza a não aplicação do precedente em antecipação da sua provável revogação pela Suprema Corte.³¹²

Os fundamentos usados pelas Cortes de Apelação para a “superação antecipada” do precedente, nesses casos, podem ser assim resumidos: (a) desgaste do precedente diante de decisões contrárias da própria Suprema Corte; (b) tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado e (c) demonstração pela Suprema Corte de que espera por uma oportunidade para realizar o *overruling*. Associados a esses fundamentos, por vezes aparecem os seguintes argumentos: (a)

³¹¹ MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, 3ª. Ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 326.

³¹² Segundo MARINONI, “entenda-se por *anticipatory overruling* a atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte. Trata-se, em outros termos, de fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 260.

inconsistência do precedente em relação a decisões anteriores, de modo a indicar provável equívoco; (b) percepção de que o precedente não surtiu, na prática, os efeitos que dele se esperava e (c) alteração na composição da Suprema Corte ou do entendimento dos juízes dela integrantes acerca do tema.³¹³

Embora se trate de questão polêmica e nunca enfrentada pela Suprema Corte, na medida em que jamais decidiu explicitamente sobre a legitimidade das Cortes de Apelação deixarem de aplicar precedentes sob tal justificativa, parte da doutrina americana entende que seria possível e até mesmo saudável essa convivência entre a “superação antecipada” e a autoridade reconhecida aos precedentes no sistema americano (*stare decisis*).³¹⁴

É preciso ter bem claro, no entanto, que a “superação antecipada” não é tida como meio para criticar os precedentes da Suprema Corte, tampouco para forçar a Suprema Corte a decidir novamente sobre a questão posta no precedente ou para corrigir eventual falta de celeridade no enfrentamento da questão. Na verdade, o que importa é a percepção pelos tribunais inferiores da forte probabilidade de revogação do precedente pela Suprema Corte e da atuação coerente com essa percepção, pouco importando o entendimento dos tribunais inferiores sobre o precedente.

Como será demonstrado em seguida, quando da análise da superação no direito brasileiro, a “superação antecipada”, desde que bem compreendida como forma de afastar o precedente (e não de revogá-lo), diante da sua provável superação, e observados certos requisitos, não é incompatível com o nosso sistema.

9. Superprecedente e superação

³¹³ KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals, 51 Fordham L. Rev. 53 (1982), disponível em <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2>.

³¹⁴ KELMAN, Maurice. Anticipatory stare decisis. University of Kansas Law Review, 1959, 8, p. 165 e ss., citado por MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 260 e ss.

Segundo Michael J. Gerhardt existem precedentes da Suprema Corte norte-americana que, apesar das tentativas, jamais foram superados, passando a sensação de serem imutáveis. São classificados como *super precedents*. Na sua definição, os superprecedentes são decisões constitucionais repetida e consistentemente discutidas e aplicadas, em diferentes períodos históricos, que, por isso, têm seu valor reforçado, incorporando-se na cultura e consciência nacionais, sendo impensável sua revogação. Seriam a mais clara visualização dos valores institucionais promovidos pela fidelidade ao precedente – consistência, estabilidade, previsibilidade e confiança.³¹⁵

Michael J. Gerhardt apresenta três situações nas quais surgem os superprecedentes: (a) Práticas institucionais fundamentais (*foundational institutional practices*), que consistem em decisões de longa data da Suprema Corte que estabelecem práticas institucionais fundamentais do Judiciário. Essas decisões reconhecem e apoiam firmemente aspectos específicos do funcionamento dos tribunais. O exemplo mais conhecido é o caso *Marbury v. Madison* que constitui o precedente criador do *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade); (b) Doutrinas fundamentais (*Foundational doctrine*), as quais se referem ao persistente reconhecimento e apoio de certas categorias, classes e estruturas do direito. São decisões que incorporam entendimentos constitucionais que servem de base para a afirmação de outros entendimentos deles derivados. Cita como exemplo o caso *Mapp v. Ohio*, que serve como garantia contra buscas e apreensões sem

³¹⁵ “*Super precedents are not unique to the courts, but rather are constitutional decisions in which public institutions have heavily invested, repeatedly relied, and a constantly approved over significant periods of time. These are decisions which have been so repeatedly and widely cited for so long that their meaning and value have increased to the point of being secured by enduring networks. They are deeply and irrevocably embedded into our culture and national consciousness, so much so that it seems un-American to attack, much less to formally reconsider them. These decisions are the clearest instances in which the institutional values promoted by fidelity to precedent – consistency, stability, predictability, and social reliance – are compelling.*” (“Superprecedentes não são exclusivos para os tribunais, mas antes são decisões constitucionais em relação às quais as instituições públicas investiram fortemente, repetidamente invocadas e constantemente aprovadas ao longo de significativo período. Estas são decisões que têm sido repetidamente e tão amplamente citadas por tanto tempo que têm o seu significado e valor aumentados a ponto de serem garantidas por redes duradouras. Elas estão profundamente e irrevogavelmente incorporadas em nossa cultura e consciência nacionais, de modo que pareceria antiamericano atacá-las e mais ainda reconsiderá-las formalmente. Estas decisões são as instâncias mais claras em que os valores institucionais promovidos pela fidelidade ao precedente – a consistência, estabilidade, previsibilidade e confiança social – são convincentes.” - tradução livre). (GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 178).

razoabilidade e a conhecida doutrina de que a Corte não se imiscui em questões políticas; (c) Decisões fundamentais (*foundational decisions*), que seriam decisões dotadas das seguintes características: *i)* sobreviveram ao tempo; *ii)* são repetidamente citadas com a aprovação das autoridades; *iii)* fazem parte do desenvolvimento da doutrina em uma ou mais áreas do direito constitucional; *iv)* possuem reconhecimento social e *v)* são reconhecidas pelas demais cortes como dotadas de estabilidade, sendo desperdício de tempo tentar revê-las. Como exemplo, cita o caso *Knox v. Lee*, que reconheceu o papel moeda como constitucional.³¹⁶

A constatação de que determinados precedentes, dotados dessas características, teriam maior estabilidade não pode significar, porém, que sejam intrinsecamente imutáveis. Não existem precedentes absolutamente vinculantes, no sentido de serem totalmente imunes a qualquer tentativa de superação, independentemente de qualquer outro fator. Da mesma forma como não existem princípios absolutos, em relação aos quais se possa afirmar de antemão sua prevalência em qualquer circunstância de colisão com quaisquer outros princípios, também não há como justificar a existência de precedentes intrinsecamente imutáveis ou irrevogáveis. Na verdade, qualquer norma jurídica deve ter sua eficácia analisada diante de determinado contexto. A alteração do contexto em tese pode provocar uma revisão ou ajuste da norma. Porém, no contexto civilizatório atual existem valores reconhecidos por determinadas comunidades, especialmente aqueles com maior abrangência, que dificilmente se alterariam no sentido de permitir um retrocesso. Isso significa que na prática é realmente impensável a sua superação. Esses precedentes acabam adquirindo uma importância e uma força que os colocam como fonte de normas basilares do ordenamento jurídico nos quais estão inseridos. Nesse sentido é possível falar em superprecedentes.

Essa noção de superprecedente, no entanto, não agrega nenhuma especificidade que justifique admitir esse tipo de diferenciação de graus entre precedentes no direito brasileiro. Por aqui parece mais adequado falar-se em precedentes constitucionais para referir-se aos casos decididos pelo Supremo

³¹⁶ GERHARDT, Michael J. The power of precedent. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 178-185).

Tribunal Federal que envolvem a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. Ademais, a incorporação de uma teoria dos precedentes no direito brasileiro é recentíssima. Falta assim tanto o elemento temporal, quanto o elemento cultural para a formação de superprecedentes no direito brasileiro.³¹⁷

Título 2. Superação no direito brasileiro

1. Antecedentes

Como demonstrado, somente há superação onde há vinculação e não se concebe vinculação sem a possibilidade, ainda que excepcional, de superação, sob risco de estagnação do Direito. A superação é justamente a técnica por meio da qual é revogada a norma do precedente, que perde assim sua eficácia vinculante. Por isso, não há que se falar tecnicamente em superação onde não existe precedente vinculante. O precedente persuasivo pode ser afastado independentemente de revogação e, portanto, é incompatível com a ideia de superação na sua acepção técnica.

Por outro lado, antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, os únicos parâmetros judiciais denominados como vinculantes eram a decisão de mérito proferida em controle concentrado de constitucionalidade e a súmula vinculante, muito embora a força vinculante nessas situações fosse diferente da eficácia vinculante própria dos precedentes.³¹⁸

³¹⁷ Nessa linha Siddharta Legale (Superprecedentes. Revista de Direito GV, v. 12, n. 3, set./dez. 2016, p. 830). No mesmo sentido Ravi Peixoto (Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 237). Ronaldo Cramer também reconhece que pelo pouco tempo de vigência do sistema de precedentes não se pode apontar a existência de um superprecedente no Brasil nos termos norteamericanos. Porém, Cramer propõe que, no Brasil, seja considerado superprecedente o julgado do STF dotado de eficácia vinculante que cria uma norma de *status* diferenciado, de direito fundamental, que seria uma espécie de cláusula pétrea da jurisdição, somente passível de modificação pelo Poder Constituinte originário (Teoria dos precedentes judiciais no direito processual civil..., cit., p. 165-166). Essa definição de superprecedente, todavia, não corresponde àquela adotada no direito comparado. Ademais, implicaria a cristalização de decisões do STF, só alterável por processo constituinte originário, o que não parece adequado com o paradigma segurança-continuidade, como será mais adiante desenvolvido, quando se tratar da eficácia temporal da superação.

³¹⁸ Como explicado na primeira parte deste trabalho, há diferença entre a eficácia vinculante do precedente vinculante (*efeito vinculante processual*) e o efeito vinculante da decisão de mérito proferida em controle concentrado de inconstitucionalidade e, por extensão, do efeito vinculante

No caso da decisão de mérito proferida em controle concentrado de constitucionalidade, não havia regra expressa sobre a possibilidade de afastamento, muito menos de superação. Não obstante, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal rever seu posicionamento adotado em sede de controle concentrado era defendida a partir da interpretação do art. 102 da Constituição Federal, segundo o qual as decisões proferidas em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal produzem “efeito vinculante, *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário*”. Dessa forma, parte da doutrina sempre entendeu que o texto constitucional excluiria o próprio Supremo Tribunal Federal da eficácia vinculante dos seus julgados em controle concentrado, legitimando-o, assim, a rever suas decisões.^{319 320}

Com relação à súmula vinculante, o art. 103-A da Constituição Federal confere poder ao Supremo Tribunal Federal não só para editar a súmula vinculante, mas também para proceder à sua revisão ou cancelamento. Esse procedimento de revisão ou cancelamento de enunciados da súmula vinculante é estabelecido pela Lei 11.417/2006 e pelos artigos 354-A ao 354-G do Regimento Interno do Supremo

atribuído à súmula vinculante (*efeito vinculante constitucional*). Não obstante, conforme também demonstrado, o precedente constitucional nessas hipóteses já se apresentava, para parte da doutrina, como obrigatório ou vinculante, independentemente da discussão sobre a possibilidade do seu controle via reclamação (item 6, título 2, primeira parte).

³¹⁹: Esse entendimento sempre foi defendido por Ives Gandra e Gilmar Mendes: “De um ponto de vista estritamente material é de se excluir uma autovinculação do Supremo Tribunal Federal aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional. Todavia, parece que o Tribunal não se limita a mudar uma orientação eventualmente fixada, mas o faça com base em uma crítica fundada do entendimento anterior, que explicita e justifique a mudança.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 342-343).

³²⁰ Assim também defendia Roger Stiefelmann Leal: Cabe asseverar a inaplicação do efeito vinculante ao Supremo Tribunal Federal. Não bastasse a literalidade da expressão “demais órgãos do poder judiciário”, não devem os fundamentos determinantes das decisões do pretório excelso vincular a ele próprio, pois estar-se-ia renunciando em definitivo ao desenvolvimento jurisprudencial da Constituição, impedindo a adaptação de seu conteúdo em virtude das constantes alterações da realidade social e política do País. De outra parte, caberia ao Supremo Tribunal Federal, na prática, controlar a sua própria observância ao efeito vinculante, ou seja, o controlado e o controlador se confundiriam no mesmo órgão. A irrazoabilidade e a debilidade de tal mecanismo de fiscalização tornam evidente a não incidência do instituto em relação ao Supremo Tribunal Federal.” (LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158-159.

Tribunal Federal. Esse procedimento acarreta a supressão da eficácia vinculante atribuída ao precedente reiterado que deu origem ao enunciado. Dessa forma, em relação à súmula vinculante, já existia, mesmo antes do atual Código de Processo Civil, procedimento específico, instaurado de ofício ou por via direta, para revogação da eficácia vinculante atribuída ao precedente reiterado formador do seu enunciado.

2. Superação no atual Código de Processo Civil

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foi estabelecida a possibilidade de superação, em termos gerais, para todos os precedentes vinculantes enumerados no art. 927. A superação é referida inicialmente, de forma expressa, no art. 489, § 1º, VI, que considera nula “a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a *superação* do entendimento”.³²¹ Note-se que o dispositivo menciona três diferentes parâmetros judiciais (enunciado de súmula, jurisprudência e precedente) e, na sequência, faz referência à distinção e à superação. Todavia, a superação, em particular, no seu sentido próprio, é técnica ligada ao precedente vinculante. Assim, ou se entende que o termo é usado nesse dispositivo com acepção mais ampla e imprópria (*mudança* de entendimento), ou se interpreta que a referência diz respeito à superação estrita do precedente vinculante (e do enunciado de súmula enquanto técnica de formalização de precedentes vinculantes). Isso faz diferença, como se verá mais adiante, na medida em que a superação (no sentido próprio) tem requisitos específicos que a tornam mais grave e excepcional se comparada à mudança de entendimento verificada em relação ao precedente persuasivo e a jurisprudência.

O § 2º do art. 927, por sua vez, estabelece que “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

³²¹ “Art. 489. (...). § 1º. 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.”

que possam contribuir para a rediscussão da tese”³²² Já o § 4º do art. 927 dispõe que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de 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.”³²³ Embora esses artigos não façam referência expressa à superação, preferindo os termos mais amplos e genéricos “alteração” e “modificação”, são abrangentes também do sentido de superação parcial e total. A superação, como visto, importa na revogação da norma do precedente e, conseqüentemente, acarreta uma alteração ou modificação de entendimento. Por outro lado, esses artigos mencionam apenas algumas situações formadoras de precedentes vinculantes (enunciado de súmula e julgamento de casos repetitivos) e o § 4º do art. 927 refere-se especificamente à “jurisprudência pacífica”, que não tem eficácia vinculante, mas persuasiva. Não obstante, deve-se interpretá-los como aplicáveis a todos os precedentes vinculantes enumerados nos incisos I a V do art. 927. Note-se que esses artigos tratam de procedimentos que têm como objetivos (a) ampliar a participação e enriquecer o debate sobre a rediscussão da “tese jurídica” (por meio da realização prévia de audiências públicas e da intervenção de *amicus curiae*); (b) tornar mais clara e racional a decisão que promove ou não a superação (parcial ou total) do precedente (através da exigência de fundamentação adequada e específica) e, ao cabo, (c) conferir maior legitimidade às decisões judiciais que promovem a revisão de “teses jurídicas” (melhor dizendo, a superação da norma do precedente ou *ratio decidendi*) decorrentes de precedentes vinculantes. Por outro lado, a alusão à jurisprudência pacífica, constante do § 4º do art. 927, tem a finalidade de reforçar a imposição, tanto às partes como ao juiz, do ônus argumentativo quando se decide com base em qualquer precedente (vinculante ou persuasivo). Existe ônus argumentativo não só em relação à discussão sobre aplicação, distinção ou superação do precedente vinculante, mas também em relação à aplicação ou não do precedente persuasivo. Como antes defendido, ônus

³²² “Art. 927 (...) § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.”

³²³ “Art. 927 (...) § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de 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.”

argumentativo e eficácia vinculante não se confundem. Não há entre eles relação de causa e efeito. A eficácia vinculante decorre do dever de observância obrigatória da norma do precedente, ressalvados os casos de distinção e superação. Já o ônus argumentativo refere-se à exigência de maior esforço argumentativo, que existe não só em relação aos precedentes vinculantes, mas também aos persuasivos. Sempre que se decide pela aplicação ou não de um precedente para resolver questão jurídica necessária para a solução de um caso concreto, qualquer que seja a eficácia desse precedente, vinculante ou persuasiva, há a necessidade de maior esforço argumentativo para as partes e o julgador e, para este, ainda o dever de fundamentação específica e adequada.

O § 3º do art. 927, por sua vez, regula a modulação dos efeitos da “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”, de modo a tutelar o interesse social e a segurança jurídica. Dessa forma, esse dispositivo prevê a modulação de efeitos, que é uma espécie de regra de transição, para garantir segurança na mudança de entendimentos firmados por meio de determinadas decisões judiciais. A referência expressa à jurisprudência dominante do STF e demais tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos não deve ser vista de forma restritiva. Qualquer mudança abrupta de entendimentos consolidados, que sirvam como parâmetro para solução de casos similares, pode causar instabilidade e afetar a segurança jurídica, sobretudo ao comprometer a confiança legítima dos jurisdicionados. O fato de se tratar de precedente vinculante ou jurisprudência persuasiva não predetermina a adoção ou a exclusão da modulação como regra de transição. O estabelecimento de qualquer regra de transição, incluída a modulação de efeitos, só pode ser feito diante da análise do caso concreto. Dessa forma, a referência a esses parâmetros judiciais deve ser interpretada apenas como indicação exemplificativa. Essa, aliás, é a interpretação condizente com as disposições supervenientes dos artigos 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluídos pela Lei nº 13.655, de 2018, que tratam de forma ampla das regras de transição decorrentes de mudança de entendimentos consolidados no âmbito de processos administrativos e judiciais. Dessa forma, o § 3º do art. 927, embora tenha aplicação mais ampla, regula também

a hipótese específica da superação de precedentes (ou seja, de quaisquer dos precedentes vinculantes listados no caput do art. 927 do CPC).

Além dessas disposições, em outras passagens do Código, ao se atribuir a eficácia vinculante a determinados precedentes, com expressa ressalva à possibilidade de “revisão da tese”, acaba-se também por admitir a superação. É o caso do art. 947, § 3º, ao dispor que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, *exceto se houver revisão de tese*”. E do art. 985, II, que determina a aplicação da tese jurídica decorrente do julgamento do incidente de resolução de demanda repetitiva “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, *salvo revisão* na forma do art. 986”. O citado art. 986, por sua vez, determina que a revisão da tese jurídica seja feita pelo próprio tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados (partes, Ministério Público ou Defensoria Pública).

Todos esses dispositivos indicam explicitamente a possibilidade de superação do precedente no ordenamento jurídico brasileiro. Mas ainda que não o fizessem de forma explícita, a possibilidade de superação seria consectário da previsão do precedente com eficácia vinculante. Nenhum ordenamento jurídico atual admite precedentes vinculantes sem a correspondente possibilidade de superação, na medida em que tal situação impediria o desenvolvimento do Direito, acarretando sua estagnação. No caso brasileiro, qualquer tentativa de estabelecer precedente com eficácia vinculante absoluta (ou seja, que não admitisse a possibilidade de superação) seria inconstitucional, por violação ao princípio da segurança jurídica. Como se verá adiante, se de um lado a superação rompe em alguma medida a estabilidade, de outro ela atua para restabelecer a congruência social, a consistência sistêmica ou corrigir grave equívoco, o que ao final reconduz à segurança jurídica.

Por outro lado, não foram estabelecidos explicitamente no Código de Processo Civil os requisitos materiais para a superação (apenas para a modulação), o que não significa a inexistência desses requisitos, que são deduzidos dos deveres norteadores da formação, da aplicação e da modificação dos precedentes, como

também será visto adiante. Note-se, contudo, que antes mesmo da promulgação do CPC atual, o art. 896-C, § 17, da CLT, incluído pela Lei 13.015/2015, já previa a superação no âmbito trabalhista, especificamente para o precedente firmado em julgamento de casos repetitivos, estabelecendo como requisito material a demonstração de mudança na situação econômica, social ou jurídica. Com a promulgação do novo CPC, aplicável supletiva e subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 15), fica estendida a possibilidade de superação para outros precedentes em matéria trabalhista que passam a ter eficácia vinculante, ampliando-se ainda os requisitos materiais e processuais, na medida em que os requisitos exigidos no âmbito do processo civil se aplicam também no processo do trabalho.³²⁴

Quanto ao procedimento, o Código não prevê o procedimento para a realização da superação, embora estabeleça determinados requisitos processuais, deixando com isso espaço amplo para a regulamentação por meio dos regimentos internos e por construção jurisprudencial. Assim, em relação à decisão de mérito proferida em controle de constitucionalidade, as possibilidades de superação decorrem da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal. No caso da súmula vinculante, já existia procedimento específico (proposta de revisão e cancelamento), regulado pela Lei 11.417/2006 e pelos artigos 354-A ao 354-G do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No caso do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), embora o Código traga previsão expressa no sentido da possibilidade da revisão da tese e da fixação da competência do próprio tribunal formador do precedente para a revisão (art. 986 CPC), não há, no próprio Código, nenhuma regra sobre o procedimento, que dessa forma fica a cargo de cada tribunal, mediante regulamentação através dos respectivos regimentos internos. O mesmo raciocínio se aplica para o incidente de assunção de competência, para o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e para o julgamento de repercussão geral, em relação aos quais se aplica por analogia o art. 986. Assim também ocorre em relação aos enunciados das súmulas comuns do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, cujo procedimento de edição, revisão e cancelamento devem ser estabelecidos pelos respectivos regimentos internos.

³²⁴ Nesse sentido deve ser interpretado o Enunciado 346 do FPPC: “A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microssistema de solução de casos repetitivos.”

Quanto às orientações do plenário ou dos órgãos especiais dos tribunais, vinculantes para os juízes e tribunais a elas subordinados, na ausência de disposição legal, o procedimento de superação fica também submetido às disposições dos respectivos regimentos internos.

Cabe ainda a indagação, a respeito dos requisitos materiais e processuais e ao procedimento para realização da superação, se haveria regras mínimas e uniformes que pudessem ser comuns a todas essas situações de superação de precedentes, ou se os tribunais estariam livres para disporem, da maneira como bem entendessem, sobre os requisitos e os meios para a superação, em seus regimentos internos. A resposta para essa indagação, como adiante será sustentado, é no sentido de que existem requisitos mínimos tanto materiais como processuais para a superação, extraídos a partir da interpretação do modelo constitucional do processo estabelecido na Constituição Federal e do sistema de precedentes estabelecido no Código de Processo Civil atual, requisitos esses, portanto, que devem ser observados pelos tribunais, independentemente da regulamentação constante dos seus regimentos internos.

Por outro lado, quanto ao procedimento para superação, antes mesmo de entrar em vigor, o Código de Processo Civil atual foi modificado pela Lei 13.256/16, que reduziu drasticamente o emprego das técnicas de distinção e superação dos precedentes. O Código de Processo de 1973 estabelecia um duplo juízo de admissibilidade para o recurso extraordinário e o recurso especial. Com isso, cabia em primeiro lugar ao tribunal inferior examinar a presença dos requisitos de admissibilidade desses recursos excepcionais. Uma vez admitidos, esses recursos eram remetidos ao tribunal superior competente, que deveria fazer novo juízo de admissibilidade antes de analisar o mérito do recurso. O tribunal inferior, no entanto, poderia negar seguimento ou inadmitir o recurso, hipótese que dava ensejo ao cabimento de agravo para o tribunal superior competente. Assim, de uma forma, ou de outra, o recurso chegava ao tribunal superior. O Código de Processo Civil de 2015, na sua versão original, mudou essa sistemática. Haveria juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial nos tribunais inferiores apenas para as situações de recursos contra decisões fundadas em precedentes vinculantes (justamente para diferenciar as situações de mera discordância em

relação ao entendimento fixado no precedente vinculante e as hipóteses de violação do precedente ou de potencial superação). Não se tratando de recurso contra decisão fundada na aplicação ou não de precedente vinculante, o recurso extraordinário ou especial seguia diretamente para exame de admissibilidade no tribunal superior competente. Ou seja, não havia mais, nessa hipótese específica (recurso envolvendo matéria ainda não decidida por precedente vinculante), exame de admissibilidade dos recursos excepcionais nos tribunais inferiores. A admissibilidade deveria ser examinada diretamente nos próprios tribunais superiores. A Lei 13.256/16, no entanto, alterou a redação dos artigos 1.030 e 1.042, para restabelecer de modo geral o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais nos tribunais inferiores e, especificamente em relação aos recursos interpostos contra decisões fundadas em precedentes vinculantes, suprimir o cabimento do agravo aos tribunais superiores, substituindo-o pelo agravo interno para os órgãos especiais dos tribunais inferiores. Com efeito, o artigo 1.042, na nova redação, passou a excluir a possibilidade de interposição de agravo contra a decisão que nega seguimento ou inadmite recurso extraordinário e recurso especial se a decisão atacada estiver “fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.” E, de acordo com o art. 1.030, § 2º, na sua nova redação, da decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário ou especial interposto contra decisão fundada em precedente vinculante cabe agravo interno para o órgão especial e não mais agravo para os tribunais superiores, como na sistemática do Código anterior.³²⁵ Com isso, ficou impossibilitada a rediscussão do precedente vinculante decorrente de julgamentos dos tribunais superiores diretamente nesses tribunais responsáveis pela sua formação.³²⁶ Por outro lado, não está claro na lei, nem na jurisprudência, tampouco na doutrina, qual seria o meio de impugnação adequado contra a decisão que julga o agravo interno no órgão especial. Há quem defenda (a) o não cabimento de nenhum recurso; (b) o cabimento de agravo do art. 1.030 § 1º (previsto, todavia, para outra hipótese, de impugnação de decisão de

³²⁵ “Art. 1.030 (...) § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.”

³²⁶ Segundo Antônio Viana e Dierle Nunes, com a reforma empreendida pela Lei nº 13.256/2016 “instala-se um rígido modelo de obrigatoriedade, acarretando o empobrecimento do sistema processual, verificável pelas hipóteses normativas que inserem o precedente numa espécie de fortaleza impenetrável, tornando potencialmente vãs as tentativas da sua superação.” (VIANA, Antônio Aurélio de Souza, NUNES, Dierle. Precedentes. A mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 303.

inadmissão de recursos extraordinários e especiais não submetidos à sistemática de recursos repetitivos e de repercussão geral); (c) o cabimento de novo recurso extraordinário ou especial; (d) o cabimento de reclamação. Por outro lado, decisões recentes dos tribunais superiores têm tornado essa discussão ainda mais ambígua. Diante disso, é fundamental interpretar esses dispositivos para assegurar alguma forma de acesso aos tribunais superiores que possibilite a superação de precedentes vinculantes, na medida em que são eles os órgãos jurisdicionais competentes para revisão dos próprios precedentes, sob pena de caracterizar-se a inconstitucionalidade da Lei 13.256/16.

3. Incompatibilidade das formas de distinção com eficácia revogatória com o direito brasileiro

Existem formas de distinção restritivas que, na prática, produzem efeitos bastante semelhantes à superação parcial, na medida em que importam na revogação de parte da norma do precedente para restringir sua aplicação. É o caso da distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), da transformação (*transformation*) e da redefinição (*overriding*) analisadas anteriormente. Essas formas de distinção com eficácia revogatória surgiram sobretudo a partir da experiência prática norte-americana no uso dos precedentes. Não obstante, de modo geral, elas são nocivas, pois violam o dever de autorreferência inerente ao precedente vinculante (*stare decisis*) e, ao cabo, comprometem a segurança jurídica. Além disso, são incompatíveis com as novas regras sobre formação, aplicação e modificação de precedentes introduzidas no direito brasileiro.

O atual Código de Processo Civil prevê expressamente o dever de fundamentação específica e adequada para uso das técnicas de distinção e superação dos precedentes. Com efeito, é nula a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, § 1º, VI, CPC). Ademais, qualquer modificação de precedente vinculante deve ser justificada mediante “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (art. 927, § 4º CPC). Por outro lado, o tribunal não pode decidir sobre essa questão da

distinção ou da superação do precedente sem o prévio contraditório das partes (art. 10 CPC) e sem amplo debate, devendo, inclusive, ser considerada a possibilidade, conforme o caso, da realização de audiências públicas e da convocação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da questão (art. 927, § 2º). Assim, sob a perspectiva do direito brasileiro, o precedente só pode ser afastado ou abandonado se houver prévia e ampla discussão a respeito e se a decisão estiver específica e adequadamente fundamentada. Não há espaço, portanto, para qualquer forma de revogação disfarçada nem implícita.³²⁷ Além disso, a superação exige a observância de certos requisitos e só pode ser realizada pelo órgão competente para a revogação, enquanto a distinção é técnica inerente à aplicação do precedente e, portanto, pode ser aplicada por qualquer órgão jurisdicional. Dessa forma, somente o órgão competente pode realizar a superação e desde que a questão seja explicitada, submetida ao prévio contraditório, pelo procedimento adequado, e expressamente decidida, mediante fundamentação adequada e específica.

Tais exigências legais tornam a distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*), a transformação (*transformation*) e a redefinição (*overriding*) incompatíveis com o direito brasileiro. A distinção inconsistente provoca o abandono do precedente em princípio aplicável para a solução do caso, mas sem a observância dos requisitos materiais e processuais exigidos para a superação, que é a técnica adequada para permitir a não aplicação do precedente nessa situação em que os casos são de fato similares. A transformação (por provocar uma revogação parcial disfarçada) e o *overriding* (por acarretar uma revogação parcial implícita), ademais, são incompatíveis com o dever de fundamentação específica e adequada.

4. A sinalização no direito brasileiro

O objetivo da sinalização, como antes exposto, é preparar os jurisdicionados para a superação do precedente, preservando sua confiança na atuação do

³²⁷ Nesse sentido Alexandre Câmara: “Eventual pronunciamento judicial que se afaste de forma implícita de um padrão decisório vinculante, portanto, é nulo (não só pelo fato de ter deixado de observar um padrão a que estava vinculado, mas também por ter afrontado o disposto no art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015). Caso tal decisão venha a transitar em julgado, será rescindível e, portanto, sujeita a ser desconstituída.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 334).

Judiciário.³²⁸ A necessidade de compatibilização com as regras de formação, aplicação e modificação dos precedentes constantes do CPC, no entanto, restringe o uso da sinalização no direito brasileiro. Ainda assim essa técnica pode ter utilidade.

O CPC atual introduziu regras com intuito justamente de prover a segurança jurídica na mudança de entendimentos jurisprudenciais, sobretudo na hipótese de superação. Assim, o contraditório ampliado e qualificado estabelecido para a superação, mediante a previsão do ingresso de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas (art. 927§§ 2º e 4º), e a autorização para a modulação dos efeitos da decisão no interesse social e no da segurança jurídica (art. 927. § 3º) permitem, com maior vantagem em relação à sinalização, a ampliação do diálogo no âmbito do processo em que é discutida a superação, sem necessidade de postergar o debate para momento posterior à decisão (que assim pode desde logo definir a questão no sentido de superar ou não o precedente, em vez apenas de sinalizar para uma futura e incerta superação), com a possibilidade ainda de estabelecer regra de transição, mediante modulação de efeitos da decisão, como forma de proteger a confiança legítima e a isonomia.

Diante desse cenário, não há justificativa, em princípio, para a técnica da sinalização no direito brasileiro. A menos que se faça uma adaptação do seu uso. Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais superiores fornece alguns exemplos de como a sinalização pode ser usada com proveito no direito brasileiro. Um primeiro exemplo decorre do julgamento do HC 70.514, no âmbito do qual o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da lei que previa o prazo em dobro para as defensorias públicas “até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público”. Como bem observou Ravi Peixoto ao tratar do caso³²⁹, nessa situação não é a decisão sinalizadora que quebra a confiança no precedente, mas sim a existência da situação fática futura por ela já antecipada, que o faz. No momento da prolação da decisão,

³²⁸ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais, cit, p. 162.

³²⁹ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 280-281.

o jurisdicionado sabe que aquele entendimento é confiável (o prazo da defensoria é em dobro) e que só o deixará de ser em determinada situação futura nela indicada (quando a Defensoria Pública alcançar o nível de organização do Ministério Público no mesmo Estado).³³⁰

Outro exemplo pode ser retirado do julgamento do REsp 736.650.³³¹ O Superior Tribunal de Justiça reafirmou nessa ocasião a validade do enunciado 401 da sua súmula (“O direito de propor a ação rescisória se extingue em dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão”) e esclareceu que o prazo para a rescisória tem início após a última decisão no processo. No entanto, ressaltou eventual necessidade de novo exame do tema, caso houvesse mudança do entendimento das turmas do STF a respeito do mesmo assunto e fosse efetivamente transformada em lei a previsão da coisa julgada progressiva inserida, na época, no projeto do Novo Código de Processo Civil. Dessa forma, o STJ indicou claramente as condições para uma futura mudança de entendimento: a alteração do posicionamento do STF e a modificação do texto normativo.³³² Com isso o jurisdicionado tem conhecimento dos elementos necessários para a efetiva mudança do entendimento já antecipado pelo tribunal, o que é diferente de ficar à mercê de eventual superação em julgamento futuro quando então a questão venha a ser novamente debatida. É nesse sentido que se deve interpretar o Enunciado 320 do FPPC, segundo o qual “os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros.”

5. Admissibilidade no direito brasileiro do afastamento diante de provável superação (“superação antecipada do precedente”)

³³⁰ STF, Tribunal Pleno, HC 70.514, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 23/03/1994, DJ 27/06/1997. A técnica usada na decisão ficou conhecida como “declaração de lei ainda constitucional” ou “declaração de lei em processo de inconstitucionalização” (cf. MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 552-560).

³³¹ STJ, Corte Especial, REsp 736.650/MT, Rel. Antônio Carlos Ferreira, j. 20/08/2014, Dje 01/09/2014.

³³² Exemplo discutido por Ravi Peixoto (*in* Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 280-281).

Importa saber também se a “superação antecipada” do precedente (*anticipatory overruling*) seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Diante do dever de observância obrigatória dos precedentes nas situações estabelecidas no art. 927 do CPC, seria legítimo afastar a aplicação de precedente diante do cenário de forte probabilidade de sua superação pelos tribunais superiores?

Primeiramente, é preciso observar que a “superação antecipada”, inobstante o nome atribuído, não implica revogação do precedente ou supressão da sua eficácia vinculante, o que só poderia ser feito pelo órgão competente, aquele encarregado da sua formação. Na verdade, trata-se de não-aplicação ou de afastamento do precedente, não pela distinção, mas sob a justificativa de alinhamento com a percepção no sentido da probabilidade da sua iminente revogação pelos tribunais superiores. Dito de outra forma, a hipótese envolve a não-aplicação de precedente que, na prática, se mostra como já estivesse superado. Nessa situação específica não teria sentido exigir a espera da superação formal do precedente pelo tribunal competente para afastar sua aplicação no caso concreto.

Além disso, essa possibilidade resulta da própria interpretação do art. 489, § 1º, VI, do CPC. Ao considerar não fundamentada a decisão que deixa 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*”, a lei admite, portanto, essa possibilidade de não-aplicação do precedente quando se tratar de hipótese de superação. Esse dispositivo, frise-se, estabelece deveres aos juízes e tribunais em geral e não apenas aos órgãos formadores de precedentes. De modo específico, o inciso VI impõe o dever de consideração pelos órgãos aplicadores dos precedentes – todos os órgãos que se depararem com a questão diante da necessidade de julgamento de caso concreto – o que significa a obrigação de enfrentar a questão da distinção ou da superação levantada no processo, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação. Dessa forma, havendo alegação de superação, o órgão julgador – qualquer que seja – tem o dever de enfrentar a questão. Para tanto deve ser observado o contraditório prévio e efetivo, além da necessidade de fundamentação adequada e específica por meio da qual o julgador se desincumba do ônus argumentativo exigido para se afastar de

um precedente. Entenda-se, então, que no caso específico da superação, o tribunal tem o dever de enfrentar a questão, não podendo ignorá-la. Porém, faltando competência para proceder à superação, caso concorde com o argumento, o tribunal deverá limitar-se a apontar a necessidade de superação, ficando, no entanto, obrigado a aplicar o precedente. Todavia, verificando haver desgaste do precedente ou qualquer outra situação que aponte para a probabilidade iminente de superação formal, a hipótese não seria propriamente de superação pelo juiz ou tribunal inferior, incompetente para tanto, mas de afastamento do precedente no caso concreto em antecipação dos efeitos da futura superação. Como se pode ver, não se trata propriamente de “superação antecipada”, na medida em que não há (nem poderia haver) revogação pelo juiz ou tribunal que identifica a situação, mas de afastamento diante de provável superação pelo órgão competente. O que há, portanto, é uma antecipação dos efeitos de futura e provável superação para justificar o afastamento do precedente para a solução do caso concreto.³³³

Em síntese, é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente diante do disposto no art. 489, § 1º, VI, do CPC, a prolação de decisão que, em caso concreto, afasta a aplicação do precedente vinculante ao fundamento de que há elemento que justifique a antecipação do efeito de provável e iminente superação do precedente na situação do caso concreto, na medida em que isso não implica propriamente a superação do precedente vinculante, o qual somente perderá sua eficácia quando for formalmente superado pelo tribunal responsável pela sua formação e superação.³³⁴

Exemplo de situação concreta que, em princípio, poderia justificar a aplicação dessa técnica seria o caso do “amianto branco”, lembrado por Alexandre

³³³ Esse entendimento no sentido da admissibilidade da antecipação dos efeitos de futura e provável superação para justificar o afastamento de precedente vinculante se aplica a qualquer das situações previstas no art. 927 do CPC. Por tanto, isso vale em relação aos precedentes constitucionais, aos precedentes oriundos de decisões em julgamento de casos repetitivos, como também em relação aos enunciados de súmula.

³³⁴ No mesmo sentido da compatibilidade da aplicação da técnica de “superação antecipada” com o ordenamento jurídico brasileiro: Luiz Guilherme Marinoni (Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 266) e Alexandre Freitas Câmara (Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 335 e ss).

Câmara.³³⁵ Mas também expõe o risco dessa técnica. Esse caso envolveu a discussão sobre a competência para legislar acerca de matéria que envolve autorização para fabricação, comercialização e estocagem de produtos que tenham em sua composição o amianto crisotila (conhecido como “amianto branco”). A União editou a Lei nº 9.055/95 que proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto (art. 1º), com exceção da crisotila, cuja extração, industrialização, utilização e comercialização foi expressamente autorizada (art. 2º). Alguns Estados, porém, editaram leis estaduais vedando totalmente essas atividades em seus territórios (inclusive em relação à crisotila). Em vista disso, foram ajuizadas diversas ações diretas de inconstitucionalidade contra essas leis estaduais. O STF, ao julgar a ADI 2396, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei estadual do Mato Grosso do Sul que vedavam a fabricação, comercialização e estocagem desse produto no território daquele Estado, por violação da norma constitucional que atribui competência legislativa concorrente à União para editar normas gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde (artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da CF).³³⁶

³³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p. 337).

³³⁶ Ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.210/01, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTIGOS 22, I E XII; 25, § 1º; 170, CAPUT, II E IV; 1º; 18 E 5º CAPUT, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ARTIGO 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional. Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, verifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixadas pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADI 903/MG-MC e ADI 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e de seus §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º e §§ 1º e 2º e do

Posteriormente, ao apreciar a medida cautelar pleiteada na ADI 3937 MC/SP, cujo objeto era lei do Estado de São Paulo, que, a exemplo da lei do Mato Grosso do Sul, também vedava as atividades com produtos que continham qualquer tipo de amianto em sua composição, inclusive a crisotila, os ministros do STF, em sessão plenária, por maioria de votos, negaram referendo à liminar deferida pelo Relator Min. Marco Aurélio, *indeferindo assim a suspensão da aplicação dessa lei estadual*. Frise-se que os argumentos para a impugnação da lei estadual paulista eram os mesmos que levaram à declaração de inconstitucionalidade da lei sul-mato-grossense na ação anterior. Não obstante, o STF adotou posicionamento diametralmente oposto àquele adotado anteriormente. A decisão, tomada por maioria, conduzida pelo voto do Ministro Joaquim Barbosa, *reconheceu a possibilidade de a lei estadual paulista regular a matéria*. Basicamente foram dois os fundamentos determinantes para o reconhecimento da constitucionalidade da lei estadual: (a) a lei estadual é compatível com a Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho, que, por ser norma protetora de direitos fundamentais, tem natureza de norma infraconstitucional supralegal e está alinhada com o art. 196 da CF, constituindo por isso norma geral sobre a matéria;³³⁷ e (b) a distinção entre

parágrafo único do art. 5º, todos da Lei nº 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul. (STF - ADI: 2396 MS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 08/05/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-08-2003 PP-00100 EMENT VOL-02117-34 PP-07204).

³³⁷ O primeiro fundamento determinante dessa decisão pode ser extraído do seguinte trecho do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa: “Estou convencido de que essas normas não são inconstitucionais. Por duas razões. A primeira é a existência de norma que respalda a postura legislativa adotada pelos estados. Trata-se da Convenção nº 162, da Organização Internacional do Trabalho, promulgada por meio do Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991. Esse tratado internacional é um compromisso, assumido pelo Brasil, de desenvolver e implementar medidas para proteger o trabalhador exposto ao amianto. A Convenção é uma norma protetora de direitos fundamentais, em especial o direito à saúde e o direito ao meio ambiente equilibrado. Também vai ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e da ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, justiça social e defesa do meio ambiente. O conteúdo dessa Convenção é um critério definitivo para se avaliar o exercício da competência legislativa dos estados. No caminho que vem sendo aberto pela Corte, a Convenção possui, no mínimo, o status de norma supralegal e infraconstitucional. Além de proteger o direito humano à saúde, a Convenção foi muito feliz ao exigir que os Estados-partes condicionassem possíveis exceções nacionais à proibição do amianto ao progressivo desenvolvimento de materiais que pudessem substituir o crisotila. Penso que é essa a norma a ser extraída do art. 3º da Convenção. A Convenção também previu – e esse é um compromisso importante – que, constatada a existência e a viabilidade de substitutos ao amianto, os Estados-Partes deveriam preferir esses substitutos. Esse compromisso consta do art. 10. Esse dever, assumido na esfera internacional, está apoiado em outro dever, um dever constitucional, previsto no art. 196 da Constituição Federal. Quem descumprir o primeiro, desobedece o segundo. Ora, se o Brasil, no plano internacional, assumiu o compromisso de substituir progressivamente utilização do amianto crisotila, esse compromisso deve ser executado também no plano interno, por todos e cada um dos membros da federação. Não faria sentido que a União assumisse compromissos

lei geral e lei especial não se aplica nesse caso para concluir pela invasão da competência atribuída à União pela lei estadual, pois não se pode retirar do estado a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade, em matéria de defesa da saúde, o que teria sido observado pela lei paulista.³³⁸

A decisão que negou a liminar foi proferida em 04.06.2008. O julgamento do mérito teve início em outubro de 2012 e somente se completou, com todos os votos, em 2017.³³⁹ Dessa forma, por mais que o STF não tenha chegado a superar formalmente o precedente anterior, formado a partir do julgamento de mérito proferido na ADI 2396/MS, os fundamentos determinantes do acórdão que rejeitou a medida cautelar na segunda ação claramente anteciparam o entendimento acerca da improcedência do pedido, nada levando a crer, naquele momento, que pudesse ser alterado esse entendimento por ocasião do exame de mérito. Em vista disso, era grande a probabilidade da superação formal do precedente decorrente do julgamento da primeira ação quando houvesse o julgamento do mérito nesta

internacionais que não tivessem eficácia para os estados e municípios. Ao atuar no plano internacional como “República Federativa do Brasil”, estaria comprometida com os tratados de direitos humanos. No plano interno, face aos estados e municípios, estaria livre desses compromissos. Não é possível admitir essa conclusão.”

³³⁸ Nesse outro trecho do voto do Relator se extrai o segundo fundamento determinante: “Não vejo sentido prático em saber se são leis específicas que devem ser confrontadas com uma lei geral. Penso que é inadequado concluir que a lei federal exclui a aplicação de qualquer outra norma ao caso. A preexistência da Convenção impede que se tente elevar a lei ordinária federal ao status de norma geral. Em verdade, é a Convenção que possui tintas de generalidade. A distinção entre lei geral e lei específica é inaplicável ao caso das leis sobre amianto. E isto por uma razão simples: em matéria de defesa da saúde, matéria em que os estados têm competência, não é razoável que a União exerça uma opção permissiva no lugar do estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade. O exercício dessa opção esvaziaria o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção. A limitação estadual ao amianto é razoável também pela inexistência de alternativas. O contexto fático indica que não há uma medida intermediária à proibição. Por fim, não me rendo a um argumento esposado pela requerente que sugere que as fibras substitutas ao amianto também apresentariam riscos à saúde humana, sendo preferível que se continuasse a utilizar o crisotila. A literatura científica sugere que esses riscos são menores do que os relacionados a crisotila. Sublinho que enquanto o risco potencial das matérias-primas alternativas ainda precisa ser demonstrado, os danos relacionados à utilização do amianto crisotila já se encontram comprovados. As fibras alternativas são, neste momento, menos perigosas, razão pela qual o poder executivo federal parece caminhar no sentido de recomendar o seu uso como substitutas da crisotila.”

³³⁹ O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ADI 3937/SP, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, que julgavam procedente a ação, e vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes, que julgava improcedente a ação, sem declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95. O Relator do acórdão foi o Ministro Dias Toffoli.

segunda ação. Diante desse cenário, seria possível imaginar outros casos envolvendo a mesma discussão sobre a inconstitucionalidade de leis de outros estados que, porventura, também vedassem a fabricação, estocagem e comercialização de produtos que contivessem amianto crisotila. Nesses novos casos seria então possível aos tribunais locais, em princípio, afastar a aplicação do precedente decorrente da ADI 2396/MS, no sentido de considerar inconstitucional a lei estadual, pela grande probabilidade de superação diante dos fundamentos já antecipados no julgamento da medida cautelar na ADI 3937/SP. Alexandre Câmara apontou esse como um exemplo de aplicação legítima do afastamento diante de provável superação (“superação antecipada”).³⁴⁰

O julgamento posterior do mérito, de fato, confirmou o entendimento antecipado na decisão liminar no sentido da constitucionalidade da lei estadual restritiva. E mais, além dos fundamentos antecipados no julgamento da liminar, foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/1995, ao fundamento de que esse dispositivo passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, tornando-se incompatível com a Constituição de 1988. Isto porque “se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se, na época da edição da lei, na possibilidade do uso controlado dessa substância, atualmente, o que se observa é

³⁴⁰ Alexandre Freitas Câmara (*in* Levando os padrões decisórios a sério...cit, p. 339 e ss). Outro lado exemplo de “superação antecipada” citado pelo autor seria de hipótese de precedente alicerçado em interpretação de lei posteriormente revogada. Tal precedente está indiscutivelmente fadado à superação formal em algum momento, não se justificando a continuidade da sua aplicação diante da circunstância superveniente à sua formação e com evidente repercussão na sua eficácia. Situação lembrada por Alexandre Câmara foi a do cabimento dos honorários advocatícios no cumprimento provisório de sentença. Ainda na vigência do CPC anterior, o STJ decidiu, em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, que, em cumprimento provisório de sentença, descabia o arbitramento de honorários advocatícios em benefício do exequente. Posteriormente, a legislação processual foi alterada e o art. 520, § 2º do novo Código passou a estabelecer exatamente o contrário. Se na época daquele julgamento o precedente formado em sede de recurso especial repetitivo já tivesse eficácia vinculante, seria exatamente a hipótese aqui cogitada de afastamento diante de provável superação (“superação antecipada”) em decorrência da alteração legislativa posterior. Afinal, se mantida a aplicação do precedente em hipóteses como essa, sua eficácia vinculante seria mais forte que a da própria lei, o que evidentemente seria incompatível com o sistema. Ocorre que a hipótese, como defendemos aqui, não seria propriamente de superação (que envolve a revogação da norma do precedente pela substituição por outro precedente). A situação seria de revogação da norma do precedente pela superveniência de lei incompatível com ela. A diferença traz consequências importantes, na medida em que a revogação por lei, não sendo considerada superação, pode e deve ser reconhecida e aplicada por qualquer juiz em qualquer caso em que surja a discussão, não estando sujeita aos requisitos materiais e processuais exigidos para a superação propriamente dita.

um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador.” Assim, diante da inconstitucionalidade da norma geral federal declarada incidentalmente neste acórdão, os Estados passaram a ter competência legislativa plena sobre a matéria, nos termos do art. 24, § 3º, da CF/88. O STF considerou, ainda, que, tendo em vista que a Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo, objeto da ação, proíbe a utilização do amianto crisotila nas atividades que menciona, em consonância com os preceitos constitucionais (em especial, os arts. 6º, 7º, inciso XXII; 196 e 225 da CF/88) e com os compromissos internacionais subscritos pelo Estado brasileiro, não incide ela no mesmo vício de inconstitucionalidade material da lei federal.³⁴¹

Dessa forma, quando houver situação que permita projetar um posterior e provável juízo de superação formal do precedente pelo órgão competente (como, por exemplo, em certos entendimentos colegiados formados em sede de tutela provisória, dependendo da sua fundamentação), é possível vislumbrar-se a hipótese de antecipação dos efeitos da futura superação no caso similar presente (impropriamente chamada de “superação antecipada”). Não há nenhuma incompatibilidade dessa técnica com o direito brasileiro, sendo possível inclusive identificar hipóteses já decididas pelos tribunais formadores de precedentes em que essa técnica poderia ser utilizada, como no caso acima mencionado.

³⁴¹ STF, Plenário, ADI 3937 / SP, Rel. p/acórdão Min. Dias Toffoli, j. 24.08.2017. publicado DJe 01/02/2019

Título 3. Requisitos materiais da superação

1. Considerações iniciais

Como antes destacado, é da essência do precedente vinculante a obrigatoriedade da sua observância. Significa que a existência de um precedente vinculante oriundo de órgão jurisdicional superior obriga os demais órgãos judiciários inferiores a compará-lo com o caso atual, em princípio semelhante, para segui-lo, se confirmada a similaridade, ou, na hipótese contrária, para distingui-lo, a fim de estabelecer a solução do caso atual ou da questão que lhe é objeto (eficácia vertical). Essa obrigatoriedade também existe para o órgão formador do precedente, que tem o mesmo dever de seguir seus próprios precedentes ou então de distingui-los conforme a situação (eficácia horizontal). Essa obrigatoriedade constitui o denominado dever de autorreferência, essencial para o *stare decisis* e para a manutenção da estabilidade, coerência e integridade do sistema jurídico. Todavia, existe para o órgão formador do precedente a possibilidade de afastá-lo, mesmo quando os casos forem similares, ou seja, mesmo não sendo hipótese de distinção. Significa que não existe vinculação absoluta e que o precedente aplicável pode ser revogado por um novo precedente que estabeleça novo entendimento a respeito da questão. Essa situação é que caracteriza a superação.

A superação, no entanto, como também destacado, deve ser excepcional. Segundo Schauer, embora os tribunais possam ocasionalmente revogar seus próprios precedentes, essa prática exige mais do que a simples convicção de que a decisão anterior esteja errada. Se essa convicção fosse suficiente, o *stare decisis* perderia totalmente o sentido. O que caracteriza o *stare decisis* é justamente o dever de tratar uma decisão anterior como parâmetro vinculante tão somente pelo fato de essa decisão existir, e não por ser considerada correta (trata-se, portanto, de aspecto formal). Se um tribunal pudesse revogar seus precedentes sempre que os achasse equivocados, não haveria realmente um princípio de *stare decisis*.³⁴² Schauer cita os casos *Brown v. Board of Education* e *Mapp v. Ohio* para ilustrar a especificidade

³⁴² SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. 57-58.

da justificativa para a superação. No caso *Brown v. Board of Education*, a Suprema Corte americana superou o precedente *Plessy v. Ferguson*, que havia assentado o entendimento segundo o qual as instalações públicas segregadas seriam compatíveis com a Constituição americana. Ao julgar o caso *Brown*, os Ministros da Suprema Corte decidiram afastar o precedente sob o fundamento de que sua aplicação causaria “grave injustiça constitucional”. O mesmo ocorreu quando a Suprema Corte, no caso *Mapp v. Ohio*, superou o precedente *Wolf v. Colorado*, para estabelecer o novo entendimento no sentido de que provas obtidas de forma ilícita seriam inadmissíveis tanto em processos criminais na justiça federal, quanto na justiça estadual. Nesses e em outros casos, a superação do precedente não se baseou na simples convicção de que houve erro na decisão passada, mas na convicção atual de que foi cometido no passado um *erro extremamente grave*, que extrapola totalmente o alcance dos erros normais, seja pela gravidade do próprio erro em si, como também das suas consequências no contexto presente, do julgamento do caso atual. Para a Suprema Corte dos Estados Unidos haveria nesses casos de superação uma exigência de “justificativa especial” (*special justification*). Na Inglaterra, o critério usualmente referido é o de que a decisão passada deveria ser “manifestamente equivocada” (*manifestly wrong*).³⁴³ Ao expressarem critérios mais rigorosos para a identificação e a avaliação das consequências de um erro passado, as Cortes superiores nesses países estabelecem limites para a própria atuação.³⁴⁴ Dessa forma, essas Cortes reafirmam a vinculação aos próprios precedentes e, ao mesmo tempo, a possibilidade excepcional de afastá-los por meio da superação. É justamente nisso que consiste o *stare decisis*.

Como observa Summers, em todos os sistemas é reconhecido aos tribunais superiores algum poder para modificar, afastar ou superar o precedente (*judicial departures*). Para tanto, porém, não é suficiente que o tribunal demonstre que julgaria diferente se tivesse que decidir novamente o caso precedente. De acordo com o resultado da pesquisa analisada por Summers, que comparou diversos

³⁴³ Segundo Duxbury, os juízes muito frequentemente insistem que, se um precedente está para ser superado, a razão para fazê-lo dever ser especialmente séria e forte (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 117)

³⁴⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge. Harvard University Press, 2012, p. 60.

sistemas, a superação é usualmente justificada pela obsolescência do precedente diante de mudanças, como, por exemplo, nas condições sociais. Também encontra justificativa diante de novo esclarecimento de ordem moral ou social posterior à decisão do precedente ou, ainda, sob o argumento de que o precedente foi mal interpretado desde a sua origem acarretando um “erro original”. Por outro lado, também são reconhecidos vários obstáculos à superação, destacando-se dentre eles o princípio da proteção à confiança do jurisdicionado.³⁴⁵ Summers destaca, ainda, a existência de outros fatores que levam ao enfraquecimento dos precedentes, tornando-os suscetíveis de abandono ou afastamento: ausência de um bom sistema de consulta, com boa indexação, de modo a dar plena publicidade aos precedentes; frequência de recursos contra um dado precedente; a própria composição do tribunal, pois a divisão em seções ou painéis tende a promover variantes em sua configuração; influência da crítica acadêmica.³⁴⁶

Para Melvin Eisenberg, por sua vez, um precedente somente pode ser superado quando deixa de satisfazer, de modo substancial, os padrões de congruência social e de coerência sistêmica e, ainda, nas hipóteses em que determinados valores que sustentam a estabilidade – basicamente os da isonomia, da proteção da confiança (*protecting justified reliance*) e da vedação da surpresa injusta (*preventing unfair surprise*) – são mais bem assegurados pela mudança do precedente do que pela sua preservação.³⁴⁷

³⁴⁵ SUMMERS, Robert S. and ENG, Svein. Departures from precedent. In MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, p. 525-526.

³⁴⁶ ³⁴⁶ SUMMERS, Robert S. and ENG, Svein. Departures from precedent. In MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016, p. 526-527.

³⁴⁷ Eisenberg explica que o termo coerência tem vários sentidos. Um deles é a integração de elementos sociais e culturais a partir de um padrão consistente de valores e de um conjunto congruente de princípios ideológicos (coerência como congruência). Outro sentido é a conexão sistemática ou metódica ou a inter-relação especialmente quando regida por princípios lógicos (coerência como consistência). A partir dessa ideia de dupla coerência, Eisenberg desenvolve os conceitos de congruência social e de consistência sistêmica. A congruência social traduz o ideal de que o conjunto das regras que compõem o direito corresponda ao conjunto de leis a que se chegaria dando peso adequado a todas as proposições sociais aplicáveis e fazendo a melhor escolha onde tais proposições colidem. A concretização desse ideal ajuda a garantir que as disputas serão resolvidas sob, e o direito estará baseado sobre, os padrões vigentes da sociedade, harmoniza os resultados legais com as expectativas razoáveis dos atores privados e aumenta a legitimidade da lei demonstrando sua racionalidade substantiva. (No original: “*The first ideal is that the body of rules that make up the law should correspond to the body of legal rules that one would arrive at by giving*”)

Melvin Eisenberg explica que a eficácia vinculante do precedente decorre, em princípio, de duas restrições formais: (a) a decisão do tribunal atual deve ser conciliada com o resultado alcançado no precedente e (b) o tribunal atual deve seguir o precedente ou distingui-lo. Essas restrições, todavia, não são suficientes para determinar a eficácia vinculante do precedente. Existem também restrições substantivas que dependem dos princípios institucionais³⁴⁸ que regem a interação das proposições sociais³⁴⁹ e doutrinárias aplicáveis e, mais especificamente, da interação de padrões de congruência social, consistência sistêmica e estabilidade doutrinária.³⁵⁰ Assim, “o princípio institucional de que um precedente é vinculante

appropriate weight to all applicable social propositions and making the best choice where such propositions collide. Attainment of this ideal helps assure that disputes will be resolved under, and law will be based upon, the society's prevailing standards; harmonizes legal outcomes with the reasonable expectations of private actors; and furthers the legitimacy of the law by demonstrating its substantive rationality. Call this the ideal of social congruence.”). A consistência sistêmica, por sua vez, significa que todas as regras que compõem o corpo do direito sejam coerentes entre si. A realização desse ideal promove a previsibilidade e a manutenção uniforme e promove a legitimidade do direito, demonstrando sua racionalidade formal. (No original: “*The second ideal is that all the rules that make up the body of the law should be consistent with one another. Attainment of this ideal promotes predictability and evenhandedness and furthers the legitimacy of the law by demonstrating its formal rationality. Call this the ideal of systematic consistency*”). EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 43-44.

³⁴⁸ Para Eisenberg os princípios institucionais (*foundational principles*) seriam (a) a objetividade (relacionada às ideias de imparcialidade e universalidade); (b) o suporte (“*support*”, que decorre da ideia de que as regras [*rules*] devem estar suportadas ou apoiadas nas normas gerais da sociedade [*general standards of the Society*] ou nas normas especiais do sistema jurídico [*special standards of the legal system*], o que poderia ser traduzido pela ideia de coerência); (c) replicabilidade (“*replicability*”, ou seja, que pode ser repetido nas mesmas circunstâncias) e (d) responsividade (“*responsiveness*”, ou seja, a qualidade de reagir de forma rápida e positiva). (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 4-13). Como se vê, é possível traçar um paralelo entre o que Eisenberg chama de princípios institucionais no direito norte-americano (*foundational principles*) com os deveres positivados nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, que condicionam a formação e a aplicação dos precedentes no direito brasileiro, tratados no título 3 da primeira parte deste trabalho.

³⁴⁹ O que Eisenberg entende por proposições sociais são: (a) as normas morais, proposições que caracterizam a conduta como certa e errada; (b) as políticas públicas (*policies*), as quais caracterizam o estado de coisas (*state of affairs*) como propícios ou adversos ao bem-estar geral e (c) as regras de experiência (*experiential propositions*), que são proposições sobre a forma como o mundo funciona. (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*, cit., p. 14-42).

³⁵⁰ “Two relatively formal constraints imposed by the concept that precedent is binding may be stated at the outset. The first is that the rule established by the deciding court must be reconcilable with the result reached in the precedent. (...) The second formal constraint is that the deciding court must either follow the precedent or distinguish it. (...) Considering how weak are the formal constraints imposed by the concept that a precedent is binding, if there were no substantive – no really meaningful – constraints on a deciding court, that concept would have only limited significance. Certainly, substantive constraints are not to be found in the menu of techniques from which a deciding court can select in establishing the rule of a precedent. Rather, the substantive constraints imposed by the concept that precedent is binding – and, therefore, the full meaning of

tem significado substantivo para além das restrições formais de que a regra estabelecida pelo tribunal atual deve ser conciliável com o resultado alcançado no precedente, e que o tribunal atual deve seguir o precedente ou distingui-lo. O significado substantivo é de que se a regra anunciada em um precedente satisfizer substancialmente os padrões de congruência social e consistência sistêmica, ela deve ser aplicada e estendida de forma consistente, mesmo que outra regra seja ligeiramente melhor.”³⁵¹

Partindo dessas premissas, Eisenberg aponta a existência de dois princípios que condicionariam a superação do precedente. O primeiro princípio, que denomina princípio básico da superação (*basic overruling principle*), determina que o entendimento assentado no precedente deve ser superado se (i) falhar substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica e (ii) os valores que fundamentam o padrão de estabilidade doutrinária e o princípio do *stare decisis* – os valores de imparcialidade, proteção da confiança, vedação da injusta surpresa, replicabilidade e suporte – não estiverem mais bem atendidos pela preservação do entendimento assentado no precedente do que pela

stare decisis – depend on further institutional principles of adjudication. In particular, those substantive constraints depend on the institutional principles that govern the interplay of applicable social and doctrinal propositions and, more specifically, the interplay of standards of social congruence, systemic consistency, and doctrinal stability.” (“Duas restrições relativamente formais impostas pelo conceito de que o precedente é vinculante podem ser inicialmente declaradas. A primeira é que a regra estabelecida pelo tribunal atual deve ser conciliada com o resultado alcançado no precedente. (...) A segunda restrição formal é que o tribunal atual deve seguir o precedente ou distingui-lo. (...) Considerando o quão fracos são as restrições formais impostas pelo conceito de que um precedente é vinculante, se não houvesse restrições substantivas – que fossem realmente significativas – para um tribunal atual, esse conceito teria apenas significado limitado. Certamente, não devem ser encontradas restrições substantivas no cardápio de técnicas a partir das quais um tribunal atual pode selecionar ao estabelecer a regra de um precedente. Em vez disso, as restrições substantivas impostas pelo conceito de que o precedente é vinculante – e, portanto, o pleno significado do *stare decisis* – depende de outros princípios institucionais de julgamento. Em particular, essas restrições substantivas dependem dos princípios institucionais que regem a interação das proposições sociais e doutrinárias aplicáveis e, mais especificamente, da interação de padrões de congruência social, consistência sistêmica e estabilidade doutrinária.” – tradução livre) EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 61-64.

³⁵¹ No original: “(...) the institutional principle that a precedent is binding has substantive meaning beyond the formal constraints that the rule established by the deciding court must be reconcilable with the result reached in the precedent, and that the deciding court must either follow the precedent or distinguish it. The substantive meaning is that if the rule announced in a precedent substantially satisfies the standards of social congruence and systemic consistency, it should be consistently applied and extended even though another rule would be marginally better.” (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 75).

sua superação.³⁵² Esse princípio é complementado por outro, segundo o qual o entendimento assentado no precedente deve ser superado se, e somente se, as vantagens de tornar a regra socialmente congruente e sistematicamente consistente por um novo precedente, que substitua o anterior, superarem os custos da não preservação dos valores que fundamentam a estabilidade doutrinária e o *stare decisis*.

Como visto anteriormente, o Código de Processo Civil, embora tenha reconhecido expressamente a técnica da superação (art. 489, § 1º, VI, art. 927, §§ 2º a 4º, art. 947, §3 e art. 985, II e art. 986), não identificou as circunstâncias que justificariam sua utilização, ou seja, não positivou os requisitos materiais que autorizariam o uso da superação. Somente a legislação trabalhista contém regra expressa sobre requisitos materiais para a superação de precedentes (art. 896-C, § 17, da CLT, incluído pela Lei 13.015, de 21.07.2014, anterior portanto ao atual CPC). Mesmo assim, a previsão ali do requisito material – qual seja, a demonstração de mudança na situação econômica, social ou jurídica – é específica para a

³⁵² Segundo Melvin Eisenberg, a superação está submetida a dois princípios institucionais que estabelecem as condições sob as quais ela deve ocorrer: “*The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis – the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of doctrine than by overruling. Call this the basic overruling principle.*” (...) *there may be some cases in which a doctrine substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and yet the basic overruling principle is not satisfied because the values underlying the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis would not be as well served by overruling as by preservation. In these cases a second overruling principle comes into play: Such a doctrine should be overruled if, but only if, the advantages of making the rule socially congruent and systematically consistent outweigh the costs of not serving the values that underlie doctrinal stability and stare decisis.* (“O primeiro princípio que governa a superação é o seguinte: Um entendimento assentado deve ser superado se (i) falhar substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, e (ii) os valores que fundamentam o padrão de estabilidade doutrinária e o princípio de *stare decisis* – os valores de imparcialidade, proteção justificada da confiança, vedação da injusta surpresa, replicabilidade e suporte – não seriam mais bem servidos pela preservação do entendimento assentado no precedente do que pela sua superação. Chame-se isso de princípio básico de superação.” (...) pode haver alguns casos em que um entendimento assentado falha substancialmente em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica, e ainda assim o princípio básico da superação não é satisfeito porque os valores subjacentes ao padrão de estabilidade doutrinária e ao princípio da *stare decisis* não seriam tão bem servidos pela superação como pela preservação. Nesses casos entra em cena um segundo princípio da superação: Tal entendimento deve ser superado se, mas apenas se, as vantagens de tornar a regra socialmente congruente e sistematicamente consistente superam os custos de não servir aos valores que fundamentam a estabilidade doutrinária e o *stare decisis*.— tradução livre). EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 104-124.

superação de decisão decorrente de *casos repetitivos*. Não há, portanto, previsão legal, expressa e geral, fora da seara trabalhista e dos casos repetitivos, de requisitos materiais para a superação.³⁵³

Isso não significa, todavia, que o uso da superação possa ser discricionário. Como bem observa Fredie Didier, “a possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento; *ele impede a alteração injustificada desse entendimento*.”³⁵⁴ Nesse sentido, a doutrina nacional tem seguido a linha dos ensinamentos estrangeiros antes referidos para condicionar a superação a certos requisitos materiais, independentemente de previsão expressa e geral.

Antes mesmo da vigência do atual CPC, Celso de Albuquerque Silva, sintetizou, com base no direito comparado, as hipóteses mais comuns de superação do precedente (ou, como denominou, de “abandono da regra judicial vinculante”). Assim, seria possível a superação: (a) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (b) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; e (c) quando se revelar inexequível na prática.³⁵⁵

³⁵³ Há o entendimento, no entanto de que essa regra seria aplicável também às demais técnicas de julgamento de casos repetitivos. Nesse sentido foi aprovado o enunciado 346 do FPPC: “A lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microssistema de solução de casos repetitivos”. Ao comentar esse enunciado, Eduardo Cambi e Mateus Vargas Fogaça observam que “ao prever o manejo dos recursos de revista repetitivos, é possível a identificação da Lei 13.015/14 como integrante do microssistema de julgamento de casos repetitivos, também composto pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e pelo julgamento dos recursos extraordinários e especial repetitivos, devendo haver interpretação conjunta e sistemática de suas normas, dada a sua recíproca complementariedade.” (*in* PEIXOTO, Ravi (coord). Enunciados FPPC. Organizado por assunto, anotados e comentados. 2ª. Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 812). No mesmo sentido, Didier, Braga e Oliveira (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit, p. 620).

³⁵⁴ (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, cit, p. 616.

³⁵⁵ Como observado por Celso de Albuquerque Silva, “a adoção do princípio de que as cortes judiciais devem necessariamente seguir o que ficou decidido em casos anteriores não pode, a pretexto de proteger o ideal da segurança jurídica, significar que a regra judicial uma vez fixada não poderá mais ser alterada. O conservadorismo absoluto que faria o exemplo de hoje a inexorável regra do amanhã para evitar o embaraçoso, mas desejável, confronto das diversidades de pensamento e práticas que pertencem a seres livres, racionais e imperfeitos engessaria a sociedade em um rígido molde de um direito imutável e implicaria na indesejada opção política de que as gerações futuras seriam governadas pelos seus mortos, impedindo a necessária adaptação das regras legais às dinâmicas exigências sociais de justiça. O mundo social muda e as regras legais precisam se adaptar

Já na vigência do novo CPC, Marinoni defende que o precedente deve ser superado apenas quando não mais corresponder aos padrões de congruência social e/ou de consistência sistêmica. Explica, a partir da leitura de Eisenberg, que “o precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência”. Por outro lado, o precedente perde a consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com as decisões da própria Corte Suprema, o que ocorre “especialmente quando a Corte passa a decidir com base em proposições incompatíveis com as que sustentam o precedente”. Além dessas hipóteses, Marinoni destaca que “o precedente ainda deve ser revogado quando há alteração da concepção geral sobre o direito, revelada em artigos, livros e decisões, bem como quando o precedente tem em sua base um equívoco”. Tais razões, contudo, não são bastantes para determinar isoladamente a superação do precedente. A superação “deve ao mesmo tempo considerar os valores que sustentam a estabilidade, basicamente os da isonomia, da confiança justificada e da vedação da surpresa injusta.” Isso não significa, como esclarece Marinoni, que o juízo acerca da superação deva priorizar sempre os valores da estabilidade. Ao contrário, os valores que ditam a necessidade da superação é que devem prevalecer.

a essas mudanças. O direito não pode ser absolutamente estático. Em algum momento precedentes devem ser abandonados ou pelo menos evitados. Isso não significa negar a necessidade de estabilidade nas decisões judiciais, apenas demonstrar seus limites.” Por outro lado, “se as regras legais de criação judicial fixadas no caso precedente puderem ser modificadas sempre que suas consequências sejam vistas como inconsistentes com valores morais e políticos considerados melhores ou mais corretos, então essas regras não contém nenhum dever autoritativo de obediência. Se os precedentes judiciais estiverem sempre sujeitos a modificações toda vez que o caso subsequente aparenta indicar um desejo de sua modificação, então o efeito vinculante não possui qualquer força normativa. Acolhida essa outra tese extrema, as regras fixadas nos casos precedentes não poderiam ser consideradas regras normativas senão meras regras de experiência. A solução há de ser encontrada em seu termo médio. (...) A mudança da regra vinculante exige, para além da crença da corte subsequente de que a decisão anterior foi errada, a presença de outros valores sociais que justifiquem o seu abandono. Em virtude da doutrina vinculante, um precedente judicial deve ser seguido a menos que exista razões suficientemente fortes para assim não proceder.” Em seguida o autor analisa diversos precedentes norte-americanos e também decisões das Cortes brasileiras para assentar a classificação mencionada. (SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula Vinculante. Teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 174 e ss.). Todavia, as situações apontadas pelo autor como de precedentes “obsoletos e desfigurados” e de precedentes “absolutamente injustos e/ou incorretos” são decorrentes de mudanças que, na linguagem de Eisenberg, configuram a incongruência social ou a inconsistência sistêmica (denominações que se preferiu adotar também neste trabalho). Por outro lado, o que Celso de Albuquerque denomina de precedente “inexequível na prática” (cujo exemplo no direito brasileiro, para ele, seria o da súmula vinculante 11 do STF, que procura regular o uso de algemas), pode ser incluído dentro da categoria aqui explicada como de grave erro na formação do precedente, a qual pode levar, inclusive, à inexequibilidade da norma do precedente.

O §4º do art. 927 determina que a superação observe “a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.” A exigência de fundamentação adequada e específica significa que não basta simplesmente não estar de acordo com as razões do precedente. Para superar o precedente o tribunal tem um pesado ônus argumentativo. Não basta a demonstração de que as suas razões são boas. É preciso demonstrar que as antigas razões não podem mais prevalecer diante das novas razões. E essas novas razões devem estar fundadas na alteração de valores sociais, no desgaste do precedente na própria Corte Suprema, na alteração da concepção geral acerca do direito ou em equívoco na formulação do precedente. Por outro lado, a imposição de que sejam considerados os valores da confiança justificada e da isonomia não determina a manutenção do precedente, significando, na verdade, limite para que a superação não constitua ato prematuro e os efeitos temporais da decisão não apanhem o jurisdicionado de forma injusta. O ônus de argumentar com os valores da estabilidade, assim, constitui meio de prevenir a “surpresa injusta”. Nesse sentido, Marinoni defende, inclusive, que se deve preferir a sinalização de que o precedente será em breve revogado para se evitar essa “surpresa injusta”.³⁵⁶

Mesmo antes do CPC atual, o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a excepcionalidade da modificação de entendimento firmado pelo plenário daquele tribunal. Na ADI 4.071, o Relator, Ministro Menezes Direito, no voto condutor, considerou manifestamente improcedente ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e destacou que “a alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles prevalecentes”.³⁵⁷

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 355-356.

³⁵⁷ ADI 4.071 AgRg, Rel. Ministro Menezes Direito, DJe 16.10.2009.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que, no pedido de revisão de súmula vinculante, cabe à parte demonstrar uma das seguintes hipóteses: “(a) a evidente superação [isto é, *modificação*] da jurisprudência do STF no trato da matéria; (b) a alteração legislativa quanto ao tema; ou, ainda, (c) a modificação substantiva de contexto político, econômico ou social”.³⁵⁸

Constata-se, portanto, que mesmo antes do Código atual a doutrina e a jurisprudência apontavam para a existência de requisitos materiais para a modificação de determinados precedentes. Com a nova legislação, é possível deduzir e sistematizar, sobretudo a partir dos deveres norteadores da formação, da aplicação e da modificação dos precedentes, os requisitos materiais para a superação do precedente vinculante.³⁵⁹ Dessa forma, todo precedente vinculante, entendido como tal aquele formado em qualquer das hipóteses enumeradas no art. 927 do CPC, somente pode ser superado diante dos requisitos materiais adiante destacados.

2. Perda da congruência social

O precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência vigentes na sociedade em razão de uma mudança de contexto fático.³⁶⁰ Assim, na medida em que o precedente se torna incompatível com o novo contexto fático da sociedade, há perda de coerência no aspecto substantivo (coerência como congruência). Enquanto houver congruência social os tribunais têm o dever de aplicar o precedente. Trata-se do dever de coerência previsto no art. 926 do CPC (ver item 5, título 3, primeira

³⁵⁸ (STF, Tribunal Pleno, PSV 13/DF e PSV 54/DF, ambas julgadas no dia 24.9.2015 e publicadas no Informativo n. 800).

³⁵⁹ Nessa linha, Alexandre Câmara observa que “[a] superação de um entendimento pode ser resultado de modificações sociais, econômicas ou mesmo de entendimento jurídico acerca da matéria. Isso, porém, tem de se dar com o necessário respeito à história institucional daquela matéria, de forma a assegurar que a decisão que supera um padrão decisório vinculante seja construída com respeito aos *deveres normativos de congruência e integridade*.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p 346).

³⁶⁰ EISENBERG, Melvin Aron. The nature of the common law, cit., p. 14-42.

parte). Porém, rompida a congruência, o tribunal tem o dever de modificar o entendimento para adequá-lo à realidade social, a menos que a preservação da norma do precedente seja mais importante para assegurar a estabilidade jurídica. A superação, quando ocorre a perda da congruência social, surge como forma de restabelecê-la com a revogação da norma do precedente obsoleto ou desgastado e sua substituição por outra norma alinhada com o novo contexto fático. Assim, a perda da congruência social como requisito para a superação é decorrência também do dever de coerência. Dessa forma, o dever de coerência condiciona não só a formação e a aplicação do precedente, mas também sua superação.

Mudanças significativas do ponto de vista político, econômico, social ou cultural podem refletir naquilo que a sociedade considera certo ou errado (proposições morais), ou sobre o que é propício ou adverso ao bem-estar geral (proposições políticas). Assim também a evolução científica e as transformações tecnológicas podem afetar a percepção sobre a realidade ou sobre como o mundo funciona (proposições de experiência). Na medida em que o entendimento assentado no precedente não se mostra mais adequado com essas proposições (morais, políticas e de experiência) e, portanto, com os novos anseios da sociedade, há perda da congruência social.

Exemplo bem expressivo de perda da congruência social pode ser extraído da luta por direitos de igualdade e contra a segregação travada pelos negros nos Estados Unidos. A trajetória teve episódios sombrios em *Dread Scott v. Sandford* (1857) e *Plessy v. Ferguson* (1896). No entanto, sobreveio a emblemática superação desses precedentes no já mencionado caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954).

Dentro dessa ótica, é possível superar também um precedente baseado em premissa fática tomada como verdadeira em determinado contexto, mas que depois se mostra equivocada, como decorrência da experiência civilizatória ou transformação tecnológica. No caso *Lochner v. New York*, por exemplo, foi adotada como premissa fática a afirmação de que o mercado sem regulação era capaz de estabelecer níveis mínimos de bem-estar social. Tal premissa foi rediscutida e

considerada equivocada em *Planned Parenthood v. Casey*, que assim superou o entendimento anterior.³⁶¹

O Enunciado 322 do FPPC, reconhece que “[a] modificação do precedente vinculante poderá, fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que se baseou, ou *em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida*.” Todavia, a modificação legal referida no enunciado não tem relação propriamente com a superação. A modificação legislativa, é certo, leva à revogação do precedente. Todavia, não constitui propriamente forma de superação de precedente. A superação ocorre sempre por decisão judicial do órgão competente e está sujeita à observância dos requisitos materiais e processuais, o que não acontece com a modificação legislativa. Por isso, o afastamento do precedente vinculante, em decorrência de modificação legislativa superveniente com ele incompatível, pode ser feita por qualquer juiz e independentemente da fundamentação “adequada e específica” exigida para a superação. Nesse sentido, o Enunciado 324 complementa o anterior ao afirmar que “[l]ei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento da sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto.” Assim, a incompatibilidade do precedente com lei superveniente, desde que não seja considerada inconstitucional (por qualquer dos métodos de controle ou técnicas de decisão), acarreta a sua revogação (passível de reconhecimento por qualquer juiz ou tribunal diante do caso concreto), não em superação (que exige requisitos materiais e processuais específicos).

3. Rompimento da consistência sistêmica

A consistência sistêmica, por sua vez, significa que todas as regras que compõem o ordenamento jurídico sejam coerentes entre si. A realização desse ideal promove a previsibilidade, a uniformidade e a legitimidade do direito, demonstrando sua racionalidade formal.³⁶² Dessa forma, há consistência sistêmica

³⁶¹ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

³⁶² EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 44.

quando o entendimento afirmado no precedente está em harmonia e coerência com o ordenamento jurídico como um todo (coerência como consistência). Os tribunais têm o dever de zelar pela consistência do sistema jurídico, seja no momento da formação do precedente, seja no da sua aplicação. Trata-se do dever de integridade previsto também do artigo 926 do CPC (item 4, título 3, primeira parte).

Por outro lado, quando a concepção atual do direito não mais justifica o entendimento decorrente do precedente, há perda da consistência sistêmica, dando azo à superação.³⁶³ Esse processo de mudança do contexto jurídico, que pode provocar o rompimento da consistência sistêmica do precedente com o novo contexto, decorre de diferentes fatores. Por exemplo, o precedente perde a consistência sistêmica quando deixa de guardar coerência com as decisões dos tribunais superiores, o que ocorre especialmente quando esses tribunais passam a decidir com base em proposições incompatíveis com as que sustentam o precedente; ou, ainda, quando há alteração da concepção geral sobre o direito revelada em artigos, livros e decisões.³⁶⁴

De modo semelhante ao que ocorre com a perda da congruência social, quando há o rompimento da consistência sistêmica, os tribunais têm a obrigação de restabelecê-la. Essa obrigação é consectário também do dever de integridade. Dessa forma, o dever de integridade condiciona não só a formação e a aplicação do precedente, mas também sua superação.

É preciso ainda destacar que a justificativa da superação baseada na perda da congruência social ou no rompimento da consistência sistêmica é elemento que assegura a evolução jurídica, impedindo a cristalização de entendimentos decorrentes de precedentes que se tornaram obsoletos, desgastados e anacrônicos

³⁶³ O Enunciado 322 do FCCP, por um lado, menciona expressamente apenas as alterações “econômica, política, cultural ou social” referente à matéria decidida no precedente como justificativa para a modificação de precedente vinculante. Por outro, todavia, reconhece que a modificação poderá fundar-se em “outros motivos”. Isso dá abertura para incluir, no entendimento enunciado, a alteração jurídica que caracteriza o rompimento do que aqui se denomina consistência sistêmica, como requisito, alternativo ao da perda da congruência social, para a superação.

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 356.

por força de mudanças contextuais e, conseqüentemente, a própria estagnação do direito.

A Reclamação 4.374/PE pode ser vista como exemplo de superação de precedente constitucional decorrente do rompimento da consistência sistêmica. Na ADI 1.232/DF foi assentado precedente constitucional, a partir da declaração de constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, no sentido da validade do critério objetivo para aferição da miserabilidade (renda mensal inferior a ¼ do salário mínimo), necessário à obtenção do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal (pagamento de 1 salário mínimo pelo INSS), para pessoa declarada incapaz para atividade laborativa e, conseqüentemente, de prover o próprio sustento.³⁶⁵ Em caso posterior, que deu ensejo à Reclamação 4.374/PE, o

³⁶⁵ Ementa: “Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário-mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re) interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrata. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder

tribunal local considerou que, embora o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 estabeleça o critério objetivo para aferição da miserabilidade (renda mensal inferior a ¼ do salário mínimo), seria possível afastá-lo diante de outras circunstâncias que demonstrassem a situação de miserabilidade do postulante (o que teria ficado comprovado no caso), razão pela qual foi concedido o benefício ao postulante naquela situação específica. O INSS ajuizou reclamação ao argumento de que a decisão reclamada teria violado o acórdão proferido na ADI 1.232/DF, que declarou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, especialmente no que diz respeito ao estabelecimento do aludido critério objetivo para a concessão do benefício assistencial.

O Relator da reclamação, Ministro Gilmar Mendes, proferiu voto abordando as seguintes questões: (a) a possibilidade de revisão do entendimento sobre a constitucionalidade de lei adotado em sede de controle concentrado por meio de reclamação e (b) a mudança de cenário decorrente da permanente omissão inconstitucional parcial em relação ao dever de efetivar a norma o art. 203, V, da CF e do processo de “inconstitucionalização” do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93.

Com relação ao primeiro ponto (possibilidade de revisão do entendimento)³⁶⁶, o Ministro Gilmar Mendes destacou que após o julgamento da ADI 1.232/DF houve alteração do *contexto jurídico* em razão da superveniência de várias leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais (Bolsa Família, Programa Nacional de Acesso à Alimentação, Bolsa Escola, apoio a programas de renda mínima; Estatuto do Idoso). Essas circunstâncias configurariam uma “nova questão” a possibilitar a “alteração da

apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (STF, Tribunal Pleno, Rel 4374 PE, Relator Min. Gilmar Mendes, data de julgamento 18/04/2013, DJe de 03-09-2013).

³⁶⁶ Mais adiante, no capítulo final deste trabalho, será discutida a possibilidade da revisão do entendimento (na verdade, a superação do precedente) ser realizada especificamente no âmbito da reclamação.

coisa julgada anterior”. Além disso, seria possível a revisão da tese constitucional, ao argumento de que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que “alterações posteriores que alterem a realidade normativa, bem como eventual modificação da orientação jurídica sobre a matéria”, podem determinar a “alteração da coisa julgada”.

Quanto ao segundo ponto (a omissão parcial), o Relator lembrou que, à época da decisão anterior, o Tribunal tinha uma postura de autocontenção que impedia a solução da omissão e que, posteriormente, houve adoção de diversificadas novas técnicas de decisão para enfrentamento dos problemas de omissão inconstitucional, de forma que nessa altura a decisão poderia ter sido bem diferente.³⁶⁷

Algumas considerações devem ser tecidas sobre essa decisão. Primeiramente, a hipótese não é de rescindibilidade ou mesmo de alteração da coisa julgada anterior, que se manteve íntegra. A reclamação foi conhecida e julgada improcedente diante da *mudança do entendimento* anterior, afirmado na ADI 1.232/DF, diante dos fundamentos discutidos nessa reclamação. A coisa julgada decorrente da decisão proferida na referida ADI se manteve íntegra. No entanto, foi afirmado um novo entendimento sobre a questão de modo a afastar a alegação, que constituiu o fundamento da reclamação, no sentido de ter havido descumprimento de decisão vinculante. Trata-se, portanto, mais adequadamente, de hipótese de superação do precedente constitucional e não de revisão da coisa julgada. Além disso, a hipótese é de superação sob argumento de rompimento da consistência sistêmica. A norma do precedente anterior mostra-se incoerente e em desarmonia com o ordenamento

³⁶⁷ O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, abordou especificamente a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei anteriormente declarada constitucional. Citando Hans Brox, ele admitiu essa possibilidade (a) quando houver “mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto de controle” decorrente de evolução interpretativa (processo de mutação); (b) quando houver “mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral”; (c) mencionou, ainda, a “significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”. Note-se que as hipóteses mencionadas pelo Ministro Gilmar Mendes que possibilitariam a revisão do entendimento assentado no julgamento anterior, proferido na ADI 1232, podem ser todas resumidas como de alteração do contexto jurídico (mediante “processo de mutação constitucional” ou decorrente do que denomina “mudança da concepção jurídica geral” ou “relevante alteração das concepções jurídicas dominantes”) ou de alteração de contexto econômico, político, social, ou cultural (que ele descreve como “mudança substancial das relações fáticas” ou “significativa mudança das circunstâncias fáticas”). Note-se que tais situações se encaixam justamente dentro do que denominamos aqui, respectivamente, “rompimento da consistência sistêmica” e “perda da congruência social”).

jurídico atual, modificado pela superveniência de várias leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais. Além disso, a reiterada omissão tem hoje tratamento jurídico diferente daquele recebido na ocasião do julgamento anterior. Essas razões justificam assim a superação do entendimento assentado no precedente constitucional anterior, para fixar uma nova norma consistente com o contexto jurídico atual.

4. Grave erro na formação do precedente

Os requisitos anteriormente analisados – perda da congruência social e rompimento da consistência sistêmica – têm em comum o fato de serem circunstâncias que se configuram em momento posterior ao da formação do precedente. Nesses casos, não existe um problema quando do surgimento do precedente, pelo menos sob a ótica da sociedade e da comunidade jurídica contemporâneas ao momento da sua formação. A incongruência ou a inconsistência surgem posteriormente, fruto de alteração contextual. Nunca são contemporâneas à formação do precedente. Dessa forma, a existência de equívoco na própria formação do precedente, por mais grave que seja, não estaria abrangido por nenhuma dessas justificativas.

Uma “teoria forte” do *stare decisis* não admite a superação pela demonstração de erro, qualquer que seja sua gravidade, na decisão formadora do precedente, mas apenas nas situações analisadas de perda da congruência social ou de rompimento da consistência sistêmica provocadas por fatores externos e posteriores à decisão. Em princípio, poder-se-ia pensar que uma tal teoria esteja mais alinhada com a preservação da segurança jurídica. Mas não necessariamente. O excessivo rigor de uma “teoria forte” do *stare decisis* pode trazer efeitos colaterais indesejados. Isto porque, ao impedir a correção de precedentes vinculantes claramente equivocados, o sistema jurídico pode acabar por estimular o uso de distinções inconsistentes, como forma de contornar a norma desses precedentes.³⁶⁸ Não é conveniente, assim, impedir, de forma absoluta, a superação

³⁶⁸ Nesse sentido também PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 235-236. Por outro lado, como adverte o autor, “a possibilidade de superação por erro evidente de interpretação deve ser admitida com parcimônia, principalmente em país marcado por viradas jurisprudenciais constantes, a exemplo do Brasil.”

do precedente, como meio de corrigir equívoco cometido na sua formação.³⁶⁹ Por outro lado, não se pode admitir a superação, ou qualquer forma de modificação do precedente, sempre que os julgadores consideram um precedente incorreto.

A convicção de que houve erro no precedente significa, em outras palavras, a discordância com o entendimento afirmado no precedente. A mera discordância, todavia, não é suficiente para justificar o abandono, a modificação ou o desrespeito ao precedente vinculante. A possibilidade de um tribunal modificar entendimento assentado em precedente vinculante por considerá-lo incorreto, por dele discordar, é incompatível com a regra do *stare decisis*, na medida em que a eficácia vinculante consiste justamente na obrigação de seguir o precedente independentemente de qualquer consideração acerca da sua valoração, ou seja, se seria bom ou ruim, certo ou errado.

A superação de precedentes, portanto, não deve ser baseada simplesmente na consideração de que uma decisão anterior estaria incorreta, muito menos na mudança de opinião dos julgadores, e menos ainda na alteração da composição do órgão julgador.³⁷⁰ É preciso que haja um *grave erro*, no sentido de a decisão passada estar *evidentemente errada, sob a perspectiva objetiva, e suas consequências serem graves*. O erro é evidente quando o resultado fornecido pelo Tribunal não está dentro do âmbito de possibilidade de interpretação do texto normativo. As consequências são graves quando repercutem de forma ampla na sociedade. Ou, dito de outra forma, são graves as consequências quando a adoção do precedente claramente equivocado puder provocar, em momento atual e concretamente, prejuízos relevantes do ponto de vista social, político, econômico ou jurídico que

³⁶⁹ Na mesma linha, Caleb Nelson defende uma versão mais fraca de *stare decisis*, que permita a superação de entendimentos claramente errôneos, sem a necessidade de demonstração da incongruência social, dentre outros fatores (NELSON, Caleb. *Stare decisis and demonstrably erroneous precedents*. Virginia Law Review, v. 87, 2001, p. 52 e ss.

³⁷⁰ Como observa Alexandre Câmara, “[n]ão se pode, por exemplo, admitir que o mero fato de se ter um novo juiz no tribunal, que não estava presente quando da fixação do padrão decisório, seja fundamento suficiente para reabrir-se uma discussão já concluída. Caso fosse admissível considerar que o novo juiz não se vincula a entendimentos fixados antes de sua chegada ao tribunal, seria forçoso concluir que nenhum dos atuais integrantes da Suprema Corte dos EUA estaria vinculado ao entendimento fixado em *Marbury v. Madison*, por exemplo.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério, cit, p. 346).

transcendam a discussão de um caso isolado. Ademais, a pretensão de superação do precedente deve estar baseada nessa justificativa.

5. A necessária ponderação entre superação e estabilidade

A norma do precedente, assim como qualquer outra norma, é estabelecida em função de um contexto. As transformações da sociedade e do próprio ordenamento jurídico podem levar a um cenário diferente daquele no qual a norma foi estabelecida, provocando um descompasso entre essa norma e o novo contexto. Assim, conforme destacado, a superação constitui, em regra, a resposta judicial à perda da congruência social ou da consistência sistêmica do precedente vinculante. Admite-se também, excepcionalmente, a superação diante de grave erro na formação do precedente vinculante.

Por outro lado, o princípio do *stare decisis* está assentado especialmente sobre os princípios da segurança jurídica e da isonomia, que, portanto, atuam para pressionar no sentido da manutenção da norma do precedente. A segurança jurídica exige estabilidade do precedente para que os jurisdicionados possam prever o resultado de suas ações. A isonomia, por sua vez, exige que casos iguais sejam decididos da mesma forma. Assim, a preservação do precedente, em regra, atua na promoção da segurança jurídica, na medida em que aumenta o grau de calculabilidade e confiabilidade dos jurisdicionados e, também, da isonomia, ao garantir que situações semelhantes tenham a mesma solução.

Diante disso, para que a superação possa se justificar é necessário não só a presença de, ao menos, uma das justificativas antes analisadas como elemento relevante – perda da congruência social, rompimento da consistência sistêmica ou grave erro na formação do precedente – como também é preciso que os princípios da segurança jurídica (em especial na sua vertente de proteção da confiança) e da isonomia estejam alinhados com a ideia de superação, mais do que com a de preservação do precedente.

Em outras palavras, se for mais importante assegurar a isonomia ou proteger a confiança dos jurisdicionados, do que restabelecer a congruência social ou a

consistência sistêmica, ou ainda corrigir o grave erro na formação do precedente, então a presença isolada desses requisitos não será suficiente para autorizar a superação.³⁷¹ O princípio do *stare decisis* deve ceder somente quando presentes quaisquer desses requisitos materiais e não houver sacrifício para a isonomia ou a proteção da confiança, ou a parcela desse sacrifício for ponderada e justificada diante do ganho com o restabelecimento da congruência e da consistência ou da correção do grave erro.

Esse cenário traz um grande desafio: até quando se deve manter um entendimento desatualizado ou gravemente equivocado para permitir que os jurisdicionados possam prever as consequências de suas ações ou omissões?³⁷² Note-se que esse é um aspecto fundamental para a correta compreensão da superação: o desgaste que enfraquece a segurança jurídica inicialmente proporcionada pelo precedente. Se os fatores de ordem social, política, econômica ou jurídica existentes no momento da formação do precedente não são mais os mesmos e, ao contrário, se tais fatores analisados na perspectiva do contexto atual estariam mais bem assegurados pela mudança do precedente do que pela sua preservação, então a superação se impõe justamente por razões de segurança jurídica. Assim também ocorre com o grave erro na formação do precedente. São casos em que a segurança jurídica é valorizada pela mudança e não pela preservação do precedente obsoleto.³⁷³

Por outro lado, o desenvolvimento de certas técnicas, como a sinalização e as chamadas *regras de transição*, como a modulação dos efeitos da decisão de superação, permite hoje realizar mudanças relevantes de entendimentos

³⁷¹ Não basta que os elementos novos sejam relevantes, é preciso que sejam também suficientes para afastar a estabilidade.

³⁷² Como observa Ravi, é possível constatar uma tendência da Suprema Corte norte-americana em ser mais restritiva com superações em áreas como do direito de propriedade e contratos. São casos em que frequentemente o cidadão toma decisões concretas na confiança de um precedente. Nesses casos a pressão normativa pela manutenção do precedente, a despeito de eventual discordância quanto ao conteúdo, é mais forte. Pelas mesmas razões Ravi inclui nesses casos as questões tributárias (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*, cit., p. 233).

³⁷³ Como diz Buril, “deve-se superar a substância da regra estabelecida e também a segurança jurídica por ela gerada.” (MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, cit., p. 314).

consolidados, diminuindo seu impacto mediante a construção de regimes de transição, de modo a preservar as situações constituídas e as expectativas legítimas dos jurisdicionados que confiaram e pautaram suas ações no posicionamento anterior do tribunal. Assim, mesmo que haja fortes razões de segurança jurídica e de isonomia contrárias à superação, é possível preservar esses valores com o uso dessas técnicas. São modos de promover a mudança, quando necessário, de forma paulatina ou programada, preservando a proteção da confiança e a isonomia. Em outras palavras, são técnicas que *promovem a segurança na mudança*.³⁷⁴ Não se trata mais, portanto, de escolher entre superação e não superação. Mas de fazer a superação, quando presentes os requisitos materiais, observando os limites impostos pela proteção da confiança e pela isonomia mediante a fixação de regras de transição. Caberá ao tribunal, portanto, ponderar e demonstrar que a necessidade de mudança supera a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e de igualdade de tratamento para casos semelhantes. E quando as razões de segurança forem mais fortes, o tribunal deverá utilizar técnicas como a sinalização e as regras de transição para promover a superação com segurança. Só se vislumbra a impossibilidade da mudança, mesmo presentes os requisitos materiais, se mesmo o emprego dessas técnicas não for suficiente para compensar a quebra da estabilidade.

Sob esse prisma, a imposição de que sejam considerados os princípios da proteção da confiança e da isonomia não são determinantes para manutenção do precedente (no sentido de um requisito negativo absoluto). Na verdade, a obrigatoriedade de levar em conta esses princípios significa o estabelecimento de um limite para que a superação não constitua ato prematuro e os efeitos da decisão não apanhem o jurisdicionado de surpresa ou de forma injusta.

Dessa forma, é possível dividir em três etapas a argumentação necessária para justificar a superação, conforme o aspecto enfocado: (a) o tribunal precisa demonstrar a presença de pelo menos um dos requisitos materiais para a superação – perda da congruência social, rompimento da consistência sistêmica ou grave erro

³⁷⁴ “Pesar razões substanciais e razões de segurança, entretanto, não é tudo. Ainda que as razões substanciais se revelem-se preponderantes, fazendo necessária a mudança, é essencial garantir segurança na mudança, sobretudo mediante a tutela das expectativas legítimas.” (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, cit., p. 315).

na formação do precedente – e que a substituição da norma do precedente obsoleto ou gravemente equivocado por outra é mais adequada ou justa para a situação (*aspecto substancial*); (b) o tribunal precisa demonstrar que as razões substanciais para a substituição superam as razões formais para a preservação do precedente, isto é, que é mais importante restabelecer a congruência social, a consistência sistêmica ou corrigir o erro, por meio da superação, do que aplicar o princípio do *stare decisis* como argumento de preservação da estabilidade do ordenamento jurídico (*aspecto formal*); (3) finalmente, depois que o tribunal se posicionar pela necessidade da substituição, deve passar a se preocupar com a proteção dos jurisdicionados que atuaram com expectativa legítima na aplicação dos precedentes, determinando um regime de transição (*aspecto da segurança na superação*).³⁷⁵

³⁷⁵ Também dividindo o procedimento argumentativo da superação nesses três passos: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, cit., p. 317. É preciso notar, entretanto, que a viabilidade da terceira etapa pode influenciar e auxiliar na tomada da decisão referente à segunda etapa.

Título 4. Requisitos processuais da superação

1. Considerações iniciais.

O exercício da atividade jurisdicional, incluindo a formação, aplicação, modificação e, em especial a superação de precedentes, deve observar as garantias constitucionais inerentes ao processo (modelo constitucional do processo). A superação do precedente, como técnica destinada à revogação do precedente vinculante, portanto, deve se dar de maneira constitucionalmente adequada. Isso significa que a superação está sujeita a requisitos de validade não só materiais, vistos anteriormente, mas também processuais.

Os requisitos processuais da superação são as formalidades legais que condicionam a validade e a eficácia da norma revogatória emanada da decisão de superação. São basicamente três esses requisitos processuais da superação: (a) a competência para realização da superação; (b) o contraditório prévio e qualificado, entendido como garantia de participação ampliada e de não surpresa e (c) a fundamentação adequada e específica. A inobservância desses requisitos invalida a superação, tornando-a passível de questionamento e controle judicial.

2. Competência

Apenas o órgão competente para formar o precedente vinculante o é também para superá-lo. A decisão de superação é também um precedente vinculante, mas cuja especificidade é substituir o precedente anterior como fonte normativa da tese jurídica fixada pelo tribunal, promovendo assim a revogação da norma do precedente anterior. Dessa forma, a regra de competência decorre da mesma regra que prevê a formação de precedentes vinculantes (art. 927 do CPC). Assim, como antes destacado,³⁷⁶ cabe precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a formação do precedente vinculante sobre questão que envolva a interpretação, aplicação e eficácia da norma constitucional, seja por meio de decisões proferidas em sede de

³⁷⁶ Ver Título 4 da primeira parte deste trabalho.

controle concentrado de constitucionalidade, de decisões do plenário (inclusive aquelas que afirmam a existência ou não de repercussão geral ou daquelas proferidas no âmbito do julgamento de recursos extraordinários repetitivos, mas não se limitadas a essas decisões³⁷⁷) e de decisões sumuladas³⁷⁸ (decisões reiteradas formalizadas em enunciados de súmula que formam também precedentes vinculantes constitucionais). Portanto, somente o Supremo tribunal Federal pode superar esse precedente vinculante constitucional.

Da mesma forma, uma vez que só cabe ao Superior Tribunal de Justiça a formação de precedente vinculante sobre questão que envolva a interpretação, aplicação e eficácia da lei federal infraconstitucional, através da técnica de julgamento de recursos especiais repetitivos, de decisões da corte especial (ou de órgão que lhe faça as vezes, como no caso da seção nos embargos de divergência³⁷⁹) ou de decisões sumuladas, somente a ele, ao Superior Tribunal de Justiça, caberá a competência para a superação, por meio do órgão encarregado pelo seu regimento interno da formação do precedente.

Assim também os tribunais locais, em relação às decisões do plenário ou do órgão especial (ou de órgãos que lhes fizerem as vezes, por delegação de funções, como no caso de seções cíveis e criminais), mas limitadamente às questões que envolvam a interpretação, aplicação e eficácia do direito local. Somente esses órgãos podem superar os próprios precedentes vinculantes. Essa limitação não se aplica às decisões proferidas no âmbito dos procedimentos de formação concentrada de precedentes (IAC e IRDR). Essas decisões, também proferidas pelos órgãos de cúpula da estrutura dos tribunais locais, podem formar precedentes vinculantes sobre qualquer matéria, não estando restrito, portanto, a questões de direito local. Todavia, no caso do precedente versar sobre questão constitucional ou questão que envolva interpretação, aplicação ou eficácia de legislação federal infraconstitucional, caberá, respectivamente, recurso extraordinário ou especial, ao

³⁷⁷ Como por exemplo, decisões proferidas em sede de incidente de assunção de competência julgada no plenário, questões de ordem e declaração incidental de inconstitucionalidade.

³⁷⁸ No caso das súmulas vinculantes, há procedimento específico de revisão ou cancelamento, como se verá mais adiante.

³⁷⁹ Ver item 5, título 4 da primeira parte deste trabalho.

qual é atribuído, *ope legis*, efeito suspensivo automático. Além disso, na hipótese específica da questão constitucional, é presumida sua repercussão geral. A intenção é garantir o acesso aos tribunais superiores para que a questão possa ser revista, se for o caso, ampliando-se com isso a vinculação para todo território nacional (art. 987 CPC).

Por outro lado, é possível também submeter a questão da superação, em situações específicas, a órgão superior àquele que formou o precedente. Assim, por exemplo, um precedente formado pelo Superior Tribunal de Justiça só pode, em princípio, ser por ele superado. Outra possibilidade, porém, é se tal precedente for, posteriormente, considerado inconstitucional. Nesse caso, o precedente poderá ser superado, através dos meios adequados, pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que lhe cabe a última palavra quando a questão envolver a interpretação, aplicação e eficácia da Constituição Federal. Mas nunca um tribunal inferior, considerada a hierarquia e a matéria em discussão, poderá rever precedente de tribunal superior.

Em outras palavras, os tribunais inferiores não têm competência para superar precedentes dos tribunais superiores, assim como internamente nos tribunais os órgãos fracionários não podem superar os precedentes fixados pelo plenário. Admitir essa possibilidade seria incompatível com a própria eficácia vinculante do precedente, seja na linha vertical ou horizontal. O precedente é vinculante na medida em que os órgãos vinculados estão obrigados a aplicá-los. Se estes pudessem revogar ou alterar a norma do precedente, não seriam eles obrigatórios. Seria como admitir que o judiciário pudesse deixar de aplicar a lei por dela discordar. Isso retiraria o caráter obrigatório da lei. Vale dizer, os tribunais inferiores não têm competência para superar os precedentes vinculantes dos tribunais superiores por deles discordarem, assim como o judiciário não tem legitimidade para deixar de aplicar a legislação por discordar do seu conteúdo. Bem analisada a questão, a tentativa de superação do precedente ou a simples adoção de entendimento diverso com ele incompatível pelo órgão inferior ou vinculado, justamente pela sua incompetência, jamais teria o condão de operar validamente a superação, configurando, na verdade, violação do precedente.

Por outro lado, é preciso considerar possíveis consequências indesejadas e frequentemente questionadas desse modelo de precedente vinculante, que seriam (a) a desvalorização das instâncias inferiores, na medida em que ficassem obrigadas a aplicar precedentes, mesmo que desatualizados ou evidentemente equivocados, e, ao cabo, (b) o risco de estagnação do direito.

Em relação ao primeiro ponto, cabe a indagação de como compatibilizar a eficácia vinculante do precedente com a liberdade interpretativa dos juízes e tribunais inferiores, fundamental para a constante evolução do direito? Nesse sentido surgiu a técnica da ressalva do entendimento do julgador sobre a aplicação do precedente vinculante (*disapprove precedent*), que consiste na possibilidade de o órgão judicial, ao aplicar o precedente vinculante para a solução do caso, ressaltar expressa e fundamentadamente o seu entendimento discordante.³⁸⁰ Para não tornar inalterável o precedente de forma absoluta, é fundamental conceder aberturas aos processos argumentativos e, com isso, possibilitar a correção do direito sem depender da iniciativa dos próprios julgadores encarregados da formação do precedente.³⁸¹ Nesse sentido, a técnica da ressalva do entendimento contrário ao precedente, ao mesmo tempo que respeita o precedente vinculante, seguindo assim o que determina a lei, permite que as partes possam exercer amplo contraditório e debater entre si e com a participação do órgão julgador a necessidade de eventual superação, preparando essa questão para ser posteriormente decidida perante o órgão competente e por meio do instrumento processual adequado. Trata-se, portanto, de técnica que valoriza a estabilidade, a coerência e a integridade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, estimula o debate e permite a constante evolução do direito.

Por outro lado, para evitar a estagnação é fundamental a previsão de mecanismos de superação que sejam compatíveis com a racionalidade dos precedentes. Ou seja, não pode haver precedente vinculante sem meio eficaz de superação por quem tenha a competência para sua formação. O direito brasileiro

³⁸⁰ Reconhecendo a possibilidade de aplicação dessa técnica, o Enunciado 172 FPPC: “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória.”

³⁸¹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza, NUNES, Dierle. Precedentes. A mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 390-392).

prevê diferentes mecanismos de superação dos precedentes vinculantes, mas também apresenta insuficiência preocupante nesse ponto, como será analisado mais adiante.

Há, ainda, uma última questão extremamente importante ligada à amplitude do conceito de superação, que tem repercussão na questão da competência e no risco de estagnação. Existem situações que podem justificar a ampliação ou a restrição da norma do precedente (e não propriamente sua revogação, seja total ou parcial). Como referido anteriormente, essas são hipóteses de distinção e não de superação. Logo, não há qualquer limitação quanto à competência para a discussão da questão relativa à ampliação ou à restrição da norma do precedente (distinções ampliativas e restritivas). Qualquer julgador é competente para enfrentar essas questões e promover essa mudança nos precedentes. O que não se admite é a substituição disfarçada, total ou parcial, da norma do precedente por outra (ou seja, a sua revogação), sob a capa da distinção. Nesse caso haveria distinção inconsistente, vedada pelo direito brasileiro, e não propriamente superação.³⁸² Da mesma forma, não se pode considerar tecnicamente como superação a revogação da norma do precedente pela superveniência de norma legal com ele incompatível.³⁸³ A superação é a revogação de precedente vinculante decorrente da sua substituição por outro precedente vinculante. Logo, qualquer julgador poderá afastar precedente vinculante sob o fundamento de que ele perdeu sua eficácia diante de alteração legislativa posterior com ele incompatível.

3. Contraditório qualificado (efetivo e ampliado)

O processo é um procedimento estruturado em contraditório. Portanto, não há processo sem contraditório. Não é por outra razão que a Constituição Federal prevê o direito ao contraditório como princípio processual e como garantia constitucional (art. 5º, LV) e o atual Código de Processo Civil assegura a cooperação de todos os

³⁸² Item 3, título 2 da segunda parte, acima.

³⁸³ Essa revogação não ocorre quando se trata de precedente constitucional que se torna incongruente com norma legal infraconstitucional posterior. Nesse caso, a norma legal infraconstitucional deverá ser declarada inconstitucional por violação ao princípio ou regra subjacente ao precedente constitucional.

sujeitos do processo na obtenção da decisão justa e efetiva (art. 6º), estabelece para o julgador o dever de zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º) e veda a decisão surpresa, ainda que se trate de matéria sobre a qual o julgador deva decidir de ofício (art. 10).³⁸⁴ Esses são elementos constitutivos do contraditório cooperativo como norma processual fundamental.

O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas dimensões: (a) uma *dimensão formal*, consistente na garantia de participação (ciência, audiência, comunicação) e (b) uma *dimensão substancial*, que é a garantia de poder influenciar na decisão (com argumentos e provas), isto é, de poder gerar efetivo impacto na construção da decisão. É essa dimensão substancial do contraditório que impede também a decisão surpresa, aquela prolatada sem observância do prévio contraditório, mesma para as questões passíveis de conhecimento de ofício.³⁸⁵

O contraditório, visto numa perspectiva global, resultante da soma dessas duas dimensões, constitui o *contraditório cooperativo*, característico do que alguns autores denominam de modelo participativo de processo.³⁸⁶ A comparticipação propõe um entendimento diferente da ideia de cooperação, na sua visão tradicional, para a participação em contraditório dos sujeitos processuais. O contraditório, nessa perspectiva, é a garantia de comparticipação de todos os sujeitos do processo, com efetiva possibilidade de influência e não surpresa, na construção da decisão judicial. Ainda nessa perspectiva da comparticipação, tanto as partes, como seus advogados

³⁸⁴ O princípio do contraditório, como explica Didier, é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. “Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório.” DIDIER JR, Fredie, Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 22ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 110.

³⁸⁵ Ressaltando essas duas dimensões: DIDIER JR, Fredie, Curso de Direito Processual Civil, ... cit, p. 111.

³⁸⁶ Nesse sentido Dierle Nunes: “A opção do legislador foi por um modelo participativo de processo (art. 6), que se embasa no contraditório visto como garantia de influência e não surpresa e, nesse sentido, que deva gerar efetivo impacto na construção dos atos decisórios (art. 10).” (VIANA, Antônio Aurélio de Souza, NUNES, Dierle. Precedentes. A mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 395). Também nesse sentido CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula, São Paulo: Atlas, 2018.

e o julgador assumem o ônus de justificar seus próprios argumentos e defender sua posição (ônus argumentativo).

Por outro lado, o princípio do contraditório pode ser visto sob duas outras perspectivas diferentes, mas complementares. A primeira é a do contraditório como participação para influenciar ou gerar efetivo impacto na construção do ato decisório enquanto norma individualizada para a solução do caso concreto. A segunda como participação na construção da decisão como norma geral do precedente.

Como tem sido discutido ao longo deste trabalho, a decisão judicial resolve o caso concreto, mas também pode formar um precedente aplicável para solução de casos similares posteriores, inclusive com eficácia vinculante. Nesse sentido, o princípio do contraditório como direito de participação e influência na construção da decisão judicial ganha nova significação, no sentido de que o direito de participação impacta não só na construção da norma jurídica individualizada (para a solução do caso concreto), mas também da norma jurídica geral (norma do precedente para solução de casos similares posteriores).

Essa perspectiva de que certas decisões além de resolverem a situação atual concreta constituem também precedentes vinculantes conduz à exigência de reforço da garantia do contraditório para formação desses precedentes. Em outras palavras, nas hipóteses de formação de precedentes vinculantes deve haver um *contraditório qualificado* que resulta da exigência do contraditório efetivo, da ampliação da cooperação, na perspectiva participativa, e da observância de especial ônus argumentativo.³⁸⁷

A mesma diretriz vale para a superação do precedente. E não poderia ser diferente. A superação importa na revogação do precedente por força da sua substituição, no todo ou em parte, por outro precedente vinculante. Com efeito, a tese jurídica consagrada no precedente deixa de vigorar como parâmetro para

³⁸⁷ Em sentido semelhante: CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério,... cit, p. 97 e ss.

solução de casos similares, sendo substituída pela tese jurídica do novo precedente que substitui o anterior. Logo, a formação da nova tese jurídica, da norma do novo precedente, que substitui o anterior, deve igualmente observar as regras de contraditório qualificado, isto é, a exigência do contraditório efetivo, da ampliação da cooperação e da observância de especial ônus argumentativo.

A exigência de contraditório efetivo significa que somente os fundamentos submetidos ao contraditório das partes, efetivamente por elas debatidos e objeto de deliberação expressa e dialógica pelo colegiado podem ser considerados fundamentos determinantes e, portanto, capazes de formar norma do precedente.³⁸⁸ O precedente formado sem observância do contraditório não tem eficácia vinculante (não é válido como precedente vinculante). Logo, prescinde de superação, podendo ser afastado por qualquer julgador e independentemente de procedimento específico. O mesmo ocorre com a superação. Somente há superação válida do precedente se houver contraditório efetivo entre os sujeitos do processo na construção da decisão do novo precedente que substitui o anterior.³⁸⁹

A ampliação do contraditório na formação do precedente vinculante, por sua vez, é assegurada mediante a previsão da intervenção do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas para oitiva de *experts* e entidades com reconhecida representatividade na sociedade sobre a matéria debatida (arts. 138, 927, §2º, 983, 1.038, I e II, CPC, e art. 986-C, §8º, CLT). Isso significa que o julgador, “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”, poderá, de ofício ou a requerimento das partes ou de terceiros que pretendam se manifestar sobre a questão debatida, admitir a participação no processo de *amicus curiae*, que pode ser

³⁸⁸ Nesse sentido o Enunciado 2 do FPPC: “Para formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

³⁸⁹ O Enunciado 2 do FPPC, antes referido, deve ser conjugado com o Enunciado 459 do FPPC no sentido de somente admitir argumentos submetidos ao contraditório não só para a formação, mas também para a superação de precedentes. Assim deve ser interpretado o Enunciado 459 do FPPC: “As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre observância apenas dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes.”

qualquer “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada” (art. 138 CPC).

Existem regras que preveem a intervenção de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas especificamente para a formação de determinados precedentes. São os casos dos arts. 7º, §2º e 9º, §1º da Lei 9.868/99 c/c o art. 6º, §1º da Lei 9.882/99 (controle concentrado de constitucionalidade), do art. 983 do CPC (incidente de resolução de demandas repetitivas) e do art. 1.038, I e II, CPC (julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivo). No entanto, essas regras devem ser interpretadas e aplicadas conjunta e sistematicamente como regras gerais de formação dos precedentes vinculantes. Assim, a intervenção do *amicus curiae* e a realização de audiência pública podem ocorrer em qualquer processo no qual esteja em construção norma que possa se transformar em precedente vinculante.³⁹⁰

Note-se, todavia, que a admissão do *amicus curiae* e a realização da audiência não são obrigatórias, nem constituem em si requisitos formais para a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes. A efetiva admissão do *amicus curiae* e a realização da audiência pública dependerão das circunstâncias do caso concreto e da decisão do tribunal que deverá ser fundamentada. A não participação de *amicus curiae* ou a mera não realização da audiência não invalidam a decisão do caso, tampouco impedem a formação do precedente vinculante. Mas podem comprometer posteriormente a legitimidade do precedente, sujeitando-o à superação, na medida em que a ausência da ampliação do debate possa ter limitado o acesso a fatores essenciais capazes, por si só, de levarem a uma conclusão diferente e configurarem grave erro na decisão anterior.

Ainda com relação à ampliação do contraditório na superação do precedente vinculante, existe regra específica no §2º do art. 927 do CPC, segundo o qual a alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiência pública e da participação de

³⁹⁰ Nesse sentido deve ser interpretado o Enunciado 460: “O microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*.”

amicus curiae que possam contribuir para a rediscussão da tese. Algumas considerações são necessárias. Primeiro, o significado de alteração pode abranger tanto a superação como a distinção ampliativa ou a restritiva. Em todas essas hipóteses há alteração da tese jurídica. O que as diferencia, como já explicado, é o fato de a superação envolver substituição do precedente anterior (e, portanto, revogação), no todo ou em parte, enquanto nas distinções ampliativas e restritivas não há essa substituição do núcleo do precedente. O que há é uma ampliação das hipóteses de incidência da norma do precedente ou uma restrição no sentido de especificar hipótese na qual ela não deve incidir (hipótese não discutida originariamente e surgida apenas no caso posterior). Em segundo lugar, a regra se aplica para alteração de tese jurídica adotada em qualquer precedente vinculante. Não há vinculação sem possibilidade de modificação ou superação, sob pena de estagnação do direito. Logo, a regra deve ser interpretada de modo a abranger todos os precedentes vinculantes. Terceiro, assim como foi exposto para a formação do precedente, na superação *poderá* haver, como consta expressamente da disposição legal, a realização da audiência pública e a admissão do *amicus curiae*, dependendo das circunstâncias do caso e mediante decisão fundamentada, especialmente a que indefere a ampliação do contraditório. A ausência dessa fundamentação torna nula a decisão.

Por fim, o contraditório qualificado exige a observância de especial ônus argumentativo, em conformidade com a regra da dialeticidade. Como já observado, o ônus argumentativo decore de um maior esforço argumentativo exigido tanto das partes como do julgador para afastar a alegação de incidência de determinado precedente para a solução do caso.³⁹¹ Na hipótese específica da superação, esse ônus argumentativo implica a necessidade de debate efetivo sobre a presença dos requisitos materiais e processuais, diante das circunstâncias específicas do caso em julgamento, que justificariam a superação do precedente e a aplicação de outra norma. Na perspectiva do julgador, esse ônus argumentativo acarreta o dever de fundamentação adequada e específica, cuja observância constitui requisito específico a seguir analisado. Mas, como já ressaltado insistentemente, o ônus argumentativo não é só do julgador, mas também das partes. Assim, por mais que

³⁹¹ Na primeira parte do trabalho, item 11 do título 3.

essa questão da superação possa ser suscitada de ofício pelo julgador, é mandatória a prévia oitiva das partes originárias e intervenientes admitidos, sob pena de nulidade. Ademais, para que a questão da superação possa ser legitimamente decidida, incumbe às partes, sejam originárias ou intervenientes, apresentar os elementos necessários e promover o debate para melhor apreciação da questão.³⁹²

4. Fundamentação adequada e específica

Conforme disposto no art. 927, § 4º, do CPC, “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de 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.”

Trata-se da imposição do dever de fundamentação adequada e específica também para as situações de modificação de entendimentos consolidados, dentre os quais se insere a hipótese específica da superação. Como observado anteriormente³⁹³, o art. 489, § 1º, do CPC exige fundamentação adequada e específica para afastamento do precedente diante da alegação de distinção ou superação. O § 4º do art. 927 trata agora da necessidade de fundamentação adequada e específica também na decisão modificadora de entendimentos consolidados, classe na qual está inserida a decisão de superação. Embora o texto do § 4º do art. 927 faça referência expressa apenas a determinados parâmetros judiciais (enunciado de súmula, jurisprudência pacificada e tese adotada em julgamento de casos repetitivos), a necessidade de fundamentação adequada e específica existe para qualquer modificação de entendimento consolidado. Portanto, não se trata de exigência específica para a decisão de superação, devendo ser observada também diante das distinções ampliativa e restritivas e, ainda, quando houver mudança de orientação decorrente de jurisprudência consolidada (“pacífica”) ou mesmo

³⁹² Como advertem Aurélio Vianna e Dierle Nunes, o poder de superação “não significa que os juízes devem funcionar como espécie de antena, responsável pela captação dos anseios populares e que, iluminados, devessem indicar o momento oportuno quanto à superação do precedente, uma vez que tal desenvolvimento deve ocorrer pelo processo, a partir da argumentação desenvolvida pelos sujeitos processuais.” (Precedentes: a mutação no ônus argumentativo, cit., p. 389).

³⁹³ Item 11 do título 3 da primeira parte.

precedente persuasivo. Não há por que restringir a exigência de fundamentação adequada e específica apenas para determinados precedentes vinculantes, tampouco para excluí-la em relação a outros parâmetros decisórios. Toda mudança de entendimento fixado em decisão que serve de parâmetro para solução de outros casos deve ter igual tratamento no que diz respeito à exigência da fundamentação adequada e específica. Tal interpretação compatibiliza essa disposição do art. 927, § 4º, do CPC, com a regra geral do art. 23 da LINDB, que admite a possibilidade de mudança de entendimento em relação a qualquer “decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito”, ao prever o regime de transição quando houver decisão que implique mudança de entendimento consolidado (“orientação geral”) em qualquer dessas situações.

De acordo com essa regra, não é qualquer fundamentação que justifica a superação do precedente. Por exemplo, não basta que o julgador fundamente a decisão sobre o caso concreto similar, afirmando tese jurídica diferente daquela assentada em precedente aplicável, para que essa decisão possa ser tomada validamente como superação do precedente (superação tácita ou implícita). É preciso que haja deliberação específica acerca de ser ou não hipótese de superação. Isso significa que a fundamentação da decisão de superação precisa expor analiticamente a presença ou não dos requisitos materiais autorizadores da superação (perda da congruência social, rompimento da consistência sistêmica ou erro grave na formação do precedente), ponderando essas razões com aquelas que justificariam a manutenção do precedente (razões de preservação da estabilidade). Essa análise deve ser feita sempre tomando em consideração os motivos determinantes da decisão anterior da qual foi extraída a norma do precedente cuja superação é discutida.

É inevitável, portanto, que a decisão superadora enfrente os motivos determinantes do precedente e explique em que medida tais motivos não mais justificariam a manutenção da tese jurídica assentada, expondo assim as razões para sua revogação em consonância com os requisitos materiais autorizadores. Em outras palavras, a decisão superadora deve dialogar com o entendimento a ser

superado. A superação não pode se dar de forma desconexa e incoerente com a decisão anterior. A superação pressupõe uma relação inevitável entre o entendimento superado e o novo entendimento. Trata-se, afinal, da substituição de um entendimento por outro. Essa relação deve ser explicitada na fundamentação, de modo que haja uma sequência racional da evolução ou da transformação do entendimento acerca da mesma questão jurídica.

Além disso, como a superação do precedente sempre incumbirá a órgãos colegiados, não basta a mera apresentação sequencial de votos que não dialogam entre si. A deliberação sobre a superação da tese jurídica anteriormente fixada deve se dar *per curiam* e não *seriatim*.³⁹⁴ Ou seja, diante da proposta de superação, todos os integrantes do colegiado devem se manifestar expressamente sobre as razões suscitadas no caso que poderiam, em tese, levar à superação. A análise conjunta dessas manifestações é que determina se o tribunal decidiu, por unanimidade ou por maioria, sobre a questão da superação. Se não houver manifestação pelo menos da maioria dos integrantes do colegiado a respeito dos fundamentos que justificam a superação, não haverá manifestação colegiada apta para fundamentar validamente a superação. Não basta assim que cada julgador aponte uma razão diferente para justificar a superação. A soma desses votos não representa a vontade colegiada necessária para a superação. É preciso que haja manifestação e consenso mínimo em torno dos mesmos fundamentos.

Por outro lado, a decisão superadora deve enfrentar exhaustivamente todos os argumentos levantados no processo para justificar a superação. Se há multiplicidade de argumentos e cada um deles pode levar à superação, todos devem ser analisados e objeto de deliberação. A rejeição, assim como o acolhimento de um dos argumentos não constitui razão suficiente para o não enfrentamento dos demais. Na medida em que essa decisão formará um novo precedente sobre a presença ou não dos requisitos materiais para a superação, ela deverá considerar todos os argumentos. Do contrário não haverá enfrentamento da questão por completo.

³⁹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério..., cit., p. 347.

Ademais, o não enfrentamento por completo da questão da superação, quando suscitada no processo, traz sério risco de estagnação do direito.³⁹⁵

Em suma, a fundamentação necessária para justificar a superação deve ser *específica*, no sentido de tratar explicitamente da questão da superação, enfrentando exaustiva e analiticamente os argumentos que justificam ou não a presença dos requisitos materiais autorizadores da superação no momento da decisão, e *adequada*, no sentido de expor o diálogo com a decisão anterior formadora do precedente e o diálogo entre as manifestações dos integrantes do colegiado em torno dos motivos que justificam a superação (motivos determinantes da superação).

Título 5. Regras de transição na superação de precedentes

1. A segurança-continuidade e as regras de transição

A segurança jurídica, na vertente da continuidade jurídica, permite maior dinamismo e flexibilidade em relação à estabilidade, ao possibilitar aprimoramentos e revisões de entendimentos consolidados, inclusive daqueles decorrentes de precedentes vinculantes, desde que observados os pressupostos materiais e processuais antes analisados, proporcionando assim adaptabilidade e mobilidade ao ordenamento jurídico e à jurisprudência.

Por outro lado, a segurança-continuidade impõe a edição de *regras de transição* como meio de evitar mudanças abruptas que possam trazer prejuízos para a sociedade e a confiança dos jurisdicionados. Dessa forma, a continuidade jurídica

³⁹⁵ Nesse sentido advertem Aurélio Vianna e Dierle Nunes, ao tratar do risco da ideia de inércia argumentativa para a superação do precedente e a consequente evolução do direito (e, por isso, a sua incidência deve ficar restrita às decisões de aplicação do precedente, não podendo de forma alguma limitar o debate sobre os argumentos suscitados para justificar eventual superação): “O problema da instituição de um sistema rígido de precedentes reside exatamente na sua cristalização, situação na qual, sob o pretexto da inércia, passa-se a vedar a apresentação de novos argumentos ou ao menos desqualifica-los *prima facie*, impedindo-se que argumentos inauditos (ou já ditos, mas não apreciados) possam dar nova formatação ao próprio direito, principalmente se houver razões explícitas que o recomendem. Por certo, a alteração do precedente carece de abertura argumentativa, o que somente pode ser efetivado no ambiente processual, repleto de garantias, dentre tantas, a do contraditório como influência e não surpresa e da fundamentação exaustiva e racional das decisões judiciais.” (Precedentes: a mutação no ônus argumentativo, cit., p. 390).

preocupa-se com a *segurança jurídica também na mudança*. Uma vez constatada a necessidade da mudança do entendimento consolidado, a continuidade jurídica exige a edição de regras de transição para eliminar ou reduzir os impactos dessa mudança. Em outras palavras, sendo inevitável a mudança, ela deve ser feita com o menor impacto possível, com respeito à situação pregressa e à confiança legítima dos jurisdicionados, de modo a manter uma linha coerente de continuidade do ordenamento jurídico. Qualquer mudança afeta a estabilidade, mas o seu abrandamento garante a continuidade coerente do ordenamento, na medida em que evita a mudança abrupta que leva à ruptura, ao rompimento ou cisão com risco de comprometimento da sua racionalidade. Assim, a formulação de regras de transição encontra justificativa na procura do ponto de equilíbrio entre a mudança e a estabilidade.

As regras de transição são bem conhecidas na prática legislativa. No campo processual, a sua utilização até pouco tempo ficava restrita às decisões proferidas no âmbito da jurisdição constitucional e no processo administrativo. Com a introdução do art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), inserido pela Lei nº 13.655 de 2018, elas passaram a ser aplicadas à atividade processual em geral.

O artigo 23 da LINDB prevê genericamente a possibilidade de inserção de regras de transição nas decisões estatais, disciplinando expressamente sua aplicabilidade a processos administrativos e judiciais. De acordo com esse dispositivo, “[a] decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer *interpretação ou orientação nova* sobre norma de conteúdo indeterminado, *impondo novo dever ou novo condicionamento de direito*, deverá prever *regime de transição* quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

Esse dispositivo é regulamentado pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que, no seu art. 6º, § 3º, considera nova interpretação ou nova orientação “aquela que altera o entendimento anterior consolidado”. Por outro lado, a referência constante do art. 23 da LINDB à “norma de conteúdo indeterminado”

não deve ser interpretada de forma restritiva. A indeterminação da norma é uma característica de dispositivos legais que incluem conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, nos quais o sentido textual mínimo é vago e ambíguo, possibilitando ao intérprete e aplicador maior margem para adscrição de sentido. No entanto, todos os textos possuem alguma margem de indeterminação. A afirmação apriorística de que sendo clara a lei não haveria qualquer espaço criativo para o intérprete (*in claris cessat interpretatio*) não condiz com a compreensão atual acerca da interpretação e aplicação do Direito.³⁹⁶ Assim, o dispositivo deve ser lido de modo a abranger o *entendimento novo* sobre *qualquer enunciado normativo*. O termo “condicionamento de direito”, por sua vez, não deve ser interpretado como “condição” na acepção civilística. O sentido é de sua aplicação à qualquer óbice ao exercício de direitos, deveres, encargos, ônus ou qualquer outra situação jurídica de desvantagem.³⁹⁷ Além disso, a expressão “deverá prever” denota que o estabelecimento do regime de transição não é mera faculdade do julgador, mas verdadeiro dever correlato ao direito de adaptação assegurado ao jurisdicionado.³⁹⁸ Em suma, o art. 23 da LINDB reconhece de forma ampla a possibilidade de modificação de conteúdo estável (incluindo o afastamento de entendimento consolidado) e, como decorrência, determina a adoção de regime de transição para evitar prejuízo aos interesses gerais. Essa disposição de caráter geral é abrangente também da situação específica da superação do precedente.

³⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo, cit. p. 178.

³⁹⁷ CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo, cit. p. 179.

³⁹⁸ Como observa Antonio Cabral, “muitas decisões de quebra da estabilidade devem ser acompanhadas de regras de transição para evitar uma ruptura das expectativas que pudessem ter sido criadas em favor da manutenção da posição estável, facilitando uma adaptação suave ao novo regramento. Nesse sentido, a edição de regras de transição não deve ser vista apenas como uma faculdade ou um poder estatal, mas como um dever decorrente da cláusula do Estado de Direito, com o correlato direito individual. A proteção da confiança e o aspecto subjetivo da continuidade criam para o jurisdicionado ou os interessados no processo administrativo uma pretensão de exigir as regras de transição, como meio de reduzir o impacto na passagem de uma situação estável para nova situação jurídica. Trata-se de um direito de adaptação.” Se é verdade que não se pode pretender que o regramento da matéria permaneça sempre igual (porque a continuidade não impede a mudança), o indivíduo tem o direito de exigir que não seja prejudicado quando praticou condutas programando-se de acordo com o regulamento estável anterior. (*in* Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo, cit., p. 199)

O art. 24 da LINDB complementa o enunciado anterior, ao prever a possibilidade de limitação dos efeitos retroativos do novo entendimento para proteger situações constituídas. Esse artigo determina, textualmente, que “[a] revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.” Por “orientações gerais” entende-se, conforme disposição constante do parágrafo único, “as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”. Dessa forma, o art. 24 da LINDB regula uma das espécies de regra de transição, qual seja, a modulação dos efeitos da decisão revisora.

Não obstante, a modulação dos efeitos, como espécie de regra de transição, já era prevista no ordenamento brasileiro, antes mesmo da introdução dessa disposição geral. Primeiro, foi estabelecida especificamente para as decisões do STF no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/99 e art. 11 da Lei 9.882/99). Depois, o CPC atual introduziu a modulação dos efeitos na hipótese de alteração de entendimentos judiciais consolidados, incluindo a superação do precedente (art. 927, § 3º). Com isso, foi ampliado o uso da modulação dos efeitos tanto do ponto de vista objetivo (a modulação passa a ser permitida para casos de mudança de entendimento que envolvam qualquer matéria, além da constitucional), como subjetivo (é possível agora o uso da modulação não só pelo STF, mas também pelos demais tribunais superiores e tribunais locais, em situações específicas).

Atualmente, portanto, o ordenamento brasileiro contempla, de maneira ampla, a *possibilidade de mudança de entendimentos jurisprudenciais consolidados, incluída a superação de precedente*. Além disso, prevê nessas hipóteses de mudança de entendimentos consolidados a *necessidade do estabelecimento de regras de transição* para evitar rupturas abruptas e nocivas à continuidade do sistema. Dentre essas regras de transição, a mais usual é a

modulação dos efeitos, que tem regramento específico para mudanças decorrentes de decisões proferidas no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e para mudanças de entendimentos judiciais consolidados, incluindo a superação do precedente.

2. Obrigatoriedade das regras de transição

Quando ocorre uma mudança de entendimento consolidado é dever do Judiciário zelar pela proteção da segurança jurídica, especialmente em relação à tutela da confiança legítima dos jurisdicionados, de modo a preservar as situações jurídicas constituídas antes da mudança e, dessa forma, assegurar a calculabilidade e a confiabilidade em relação às normas jurídicas.³⁹⁹

Como antes destacado, a calculabilidade diz respeito à capacidade de prever as consequências jurídicas que normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas. Embora o legislador tenha competência para inovar o ordenamento jurídico, o respeito aos direitos fundamentais inibe que as inovações sejam bruscas, drásticas e desleais. O mesmo se aplica ao julgador em relação às mudanças de entendimentos jurisprudenciais consolidados. Quanto à confiabilidade, também se disse que não há estabilidade sem a consideração da possibilidade de mudança; assim como não há mudança possível sem respeito à estabilidade. Há, portanto, uma relação recíproca e indissociável entre estabilidade e mudança. Mas, se por um lado, a estabilidade não é infensa à ideia de mudança, por outro, ela exige racionalidade na mudança, o que implica (a) proteger situações subjetivas já garantidas individualmente e (b) assegurar a continuidade do ordenamento jurídico, especialmente por meio de regras de transição, de modo a evitar alterações bruscas e violentas. Dessa forma, a modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa, inclusive para

³⁹⁹ Sob uma perspectiva objetiva, o princípio da segurança jurídica é concretizado por meio de institutos como a prescrição, a decadência, o direito adquirido, a coisa julgada, que constituem limites mínimos preestabelecidos para salvaguardar situações jurídicas que estejam por eles protegidas contra mudanças posteriores. Numa perspectiva subjetiva, a segurança jurídica é concretizada mediante a tutela da confiança legítima dos jurisdicionados, que protege as expectativas justificadas daqueles que pautaram suas ações confiando no entendimento depois modificado. Tais situações devem ser analisadas diante das circunstâncias específicas de cada caso.

aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos, compromete a confiabilidade.

Portanto, o uso das regras de transição, incluindo a modulação dos efeitos, não é mera faculdade, mas um dever-poder dos tribunais, inerente ao exercício da jurisdição e decorrente da cláusula do Estado de Direito, na qual encontra fundamento o princípio da segurança jurídica. Correlato a esse dever-poder dos tribunais, há o respectivo direito individual dos jurisdicionados ao estabelecimento das regras de transição.⁴⁰⁰

3. A modulação dos efeitos

3.1. Considerações iniciais

A regra de transição mais usada no campo processual é a modulação dos efeitos da decisão. A espécie mais comum de modulação, por sua vez, é aquela que limita os efeitos da decisão de natureza exclusivamente temporal (modulação temporal), mas existem outras possibilidades de limitação. Assim, é possível limitar os efeitos da decisão em relação aos seus *aspectos temporais* (para estabelecer eficácia diferente da retroativa, considerada regra geral), em seus *aspectos subjetivos* (para diferenciar os efeitos em relação a determinados jurisdicionados que se encontrem em determinada situação jurídica) e em seus *aspectos materiais* (para abranger apenas alguns atos e negócios jurídicos).

A regra geral de modulação dos efeitos da decisão atualmente é o art. 24 da LINDB,⁴⁰¹ segundo o qual, no caso de revisão de atos jurídicos em geral que já

⁴⁰⁰ CABRAL, Antônio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis, cit., p. 536.

⁴⁰¹ Nos termos do parágrafo único do art. 24, são consideradas “orientações gerais” as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Ou seja, esse artigo considera a necessidade de resguardar a segurança jurídica e os interesses gerais da sociedade através da modulação, como espécie de regra de transição, mesmo em caso de mudança de *jurisprudência*, assim tomada de forma ampla. Não significa, evidentemente, que qualquer alteração jurisprudencial exige regime de transição. A sua aplicação depende do exame da situação concreta, do grau de segurança proporcionado pela norma, da existência de legítima confiança dos jurisdicionados e da gravidade das consequências decorrentes da mudança do entendimento.

tiverem produzido efeitos, *serão consideradas as orientações gerais da época, sendo vedado* que, com base em mudança posterior de orientação geral, *sejam desrespeitadas situações plenamente constituídas*. Para tanto, é possível *restringir os efeitos da declaração ou decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido* (art. 4º, §4º do Decreto nº 9.830/2019). A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso (art. 4º, §5º, Dec. 9.830/2019).⁴⁰²

Existe ainda a regra específica de modulação dos efeitos para as decisões proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/1999, reproduzida no art. 11 da Lei 9.882/1999 especificamente para a arguição de descumprimento de preceito fundamental). De acordo com essa regra, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, *restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*.” Posteriormente, o art. 4º da Lei 11.417/2006 também tratou da possibilidade de modulação em relação à súmula vinculante, ao prever que o seu efeito vinculante tem eficácia imediata à sua edição, “mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, *poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento*, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

Mais recentemente, o atual CPC determinou, no § 3º do art. 927, que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver *modulação dos efeitos da alteração* no interesse social e no da segurança jurídica.” Embora o texto normativo faça referência expressa somente a

⁴⁰² Embora o dispositivo faça referência expressa aos administrados e à administração pública, não significa que a regra seja exclusiva para decisões administrativas, aplicando-se também no âmbito judicial.

decisões de tribunais superiores e decisões oriundas de julgamentos de casos repetitivos, a restrição não tem sentido, especialmente diante da inclusão superveniente dos artigos 23 e 24 da LINDB. A regra de transição, incluída a modulação dos efeitos, será necessária sempre que houver mudança de entendimento que traga risco para a segurança jurídica e a confiança legítima dos administrados e jurisdicionados. Se o entendimento servir de base para solução de casos similares e sua mudança trouxer risco à segurança, qualquer que seja a natureza do parâmetro, seja vinculante ou persuasivo, poderá haver necessidade da regra de transição.⁴⁰³ A sua adoção depende do exame do caso específico, especialmente do grau de confiança gerada pelo entendimento, da intensidade e das consequências da mudança, da existência ou não de repercussão geral.

É importante observar que esses textos normativos tratam de situações assemelhadas, mas que não se confundem. De um lado, existe a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de ato normativo no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Nessa situação, o objetivo da modulação é tutelar a segurança jurídica e a confiança legítima em relação às possíveis repercussões jurídicas já ocorridas do ato normativo declarado inconstitucional. Não se trata, em regra, de mudança jurisprudencial, muito menos de superação de precedente, mas de decisão que julga conflito entre normas abstratas (e, portanto, de modulação dos efeitos da coisa julgada sobre a questão constitucional da compatibilidade de normas).⁴⁰⁴ Por outro lado, há a modulação dos efeitos ligada à mudança de entendimento consolidado, na qual está inserida a superação do precedente, que visa tutelar a segurança jurídica e a confiança legítima daqueles que pautaram suas ações no entendimento revogado. A segurança jurídica atua, assim, de forma diferente nessas duas situações, na medida em que a base da confiança é distinta – no controle concentrado a base da confiança é a presunção de

⁴⁰³ Nesse sentido, aliás, era a redação do art. 521 §10º, do Projeto de Lei 8046, substitutivo da Câmara ao PLS 166: “Art. 521 (...) §10º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.”

⁴⁰⁴ A decisão proferida no âmbito do controle concentrado e abstrato de normas também forma precedente (art. 927, I, CPC). Assim, excepcionalmente, pode haver discussão no âmbito de uma ação direta que envolva a superação de precedente constitucional anterior. Nesse caso, a decisão deverá se preocupar também em preservar, quando for o caso, as ações praticadas e as situações jurídicas consolidadas com base no precedente anterior.

constitucionalidade do texto normativo, enquanto na superação, é o entendimento consolidado.⁴⁰⁵ De todo modo, em ambas as situações a eficácia retroativa da decisão pode gerar instabilidade no ordenamento jurídico e, assim, não ser a solução mais adequada. Quando isso ocorre, a eficácia retroativa deve ceder e dar lugar para alguma regra de transição, sendo a mais comum a modulação dos efeitos da decisão que opera a mudança.

De todo modo, essas disposições no seu conjunto permitem estabelecer os contornos formais e materiais para a modulação dos efeitos. De um lado, como já ressaltado, permitiu-se de forma ampla a modulação dos efeitos de natureza temporal, subjetiva e objetiva das decisões judiciais que importam em mudança de entendimentos consolidados, de modo a restringir a eficácia retroativa da mudança. Por outro lado, condicionou-se o uso da modulação à demonstração da necessidade de preservação da segurança jurídica e do interesse social.

3.2. Eficácia retroativa como regra e a possibilidade de modulação dos efeitos

A eficácia dos precedentes é tradicionalmente retroativa, inclusive daqueles que revogam entendimentos anteriores. Uma vez operada a mudança e estabelecido o novo entendimento a respeito de uma questão jurídica, ele se aplica a todos os casos similares, inclusive aos anteriores à mudança, ainda não transitados em julgado. Essa é a regra encontrada tanto nos países de *common law*, como nos de *civil law*.⁴⁰⁶ Essa posição tem raiz na justificativa usada inicialmente para a superação: a existência de erro grave a invalidar o precedente desde sua origem. Esse entendimento era ainda reforçado pelo dogma da eficácia retroativa atribuída aos precedentes constitucionais baseados na inconstitucionalidade de leis. Trata-se da ideia de que, em regra, a lei inconstitucional é inválida desde o início da sua vigência (a inconstitucionalidade superveniente seria uma exceção) e a nulidade, consequentemente, deve ser proclamada com eficácia retroativa. Cada vez mais, no entanto, é discutida a possibilidade de modulação dos efeitos das mudanças

⁴⁰⁵ Nesse sentido também Ravi Peixoto (Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 312).

⁴⁰⁶ SUMMERS, Robert S. Precedent in United States. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents, cit, p. 398. Também PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 292.

jurisprudenciais e a adoção de outras técnicas para resguardar a segurança jurídica e proteger a confiança dos jurisdicionados. Até porque muitas situações que levam à superação do precedente encontram justificativa em mudanças contextuais, ou seja, em fatores supervenientes à formação do precedente. São justamente nesses casos que a eficácia retroativa das decisões que importam mudança de entendimento pode se mostrar prejudicial.

Não há mais dúvida, no contexto atual, de que as decisões judiciais são aptas à construção de normas jurídicas e, especialmente na perspectiva da teoria dos precedentes, as normas jurídicas produzidas ganham caráter geral e orientam os jurisdicionados. Além disso, a estabilização do entendimento jurisprudencial cria uma situação fática de confiança, tanto de caráter geral, como individual. Essa situação ocorre em maior grau em relação ao precedente vinculante, mas também em relação à jurisprudência e ao precedente persuasivo, embora em menor grau. Dessa forma, a modulação dos efeitos associada à mudança de entendimentos jurisprudenciais consolidados tem fundamento no princípio da segurança jurídica, tanto na sua dimensão objetiva como subjetiva (a proteção da confiança legítima).

Tais razões, porém, não servem para equiparar a superação do precedente à modificação de um texto normativo a fim de justificar a aplicação por analogia à superação da regra da irretroatividade das leis. Embora mitigada pela teoria dos precedentes, a atividade judiciária é essencialmente voltada para o passado, enquanto a atividade legislativa o é para o futuro.⁴⁰⁷ O tempo da decisão judicial na teoria dos precedentes é dialético, na medida em que resulta de uma consolidação do passado, do presente e do futuro. Do passado porque a análise empreendida recai sobre fatos jurídicos já ocorridos; do futuro, diante da possibilidade de constituir-se em orientação das atividades dos jurisdicionados; do presente, pela junção dessas visões para estabelecer a solução no momento atual. Ademais, a proibição da retroatividade da legislação decorre do fato de que em uma democracia o legislador é livre para definir o texto normativo, observados os limites constitucionais. Na atividade judiciária não pode haver essa arbitrariedade, ao contrário, a atuação deve ser fundamentada em argumentos jurídicos. Por outro lado, uma mudança

⁴⁰⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 176-178.

legislativa sempre representará um rompimento no tratamento da matéria em um tempo determinado (ou seja, sabe-se exatamente quando uma lei está em vigor e quando deixa de vigorar porque revogada por outra). Assim, admitida a retroatividade como regra, haveria sempre quebra de previsibilidade. O precedente, por sua vez, pode ser paulatinamente desgastado. Pode haver, inclusive, sinalização desse desgaste. Ele pode ainda sofrer mutações com o decorrer do tempo (sucessivas distinções ampliativas ou restritivas), que aumentam ou diminuem seu âmbito de incidência. É possível, assim, que no momento da superação, o precedente já tenha perdido aplicabilidade. Esses fatores dificultam a definição do tempo exato de quebra das expectativas dos jurisdicionados. Ou seja, nem sempre a aplicação do precedente novo compromete a segurança jurídica ou viola a confiança legítima.⁴⁰⁸ Todos esses aspectos apontam para a necessidade de adequação dos efeitos diante das circunstâncias concretas. A tutela da segurança jurídica depende, na verdade, de cuidadosa análise do caso concreto. Não há, portanto, como estender a regra da irretroatividade das leis para a decisão judicial que implica mudança de entendimentos jurisprudenciais.⁴⁰⁹

Por outro lado, a possibilidade excepcional da modulação independe de expressa previsão legal, na medida em que pode ser deduzida diretamente do princípio da segurança jurídica (e, portanto, não poderia ser suprimida pela legislação infraconstitucional). Seus contornos, todavia, são passíveis de regulação pelo direito positivo, como hoje ocorre no direito brasileiro, que estabelece a eficácia retroativa como regra geral (e não absoluta). Dessa forma, a eficácia retroativa das decisões que representam mudança de entendimento consolidado, e em especial na superação do precedente, não deve ser tratada como dogma, mas como regra geral, que comporta exceções, verificadas casuisticamente, segundo os requisitos materiais e processuais estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

⁴⁰⁸ Há, no entanto, uma situação em que a superação do precedente se aproxima da alteração do texto normativo: quando um entendimento consolidado é superado sem qualquer espécie de sinalização anterior.

⁴⁰⁹ Em sentido oposto o enunciado nº 55 do FPPC: “Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto.” Não concordamos com esse enunciado. Pelas razões acima expostas, não é correto defender que a superação de precedentes tenha, em regra, efeitos prospectivos. A atribuição desses efeitos depende da análise dos requisitos no caso concreto.

No Brasil, os primeiros textos a tratarem da modulação temporal da eficácia de decisões judiciais foram o art. 27 da Lei 9.868/1999 e o art. 11 da Lei 9.882/1999. Esses dispositivos estabeleceram limites formais e materiais para a modulação de efeitos temporais das decisões proferidas em controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, mitigando assim a eficácia *ex tunc* até então considerada um dogma no âmbito da jurisdição constitucional. Posteriormente, o art. 4º da Lei 11.417/2006 também tratou da possibilidade de modulação temporal em relação à súmula vinculante. Com a promulgação do atual Código de Processo Civil, como visto, foi introduzida regra mais ampla que autoriza a modulação dos efeitos da mudança jurisprudencial, qualquer que seja a matéria (isto é, não limitada a questões constitucionais), mediante a observância de determinados requisitos (art. 927, §§ 3º e 4º, CPC). Mais recentemente, a Lei nº 13.655/2018 acrescentou à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) os já mencionados artigos 23 e 24, que preveem genericamente a possibilidade de inserção de *regras de transição* nas decisões estatais, dentre as quais se insere a modulação temporal, disciplinando expressamente sua aplicabilidade a processos administrativos e judiciais. Note-se que todas essas disposições legais partem do mesmo ponto comum que é a eficácia retroativa como regra geral, tanto que regulam as possibilidades excepcionais de modulação. Dessa forma, no direito brasileiro a eficácia retroativa é a regra, havendo, porém, a possibilidade de modulação dos efeitos em caráter excepcional.

3.3. Superação prospectiva

O uso da técnica de superação prospectiva (*prospective overruling*) consiste em afastar a eficácia retroativa da decisão de superação do precedente, estabelecendo eficácia apenas para o futuro. Essa técnica surgiu nos Estados Unidos da América como forma de proteger a confiança dos jurisdicionados contra mudanças posteriores de entendimento e evitar tratamento diferenciado entre o litigante do caso concreto e os demais jurisdicionados em casos posteriores.⁴¹⁰ Foi

⁴¹⁰ Segundo Robert Summers, “retroactive application of an overruling decision may upset a substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently. At minimum, the “victim” of the overruling decision will be treated differently from those who come after and who thus benefit from the new rule. As a result, courts have invented the practice of overruling in some cases only prospectively. That is, the new rule is to apply only after the

essa técnica que inspirou o legislador brasileiro a adotar a modulação dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/1999) e depois a modulação dos efeitos na modificação de entendimentos jurisprudenciais (art. 927, §3º, CPC).

A superação prospectiva (*prospective overruling*) teria sido aplicada pela primeira vez por Benjamin Cardozo, em 1932, no caso *Great Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Company*,⁴¹¹ julgado na Suprema Corte dos EUA.⁴¹² Mas foi em *Linkletter v. Walker* (1965) que os critérios para a superação prospectiva foram assentados. Na decisão desse caso foi discutida a retroatividade da superação provocada pelo novo entendimento firmado no caso *Mapp v. Ohio* acerca da limitação do uso de provas ilícitas em casos penais. Em síntese, ficou assentado que o novo entendimento seria aplicável somente àquele caso em julgamento, também aos demais casos pendentes de julgamento, mas não seria possível a reversão dos casos transitados em julgado antes de *Mapp v. Ohio*. Em *Linkletter v. Walker* foram afirmados como requisitos para a modulação de efeitos o exame dos seguintes aspectos: (a) se a aplicação retroativa serve ao objetivo a ser alcançado pelo novo entendimento; (b) a extensão da confiança das partes no entendimento anterior e (c) os efeitos na administração da justiça pela aplicação retroativa do novo entendimento. Houve posteriormente a ampliação da possibilidade de modulação dos efeitos da superação para casos cíveis, conforme decisões nos casos *Stovval v. Denno*, *Desist v. United States* e *Chevron v. Hudson*, dentre outros. Nesses precedentes, houve modulação para aplicar o novo entendimento apenas aos casos posteriores, excluídos os casos ainda em julgamento⁴¹³

overruling decision so that the old rule is still, in effect, applied to all prior parties similarly situated except the litigants before the court (thereby preserving incentives to seek change). SUMMERS, Robert S. Precedent in United States. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents, cit, p. 397-398).

⁴¹¹ 288 U.S. 350, 1932.

⁴¹² PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: da origem norte-americana ao novo CPC. In: RBDPro. Belo Horizonte, ano 27, n. 105, p. 271-308, jan./mar. 2019.

⁴¹³ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 293-295.

Segundo Robert Summers, no caso *Ceres Partners v. Gel Assocs* (1989) foram estabelecidos três requisitos que orientam a aplicação da superação prospectiva nos Estados Unidos da América: (a) a decisão deve estabelecer um novo princípio de Direito, tanto superando o precedente anteriormente confiável, como decidindo sobre um ponto antes não observado; (b) os méritos e deméritos devem ser observados, analisando a história do caso, os propósitos e os efeitos da medida e se a aplicação retroativa prejudicaria aquele litígio; (c) por fim, é preciso observar os possíveis resultados negativos da aplicação retrospectiva.⁴¹⁴

O uso dessa técnica, no entanto, sempre foi polêmico mesmo entre os países de *common law*. Tanto assim que foi rejeitada na Austrália e na Inglaterra. Mesmo nos EUA, a possibilidade de modulação dos efeitos foi se tornando mais escassa e de difícil aplicação. Essa oposição apareceu mais fortemente nos anos 80, primeiro em relação aos casos penais, nos quais a aplicação do precedente passou a ser sempre retroativa, mesmo no caso de superação. Posteriormente, esse entendimento migrou para a seara cível. Em *United States v. Johnson* e em *Griffith v. Kentucky* ficou assentado que os únicos limites à aplicação do novo precedente seriam então a coisa julgada e as limitações legais. Neste último, inclusive, foi afirmada a impossibilidade da superação prospectiva em casos de direito penal.⁴¹⁵ Em *Landgraf v. USA Film Products*, julgado em 1994, ficou assentada a regra geral da retroatividade na superação de precedentes, mantida até a atualidade. Essa posição restritiva está associada à ideia de que a modulação dos efeitos poderia se confundir com a atividade legislativa e, portanto, tem justificativa na diminuição do ativismo judicial.

Não obstante, a modulação ainda é utilizada quando relativa ao direito estadual. No âmbito federal, embora a regra seja a retroatividade, têm surgido mais recentemente, técnicas de flexibilização do efeito retroativo ligadas à tutela da confiança, em situações excepcionais, como o *forfeiture approach* (o novo precedente apenas se aplica aos casos anteriores em que fora feita uma objeção

⁴¹⁴ SUMMERS, Robert S. Precedent in United States. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents, cit., p. 398.

⁴¹⁵ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 293-295.

sobre a questão) e o *remedy limiting approach*⁴¹⁶ (não aplicação do novo precedente a caso em curso no qual se discute a conduta baseada no precedente anterior, quando ainda em vigor).⁴¹⁷ Como observa Ravi Peixoto, é curioso perceber que o principal país a influenciar os estudos da modulação no Brasil caminha atualmente em sentido contrário à evolução dessa técnica.⁴¹⁸ De todo modo, a técnica de modulação de efeitos incorporada à legislação brasileira atual e, de forma ainda mais ampla, as regras de transição são essenciais à ideia de segurança-continuidade, como antes sustentado. Ademais, a modulação de efeitos, tal como tratada atualmente, é mais rica em possibilidades, não se limitando à superação prospectiva pura.

3.4. Extensão temporal da modulação (tipos de eficácia temporal)

Não existe modalidade única de modulação capaz de satisfazer plenamente e ao mesmo tempo todas as posições jurídicas. Em tese é possível estabelecer uma gradação para a eficácia da superação, que vai desde a retroatividade total, sem limites, até a prospectividade a partir de momento futuro já previamente determinado, passando por diversas situações intermediárias. Assim, é possível estabelecer tipos de eficácia, conforme as diferentes nuances dessa gradação: (a) retroativa pura; (b) retroativa mitigada; (c) prospectiva mitigada; (d) prospectiva pura e (e) prospectiva futura. Assim, na eficácia *retroativa pura*, o novo entendimento abrange as situações passadas, inclusive objeto de decisões transitadas em julgado, servindo dessa forma de fundamento para ação rescisória. Na *retroativa mitigada*, o novo entendimento é aplicado às situações passadas, desde que não tenham transitado em julgado, não servindo assim de fundamento para ação rescisória. Na *prospectiva mitigada*, o novo entendimento é aplicado ao caso concreto e apenas às situações novas, surgidas após o precedente. Na *prospectiva pura*, o novo entendimento serve apenas aos casos posteriores, não sendo aplicado ao caso concreto em que foi formado. Na *prospectiva futura*, o

⁴¹⁶ *Davis v. United States* (2011). Suprema Corte dos EUA.

⁴¹⁷ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 295, nota 15.

⁴¹⁸ PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 297.

tribunal determina previamente o momento no futuro a partir do qual a superação terá eficácia.⁴¹⁹ Existem vantagens e desvantagens em todas essas soluções. Por exemplo, a eficácia retroativa pura, em vez de promover segurança jurídica, pode gerar mais instabilidade ao permitir a rediscussão de situações já decididas. A prospectiva pura pode desestimular novas tentativas de superação e assim impedir a evolução do direito (afinal os litigantes teriam os custos da discussão, mas não se beneficiariam do resultado no caso concreto do qual participam), o que, por outro lado, poderia não ocorrer quando se trata de litigantes habituais (que podem manter o interesse em eliminar os casos posteriores repetitivos). Na prospectiva mitigada, excluídas as situações passadas ainda não ajuizadas, se aplicado o novo entendimento apenas aos litigantes do caso no qual se formará o precedente e aos casos posteriores, poderia haver discriminação inadequada; e se ampliada para os demais casos em curso, isso poderia provocar uma corrida aos tribunais, na expectativa dos litigantes serem beneficiados pela superação do precedente. Assim, a escolha da melhor solução quanto à eficácia da decisão de superação do precedente depende das circunstâncias do caso concreto e deve ser ajustada para proporcionar maior grau de segurança jurídica e de proteção da confiança legítima, proporcionalmente à instabilidade provocada pela superação. A regra, segundo o entendimento consolidado nos tribunais e agora reafirmado na legislação, é a eficácia retroativa mitigada, porém com possibilidade de modulação, conforme critérios que serão adiante analisados.

3.5. Requisitos para a modulação

O art. 23 da LINDB prevê o regime de transição quando indispensável para que o novo entendimento “seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.” O § 3º do art. 927 do CPC determina que “pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da

⁴¹⁹ Exemplo de eficácia prospectiva pura pode ser visto na ADI 2240 que declarou a inconstitucionalidade da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, atribuindo à decisão eficácia após 24 meses do trânsito em julgado. De fato, considerar simplesmente inconstitucional a criação do Município traria inúmeros problemas à segurança jurídica. O que fazer com as relações jurídicas estabelecidas a partir da criação do Município, inclusive já consumadas? O que fazer com os fatos jurídicos e suas repercussões decorrentes dos nascimentos das pessoas no Município, das eleições realizadas, dos funcionários empossados? A atribuição de eficácia prospectiva futura permitiu criar período de adaptação para diminuir essas consequências negativas.

segurança jurídica.” Já o § 4º estabelece que a modificação do entendimento consolidado dependerá de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

Tais dispositivos reforçam a ideia de que as decisões judiciais que implicam mudança de entendimento jurisprudencial consolidado têm, em regra, eficácia retroativa, admitida, excepcionalmente, a modulação dos efeitos, como regime de transição, sempre que for proporcional e eficiente para *manter a segurança jurídica ou evitar prejuízo aos interesses gerais da sociedade*.

A modulação temporal permite realizar a mudança com segurança. Sem o regime ou a regra de transição, a mudança de entendimento seria uma questão de tudo ou nada. A escolha ficaria restrita entre romper com a estabilidade para promover a congruência social e a consistência sistêmica ou manter a estabilidade com sacrifício destas. A modulação dos efeitos, ao criar um período de transição, permite o atendimento da congruência social e da consistência sistêmica, preservando na maior medida possível a estabilidade. Como já referido, a estabilidade não pode ser confundida com imutabilidade. É possível ter evolução ou transformação com estabilidade. Nesse sentido, a modulação facilita a mudança de entendimento, tornando-a viável, justamente por estar associada a um regime de transição. Do contrário, a escolha pela mudança seria bem mais difícil, pelo risco da instabilidade gerada pelo rompimento abrupto. A mudança com segurança evita a quebra da segurança jurídica. Nessa escolha há um juízo de ponderação: qual a medida necessária e adequada da modulação para evitar a instabilidade e, conseqüentemente, para promover com eficiência a segurança jurídica? A busca desse equilíbrio é que justifica o uso da modulação. Ela não deve ser usada, a menos que haja risco para a segurança jurídica e os interesses gerais da sociedade, e devido ao seu caráter excepcional, deve ser dimensionada na medida adequada e suficiente para a proteção desses valores. Mas no que consistem a segurança jurídica e os interesses sociais como medida ou justificativa para a modulação dos efeitos? Segurança jurídica e interesses sociais são conceitos indeterminados que, portanto, embora tenham um significado amplo pré-estabelecido, devem ser densificados diante das circunstâncias do caso concreto.

A segurança jurídica, como antes analisado, pressupõe as ideias de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. A cognoscibilidade exige que o direito seja conhecido pelo seu destinatário, a confiabilidade trata da capacidade de antecipação do espectro de consequências aplicáveis e a calculabilidade impede modificações jurídicas repentinas, atuando sempre em busca da estabilidade.⁴²⁰ Por outro lado, a promoção da segurança jurídica deve envolver tanto seu aspecto objetivo, como subjetivo (que envolve a proteção da confiança legítima). Se a mudança de entendimento pode criar desigualdade entre aqueles que se encontram na mesma situação jurídica, a regra de transição deve ser pensada para evitar ao máximo essa desigualdade, criando espaço para a adaptação. Além disso, é preciso preservar na maior medida possível a confiança daqueles que pautaram seus comportamentos no entendimento modificado, por acreditarem que aquela era a regra a ser seguida.

Marinoni observa que “as razões da decisão revogadora, por evidenciarem falta de congruência social, perda da consistência sistêmica ou mesmo equívoco do precedente revogado, expressam o direito que deve passar a regular a vida social. Assim, só há sentido em aplicar precedente revogado, ou cujas razões não mais convencem, quando algo se estabeleceu no passado a partir da justa confiança no precedente.” Ainda segundo Marinoni, a “confiança justificada” (confiança legítima) seria a “confiança qualificada por critérios que façam ver que o precedente racionalmente merecia confiança à época em que os fatos se passaram.”⁴²¹ Isto é, não basta qualquer confiança, mas a confiança racionalmente aceitável, que legitima o uso da modulação para prevenir contra a “surpresa injusta”. Portanto, quando um precedente está desgastado, quando a jurisprudência é oscilante ou, ainda, quando já há sinalização de que o precedente está em vias de ser revogado, não há confiança legítima ou justificada, não sendo aplicável a modulação em tais situações.

Por outro lado, a lei prevê a modulação para atendimento do que ora denomina “interesse geral” (art. 23 LINDB), ora de “interesse social” (art. 927, § 3º, CPC). Mas o requisito é o mesmo. As expressões podem, inclusive, ser conjugadas e

⁴²⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, ob., cit.

⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, cit., p. 356-357.

interpretadas como o *interesse geral da sociedade*, no sentido de interesse mais amplo, que transcenda o interesse do particular em uma situação específica para ter impacto também na sociedade. Na mudança do entendimento consolidado, o interesse da sociedade deve prevalecer sobre o interesse individual. Essa é uma decorrência também da regra fundamental segundo a qual na interpretação e aplicação do direito, o julgador deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum (art. 5º da LINDB). Todavia, o interesse geral da sociedade deve ser resguardado com o menor sacrifício possível do interesse individual. Aqui também se trata de buscar um equilíbrio através da regra de transição. A modulação temporal deve ser usada sempre que houver necessidade de resguardar o interesse da sociedade e dimensionada para evitar ao máximo o sacrifício do interesse individual. Por outro lado, é importante entender do que trata esse interesse. É possível que o interesse seja na manutenção da segurança jurídica, mas nesse caso haveria uma superposição entre os requisitos da segurança jurídica e do interesse geral da sociedade. Portanto, ele não se reduz apenas a esse aspecto, devendo ser interpretado como abrangente de outros interesses, como o interesse político e o econômico.

Com relação ao posicionamento dos tribunais superiores, o Supremo Tribunal Federal antes do atual CPC já admitia a modulação temporal dos efeitos das suas decisões em sede de jurisdição constitucional desde que fosse constatada a existência de anterior *entendimento jurisprudencial consolidado* e que fosse alterado de forma surpreendente. Esse entendimento tem se mantido mesmo depois da entrada em vigor do CPC atual. Não há, todavia, uma uniformidade sobre o que seria exatamente *entendimento consolidado*.⁴²²

⁴²² Nesse sentido conferir os acórdãos dos seguintes casos: RE 377.457, RE 556.664, MS 26.604, RE 353.657, RE 598.099, RE 630.733, ARE 709.212, RE 522.897, RE 723.651, RE 669.069, RE 593.849, RE 594.015, RE 612.043, RE 602.043 e RE 718.874. Ravi Peixoto analisou detidamente esses casos e chegou às seguintes conclusões: “O único padrão decisório perceptível é a exigência de um entendimento anterior consolidado e que foi superado de forma surpreendente, embora se possa discutir, entre as posições dos ministros, o que efetivamente constituiria um posicionamento consolidado. Não é perceptível uma uniformização do que seria o princípio da segurança jurídica, confiança legítima ou boa-fé objetiva para a Corte. Em geral cada Ministro manifesta sua própria concepção de cada uma das normas, sendo ainda mais comum a sua mera invocação, sem maiores explicações. O que se pode extrair, em caráter mínimo, é que o STF admite a modulação em caso de superação de precedentes, em especial quando ele ocorre no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade de algum dispositivo normativo. (...) Outro aspecto que também é percebido nos precedentes do STF é que, de acordo com o posicionamento do tribunal, a regra é a de que a superação de precedentes detenha eficácia retroativa. Assim, não se fazendo menção, na decisão a

Também no Superior Tribunal de Justiça a modulação de efeitos do julgamento de recursos especiais foi tema recorrente, notadamente nos últimos anos que antecederam a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, quando essa possibilidade passou a ser expressamente admitida pelo § 3º do art. 927. Nesse sentido, a jurisprudência da Segunda Seção pontua, em relação à modulação de efeitos e seus requisitos, que “existindo interesse social e sendo a segurança jurídica necessária, as Cortes Superiores [...] podem fazer uso de tal técnica tanto quando houver a superação de precedente” (REsp 1312736/RS, Segunda Seção, DJe 16/08/2018).

Todavia, até então o entendimento consolidado naquela Corte era no sentido de que *a modulação seria possível somente quando houvesse declaração de inconstitucionalidade de lei*. Existem inúmeros precedentes, todos anteriores ao novo CPC, fixando o entendimento de que “a alteração jurisprudencial, por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei.”⁴²³ Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade era requisito essencial para a modulação de efeitos. Situação interessante ocorreu no EDiv no REsp 738.689⁴²⁴, decidido em 2007, quase uma década antes da vigência do CPC atual, quando houve tentativa de modulação ampla dos efeitos da decisão (em seus aspectos temporais, objetivos e subjetivos), mas a proposta foi rejeitada. Buscava-se naquele processo o reconhecimento do direito ao aproveitamento do crédito-prêmio do IPI, instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei 491/1969. A turma julgadora negou provimento ao recurso especial, mantida assim a improcedência do pedido. Foram interpostos embargos de divergência, ao final também desprovidos. Entretanto, no curso do

qualquer modulação temporal dos efeitos, o novo precedente terá eficácia *ex tunc*.” (PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 340-342).

⁴²³ EDcl nos EDcl no REsp 1.060.210/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 13/08/2014, DJe 08/09/2014. No mesmo sentido: EDcl no AgRg no REsp 666.752/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/04/2008, DJe 14/05/2008; EDcl no REsp 1.234.881/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 9/10/2012, DJe 19/10/2012; EDcl no AgRg nos EAREsp 93.820/PR, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, julgado em 19/06/2013, DJe 26/06/2013; EDcl no REsp 1.129.215/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 18/11/2015, DJe 14/12/2015.

⁴²⁴ STJ, 1ª Seção, EDiv no REsp 738.689, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.10.2007.

julgamento, o Ministro Herman Benjamin pediu vista e propôs a modulação da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/1999, sob o argumento de que até agosto de 2004 a jurisprudência predominante do STJ era no sentido da subsistência do benefício, o que formou para os contribuintes certa “sombra de juridicidade”. Diante disso, seria o caso de proteger a segurança jurídica e a confiança dos contribuintes mediante a limitação dos efeitos retroativos da decisão. Propôs então fixar (a) o limite temporal a partir do qual se afastaria a “sombra de juridicidade” e (b) os tipos de atos e negócios jurídicos realizados pelos contribuintes que deveriam ser resguardados da mudança jurisprudencial. Quanto ao limite temporal, o Min. Herman Benjamin entendeu que a “sombra de juridicidade” deixou de existir quando do julgamento do REsp 591.708, relatado pelo Min. Teori Zavascki, que inaugurou o novo posicionamento daquela Corte, no sentido da extinção do crédito-prêmio do IPI, seja em 1983, seja em 1990, não havendo que se falar a partir dali em expectativa, boa-fé ou confiança legítima dos contribuintes. O marco inicial de irradiação dos efeitos da novel jurisprudência do STJ seria então a data da publicação do acórdão do REsp 591.708 (ou seja, os efeitos da decisão retroagiriam somente até 09.08.2004). Quanto aos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes que deveriam ser resguardados da mudança jurisprudencial, entendeu o Min. Herman Benjamin que a expectativa a ser protegida seria exclusivamente daquelas empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o crédito-prêmio até o referido marco temporal. As pretensões de empresas não deduzidas em juízo não deveriam ser resguardadas. Em voto-vista, o Min. Teori Zavascki opôs-se à proposta de modulação, sob o argumento de que “a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, quando autorizada, é apenas a que diz respeito a normas declaradas inconstitucionais e limita-se aos efeitos de natureza exclusivamente temporal. Aqui, ao contrário, pretende-se modular os efeitos de decisões judiciais, não sobre a inconstitucionalidade da norma, mas sobre a sua revogação, e não apenas em seus aspectos temporais (= eficácia prospectiva às normas revogadas), mas também em seus aspectos subjetivos (= para beneficiar alguns contribuintes, não todos) e em seus aspectos materiais (= para abranger apenas alguns atos e negócios, e não todos).” A maioria dos membros da 1ª Seção aderiu à posição do Min. Teori Zavascki no sentido de rejeitar a modulação. Na ementa do acórdão constou: “Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da lei 9.868/1999, é incabível ao judiciário, sob pena de usurpação da atividade

legislativa, promover a ‘modulação temporal’ das duas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados.” Esse entendimento foi mantido até a vigência do novo CPC. Atualmente, porém, diante da autorização expressa do § 3º do art. 927 do CPC, não caberia mais o fundamento usado para afastar a proposta de modulação.

Já na vigência do atual CPC, o Superior Tribunal de Justiça mudou seu entendimento e aplicou a modulação temporal de efeitos no REsp 1.721.716.⁴²⁵ O mais interessante é que o acórdão recorrido foi proferido antes da entrada em vigor do novo Código e, portanto, em rigor, a regra nova permissiva da modulação não se aplicaria ao caso. Nesse REsp 1.721.716 foi discutido o direito ao recebimento de valor decorrente de seguro de vida na hipótese de falecimento em razão de suicídio ocorrido nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro. A questão acerca da possibilidade ou não da exclusão do pagamento do valor decorrente do seguro de vida por suicídio do segurado foi objeto, no passado, de inúmeras decisões que deram origem aos enunciados de súmula 105 do STF e 61 do STJ. De acordo com esses enunciados, editados antes da vigência do Código Civil de 2002, o seguro de vida deveria cobrir o suicídio não premeditado (súmula 61/STJ⁴²⁶) e mesmo o suicídio do segurado ocorrendo no período contratual de carência não eximiria a seguradora do pagamento do seguro, *salvo se o suicídio tivesse sido premeditado* (súmula 105/STF⁴²⁷). O Código Civil de 2002, na linha da jurisprudência anteriormente consolidada, estabeleceu expressamente, no seu art. 798, que “é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado” (parágrafo único). No entanto, ressaltou a hipótese de que o beneficiário não tem direito ao recebimento do capital estipulado quando o

⁴²⁵ REsp 1.721.716/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019

⁴²⁶ Súmula 61 (cancelada) – “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.” (Súmula 61, Segunda Seção, julgado em 14/10/1992, DJ 20/10/1992, p. 18382).

⁴²⁷ Súmula 105 STF – “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro.” Aprovado na Sessão Plenária de 13-12-1963, portanto, antes da Constituição da República de 1988, período em que este Supremo Tribunal Federal acumulava a competência de guardião da Constituição com a de intérprete da legislação infraconstitucional, tendo esta última competência sido transferida para o Superior Tribunal de Justiça com a sua criação).

segurado se suicida nos dois primeiros anos de vigência do contrato (*caput*). Não obstante essa disposição do *caput* do art. 798 do CC/2002, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a referida disposição “não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária” (REsp 1.077.342⁴²⁸). Com esse entendimento foi reafirmada, mesmo diante da alteração legislativa, a presunção em favor do beneficiário da inexistência de suicídio premeditado nos primeiros dois anos de contrato, mediante atribuição à seguradora do ônus da prova da premeditação, quanto à pretensão de recebimento do valor do seguro. Posteriormente, a partir do julgamento do REsp 1.335.005⁴²⁹, ocorrido em 2015, o STJ modificou inteiramente seu entendimento sobre a questão, ao afirmar que “durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto.” Isto porque o tribunal passou a entender que “o art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação.” Com isso, por outro lado, firmou o entendimento de que após o período de carência de dois anos, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. Em 2018, o STJ consolidou o novo entendimento ao editar o enunciado de súmula 610, segundo o qual “o suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada.” Com a edição desse novo enunciado, o anterior enunciado 61 foi cancelado.⁴³⁰

⁴²⁸ REsp 1077342/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 03/09/2010.

⁴²⁹ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO SEGURO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único). 2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. 3. Recurso especial provido. (REsp 1334005/GO, Segunda Seção, julgado em 08/04/2015, DJe 23/06/2015).

⁴³⁰ A Segunda Seção, na sessão de 25/04/2018, ao apreciar o Projeto de Súmula n. 1.154, determinou o cancelamento da Súmula 61 do STJ (DJe 07/05/2018).

Nesse caso específico do REsp 1.721.716, a sentença julgou procedente o pedido de cobrança do valor do seguro, com fundamento nos enunciados de súmula 61 do STJ e 105 do STF, conforme entendimento consolidado do STJ após a vigência do art. 798 do CC/2002. No entanto, a apelação da seguradora foi provida no Tribunal de Justiça de São Paulo para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido. Isto porque, nesse interregno, houve justamente a mudança de entendimento do STJ a respeito da matéria. Assim, o resultado da apelação levou em consideração a interpretação do art. 798 do CC/2002 em consonância com a nova orientação jurisprudencial do STJ. Discutiu-se então, no recurso especial, se essa nova orientação deveria ou não alcançar o julgamento dessa demanda já em curso. Conforme destacado no voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi, “o propósito recursal consiste em determinar se, na hipótese de mudança de jurisprudência, a nova orientação poderia ser aplicada indiscriminadamente sobre os litígios surgidos durante a vigência do entendimento jurisprudencial anterior, ainda mais sobre aqueles já submetidos ao Poder Judiciário.” Por maioria de votos, vencido apenas o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva⁴³¹, a Terceira Turma deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença que havia julgado o pedido com base na orientação posteriormente superada. A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, aludiu expressamente à teoria da superação prospectiva do precedente (*prospective overruling*), a qual consistiria na atribuição de eficácia *pro futuro* à decisão que implique alteração abrupta da jurisprudência consolidada dos Tribunais, especialmente quando motivada por mudança social, a fim de resguardar expectativas legítimas daqueles que confiaram no direito posteriormente reconhecido como obsoleto. Essa teoria da superação prospectiva teria sido acolhida pelo art. 927, §3º do CPC. Embora a Ministra Nancy Andrighi tenha

⁴³¹ O entendimento do Ministro Cueva foi no sentido de que “eventual alteração de entendimento jurisprudencial tem aplicação imediata aos recursos pendentes de apreciação, alcançando até mesmo aqueles interpostos antes do julgamento que promoveu a estabilização da jurisprudência, já que caracterizada apenas interpretação da norma, e não o estabelecimento de nova regra que se submete ao princípio da irretroatividade ou do *tempus regit actum*.” No mais, o voto vencido do Ministro Cueva foi baseado em circunstâncias específicas da causa, quais sejam, (a) o caso em questão se submeteria às regras do CPC/1973 e antes da vigência do CPC/2015 não cabia modulação de efeitos da decisão que implicava mudança de jurisprudência, salvo em casos excepcionais de declaração de inconstitucionalidade de lei, conforme orientação consolidada da Corte Especial do STJ; e (b) no caso em questão não se poderia alegar confiança legítima em jurisprudência consolidada, pois após a vigência do art. 798 do CC/2002 já havia decisões no STJ no sentido que posteriormente levaria à edição da súmula 610 (o Ministro cita os acórdãos do REsp nº 959.618, REsp nº 1.076.942e AgRg no AREsp nº 45.143).

ressalvado que “a modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido”, ela entendeu ter havido, na hipótese, “inegável a ocorrência de traumática alteração de entendimento desta Corte Superior, o que não pode ocasionar prejuízos para a recorrente, cuja demanda já havia sido julgada procedente em 1º grau de jurisdição de acordo com a jurisprudência anterior do STJ.” E, por isso, aplicou a modulação temporal, para preservar a situação específica objeto dessa causa da eficácia retroativa da mudança do entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão. O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto-vista, acompanhou a relatora, destacando ainda que a técnica da modulação dos efeitos de decisões judiciais não constituiria novidade introduzida pelo novo CPC, pois já era prevista em várias hipóteses de ações constitucionais, sendo largamente utilizada pela jurisprudência do STF. Dessa forma, entendeu que “pode e deve ser utilizada nestes casos de alteração brusca de jurisprudência formada em precedentes qualificados (Recursos Repetitivos, Incidente de Assunção de Competência) mesmo em situações ocorridas anteriormente à vigência do novo CPC.”

Em suma, houve no caso uma modulação dos efeitos do novo entendimento que levou à edição da súmula 610 para dele excluir o caso concreto do REsp 1.721.716 (e demais casos similares), julgado com base no entendimento jurisprudencial anterior. Para tanto, o tribunal entendeu que havia entendimento anterior consolidado, que houve mudança repentina, que tal mudança encontrou o caso concreto já em curso e, portanto, aplicá-la ao caso traria prejuízo para a recorrente, ferindo legítima confiança no entendimento anterior. Por outro lado, embora não tenha justificado a modulação de forma específica no interesse social, o voto condutor do REsp 1.721.716, afirmou que o interesse social é aquele “averiguado pela ponderação entre os princípios fundamentais afetados e aos efeitos que podem decorrer da adoção imediata da orientação mais recente.”

Conclui-se, portanto, que a modulação dos efeitos no caso da superação do precedente (ou ainda diante de qualquer mudança relevante de entendimento

jurisprudencial consolidado) deve ser utilizada de forma excepcional, em hipóteses específicas, uma vez preenchidos os requisitos legais, quais sejam, a preservação da segurança jurídica e do interesse social. A proteção da segurança jurídica é alcançada mediante a preservação da isonomia e da confiança legítima do jurisdicionado. Por outro lado, tutelar o interesse social é evitar prejuízo que transborde do interesse do jurisdicionado no caso concreto, trazendo reflexos para parcela ao menos significativa da sociedade. Em outras palavras, é preciso avaliar o impacto da mudança em relação aos eventuais casos similares. Assim, a modulação pressupõe: (a) alteração de entendimento anterior consolidado (a existência de dissídio jurisprudencial não pacificado afasta o requisito do entendimento consolidado); (b) a existência de confiança legítima do jurisdicionado (se o jurisdicionado tinha como antecipar a mudança de entendimento não há legítima confiança a ser protegida); (c) a existência de prejuízo efetivo provocado pela retroatividade dos efeitos da decisão, seja para a parte ou a sociedade em geral (se a mudança de entendimento não é relevante e não causa impacto para a parte, tampouco para a sociedade, não há porque modular seus efeitos).

3.6. Aspectos processuais da modulação

3.6.1. Requerimento e decisão

A modulação de efeitos constitui dever do julgador, uma vez presentes as circunstâncias determinantes. Trata-se, portanto, de questão de ordem pública, que pode ser suscitada de ofício. Assim, qualquer parte, o *amicus curiae* ou o Ministério Público tem legitimidade para arguí-la.

Ademais, a modulação é questão jurídica autônoma, que não se confunde com a discussão sobre a superação do precedente ou mudança do entendimento consolidado objeto do recurso ou do incidente. Assim, primeiro deve ser julgada a questão da eventual mudança de entendimento, e, depois, se for o caso, uma vez acolhido o novo entendimento, deve ser decidida a questão da modulação. As duas questões podem ser resolvidas em uma mesma decisão ou em decisões separadas. Serão objeto de uma mesma decisão quando o novo entendimento é acolhido, operando-se a mudança ou a superação, e na própria decisão é estabelecida a regra

da modulação. Nesse caso, as questões são decididas em capítulos distintos de uma mesma decisão. Por serem autônomas e formarem capítulos distintos da decisão, mesmo quando decididas ambas as questões em uma mesma decisão, a contagem de votos deve ser feita em separado para cada questão. Assim, por exemplo, o julgador que foi vencido na questão da superação, pode ser vencedor na questão da modulação e vice-versa. Por outro lado, essas questões podem ser resolvidas em separado, ou seja, em decisões diferentes. Isso pode ocorrer em duas situações distintas. A primeira se dá quando o Tribunal nada dispõe sobre a modulação na decisão do recurso ou incidente e, provocado por meio de embargos de declaração, estabelece então a regra em decisão posterior, mas que complementa a decisão anterior. O cabimento dos embargos de declaração se justifica nessa hipótese na medida em que, havendo superação ou mudança de entendimento consolidado e presentes as circunstâncias determinantes da modulação, essa é uma questão que deve ser enfrentada pelo julgador, independentemente de provocação. Se ele não o faz, incide em omissão, passível de correção pela via dos embargos de declaração.⁴³² A decisão em separado pode ocorrer, ainda, excepcionalmente, em processo posterior, quando a questão sobre o comprometimento da segurança jurídica e do interesse social surge apenas diante da situação concreta em outro caso, que não aquele que promoveu a mudança ou a superação. Nessa circunstância, a superação e a modulação dos seus efeitos são estabelecidas em decisões completamente diferentes, em processos distintos. A realização posterior da modulação dos efeitos não é o ideal, pois dificulta a compreensão da eficácia temporal do novo entendimento. Por isso deve ser excepcional. Os tribunais têm o dever de modular sempre que presentes as circunstâncias determinantes. Pode acontecer, no entanto, que no momento do caso originário da superação não se vislumbre ainda a existência dessas circunstâncias, porém, em caso posterior, diante de elementos não analisados no caso originário, essas circunstâncias sejam evidenciadas. Nessa hipótese, não se poderia exigir do tribunal a modulação no processo originário, sendo pertinente sua realização apenas no processo posterior. Assim, não ocorrendo a modulação no caso originário da superação, ela não só pode como deve ser feita em processo posterior, quando for o caso.

⁴³² Nesse sentido dispõe o enunciado nº 76, aprovado na I Jornada de Processo Civil do CJF: “É considerada omissa, para efeitos do cabimento dos embargos de declaração, a decisão que, na superação de precedente, não se manifesta sobre a modulação de efeitos.”

Por fim, é importante notar que, no direito brasileiro, os precedentes podem ser formados não só em relação a questões materiais, mas também processuais. Nada impede assim que os critérios fixados em determinado caso para a modulação dos efeitos da mudança ou da superação formem norma de precedente para casos posteriores similares.

3.6.2. Competência

A competência para a modulação dos efeitos, assim como para o estabelecimento de qualquer outra regra de transição decorrente da superação, com força vinculante, é exclusiva do mesmo órgão competente para a superação. Como observa Marinoni, “haveria contradição em ter poder para elaborar e superar precedente, cujo fim é orientar a sociedade, e não ter poder para tutelar as pessoas que se pautaram em precedente em que era legítimo confiar”.⁴³³ Logo, quem tem poder para promover a superação do precedente tem também para regular seus efeitos. Por outro lado, não cabe a outros órgãos inferiores, na estrutura hierárquica dos tribunais, vinculados ao órgão formador do novo precedente, que supera precedente anterior ou modifica entendimento consolidado, modular os seus efeitos. Somente o órgão prolator da decisão pode fazê-lo.

O § 3º do art. 927 do CPC autoriza a modulação dos efeitos “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos.” Esse dispositivo não deve ser interpretado como autorizador da modulação apenas para os tribunais superiores. Aplica-se aqui tudo o que se falou antes sobre a competência para a superação do precedente. Em regra, são os tribunais superiores que têm a incumbência de formar precedentes e, conseqüentemente, de modificá-los e superá-los e de estabelecer regras de transição, incluindo a modulação, quando for o caso. No entanto, as decisões de tribunais inferiores em incidente de assunção de competência e incidente de resolução de demandas repetitivas podem formar precedente vinculante (art. 927, III, CPC). Basta que não seja interposto recurso da

⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes, cit., p. 264.

decisão proferida nesses incidentes para os tribunais superiores ou não seja ele conhecido, do contrário o precedente será do tribunal superior (art. 987, § 2º, CPC). Além disso, a última palavra a respeito do direito local é dos tribunais inferiores. Nessa hipótese, a decisão dos seus órgãos máximos forma precedente vinculante (art. 927, V, CPC). Nessas situações, a superação do precedente caberá também aos tribunais inferiores, assim como a modulação dos seus efeitos.

Há, no entanto, uma situação excepcional. Imagine-se, por exemplo, que a decisão de superação não teve modulado seus efeitos. Nesse caso, o novo entendimento se aplicaria não só aos casos posteriores, mas também aos casos em curso. Seria possível então a outro juízo, que não o responsável pela edição do precedente revogador, decidir se o caso presente deveria ser julgado com base no entendimento anterior revogado? Se a discussão passa pela análise de circunstâncias específicas que demonstram a necessidade de proteger a confiança legítima da parte do caso presente, parece-nos que a resposta é afirmativa. Foi exatamente o que ocorreu no julgamento do REsp 1.721.716 acima analisado, no qual a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a incidência do entendimento consolidado na súmula 610, que modificou entendimento consolidado daquela Corte sobre a questão do pagamento do seguro, nos dois primeiros anos de contrato, em caso de suicídio. Tal discussão, na verdade, encerra uma distinção em relação ao precedente revogador no que se refere à questão da eficácia da mudança. Há, nesse novo caso, circunstância não enfrentada no precedente revogador, relativa à proteção da confiança legítima da parte do caso novo, que exige decisão diferente acerca dessa questão da eficácia da mudança. Se no precedente revogador tivesse sido decidida a questão da modulação para determinar, por exemplo, a aplicação do novo entendimento às causas em curso, já afastando o argumento da confiança legítima, haveria decisão que inviabilizaria, em princípio, o argumento da distinção nesse novo caso. Note-se, portanto, que a questão no novo caso não é, propriamente, de modulação dos efeitos, mas de afastamento do precedente revogador por meio de distinção. A modulação propriamente dita – regular de forma geral a eficácia do precedente revogador – compete exclusivamente ao órgão formador do precedente.

3.6.3. Quórum

Nem os artigos 23 e 24 da LINDB, nem os parágrafos 3º e 4º do art. 927 do CPC estabelecem quórum para a decisão colegiada sobre a questão da modulação dos efeitos na superação de precedente ou na mudança de entendimento consolidado. Por outro lado, é exigido quórum qualificado de 2/3 para a modulação decorrente da declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle concentrado e abstrato (art. 27 da Lei 9.868/1999 e art. 12 da Lei 9.882/1999), como também para modular os efeitos da edição, modificação ou cancelamento de súmula vinculante (art. 4º da Lei 11.417/2006).

Também não há regra expressa dispondo sobre a modulação no caso do controle difuso de constitucionalidade. No entanto, o STF teve a oportunidade de discutir a exigência do quórum qualificado no controle difuso por ocasião do julgamento do RE 586.453⁴³⁴ e decidiu, por maioria apertada (5x4), pela aplicação por analogia da regra estabelecida para o controle concentrado. A questão, todavia, não parece estar definitivamente resolvida no âmbito do Tribunal, não só pela maioria apertada, mas também pelo próprio teor do acórdão, que não deixa claro o efetivo entendimento da Corte. Naquele caso específico, segundo entendimento manifestado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto, haveria uma “eficácia expansiva” da decisão (eficácia para além das partes) ali proferida pelo plenário a respeito da questão constitucional, em sede de controle difuso, a exigir o quórum qualificado por analogia. No entanto, admitiu que, se não fosse reconhecida essa “eficácia expansiva”, não haveria necessidade do quórum qualificado. A Ministra Ellen Gracie entendeu que deveria ser feita a modulação para que os efeitos da decisão sobre a questão constitucional com repercussão geral fossem limitados aos processos nos quais já houvesse, naquele momento, sentença de mérito. É importante frisar que esse acórdão foi anterior à vigência do atual Código de Processo Civil, que introduziu uma teoria dos precedentes no direito brasileiro, com regras específicas para formação, aplicação e modificação do precedente, inexistentes portanto no momento daquela decisão. De todo modo, a eficácia vinculante do precedente transcende o caso concreto, obrigando os demais órgãos jurisdicionais, tal como já ocorria com a eficácia da repercussão geral antes mesmo

⁴³⁴ STF, Tribunal Pleno, RE 586.453, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, j. 20/02/2013, DJe 05/06/2013.

do novo Código (e que serviu de argumento para a “eficácia expansiva” no referido julgamento). Seria possível então imaginar, em princípio, que o Supremo pudesse fazer um paralelo entre as duas situações – controle difuso e superação de precedentes, nenhum deles com regra expressa sobre quórum para modulação dos efeitos da decisão – para concluir pela aplicação do quórum qualificado para a modulação dos efeitos também na superação de precedente.

É verdade que o tema chegou a ser posteriormente abordado no Supremo, mas ainda não está claro se o quórum qualificado será exigido também para os casos de superação do precedente. No RE 630.733⁴³⁵ a questão foi mencionada de passagem pelo Ministro Gilmar Mendes, que afirmou não incidir o art. 27 da Lei 9.868/1999 na superação de precedentes. Ocorre que no julgamento da questão de mérito restou vencido apenas o Ministro Marco Aurélio e ausente o Ministro Celso de Mello, não havendo, portanto, necessidade nem oportunidade para a discussão sobre o quórum. No RE 353.657 houve também discussão sobre a inaplicabilidade do art. 27 da Lei 9.868/1999 aos casos de virada jurisprudencial. O Ministro Marco Aurélio defendeu a inaplicabilidade, ressaltando que as situações seriam diferentes e, portanto, não comportaria a analogia (o art. 27 teria relação com a presunção de constitucionalidade da lei). Os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Sepúlveda Pertence também se manifestaram pela inaplicabilidade (o art. 27 seria restrito aos casos de declaração de inconstitucionalidade). Todavia, houve controvérsia sobre se a situação envolveria efetivamente superação de precedente. De todo modo, não houve discussão específica sobre o quórum qualificado. O único julgado, até o momento, em que houve expressa discussão sobre o tema foi o RE 377.457.⁴³⁶ Nesse caso, houve requerimento de modulação dos efeitos, mas diante do empate (5x5), concluiu-se, sem maiores considerações, pela negativa por não ter sido alcançado o quórum de 2/3. Foram então apresentados embargos de declaração, sob o argumento de inaplicabilidade do quórum qualificado à superação. A Min. Rosa Weber votou no sentido de conhecer e dar provimento aos embargos. No entanto, ficou vencida por ter prevalecido o voto do Ministro Teori

⁴³⁵ STF, Tribunal Pleno, RE 630.733, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/05/2013, DJe 20/11/2013.

⁴³⁶ STF, Tribunal Pleno, RE 377.457, Rel. Min. Rosa Weber, Rel/Acórdão Min. Teori Zavaski, j. 19/10/2016, DJe 20/06/2017.

Zavascki no sentido de que não haveria omissão, na medida em que o acórdão embargado havia decidido explicitamente pela aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999 (embora, diga-se, sem justificativa) e os embargos de declaração não se prestariam para modificar o acórdão embargado. Ocorre que não houve efetivo enfrentamento da questão da aplicação do quórum qualificado na superação do precedente. Não se encontra nenhum fundamento determinante para essa conclusão. De todo modo, até o momento, pela conclusão desse acórdão, o STF exige quórum de 2/3, muito embora não tenha ocorrido discussão efetiva sobre a aplicabilidade desse quórum qualificado na superação do precedente. Por tais razões não se pode considerar esse acórdão um precedente vinculante sobre a matéria.

Em vista dessas considerações não há como afirmar a existência de entendimento seguro dos tribunais superiores, que possa servir como precedente, muito menos com força vinculante, a respeito da aplicação do quórum qualificado para modulação dos efeitos na superação de precedentes. Ademais, não nos parece correta a tese da aplicação por analogia do art. 27 da Lei 9.868/1999 nem ao controle difuso, nem à superação do precedente.

Primeiramente, os artigos 27 da Lei 9.868/99 e 11 da Lei 9.882/1999 regulam situação específica de *declaração de inconstitucionalidade* de atos normativos no âmbito do *controle concentrado e abstrato de constitucionalidade*.⁴³⁷ Dessa forma, é exigido o quórum qualificado de 2/3 especificamente para a declaração de inconstitucionalidade, quando a questão constitucional é objeto principal de ação direta perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, a eficácia *erga omnes* e vinculante da coisa julgada decorrente da decisão de inconstitucionalidade leva, na prática, ao expurgo da lei inconstitucional do ordenamento jurídico, sem a

⁴³⁷ O artigo 27 da Lei 9.868/1999 é bem específico ao estabelecer que “[a]o declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (grifou-se). No mesmo sentido o art. 11 da Lei 9.882/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (grifou-se).

possibilidade de reversão.⁴³⁸ O quórum qualificado nessa hipótese se justifica como barreira adicional para afastar a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade de modo a valorizar a presunção de constitucionalidade da norma. Tais regras deixam clara a excepcionalidade da modulação diante da situação de inconstitucionalidade da lei, como desestímulo à prática de atos contrários à Constituição.

Na superação do precedente, ocorre uma mudança de entendimento jurisprudencial mediante a formação de um novo precedente que revoga, total ou parcialmente, o precedente anterior. O que está em discussão, portanto, é a tese jurídica aplicada para resolver um caso concreto. Essa situação pode ou não se repetir, se houver um caso posterior similar, quando então deverá ser aplicado o novo entendimento. A modulação dos efeitos aqui se justifica para a proteção da confiança legítima dos jurisdicionados que se encontram em situação similar e pautaram seu comportamento com base no precedente revogado.

Por outro lado, da mesma forma como existe regra expressa para modulação dos efeitos em relação à declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle concentrado e abstrato (artigos 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999), também existe para a modulação dos efeitos da superação de precedente (art. 927, § 3º do CPC). Mas enquanto no primeiro caso há norma expressa estabelecendo o quórum qualificado, no segundo não há essa exigência. Em nossa tradição jurídica nunca houve quórum qualificado para a mudança jurisprudencial. Ao contrário, é recente a preocupação com a estabilidade da jurisprudência e uma maior racionalidade para a modificação de entendimentos jurisprudenciais. A adoção das regras de formação, aplicação e modificação do precedente pelo CPC atual mostra bem isso. E, no âmbito dessas novas regras, não se cogitou da adoção de quórum qualificado para a modulação dos efeitos na superação do precedente. Não se trata, portanto, de omissão, mas de opção. A regra geral do quórum para decisões colegiadas é a da maioria simples. As exceções é que precisam de regramento

⁴³⁸ Ressalvada a hipótese de edição de nova lei com conteúdo idêntico pelo legislador. Nessa hipótese não haveria violação da coisa julgada, mas do precedente constitucional vinculante, que, no entanto, poderia ser superado no julgamento de ação direta posterior tendo como objeto a lei nova de conteúdo idêntico ao da lei anterior declarada inconstitucional no âmbito de ação direta.

específico, como o quórum da maioria absoluta para a decisão de declaração de inconstitucionalidade (cláusula de reserva de plenário) e o quórum qualificado de 2/3 para a decisão de modulação da declaração de inconstitucionalidade.

Em suma, os fundamentos utilizados para a modulação no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e na superação de precedentes são diversos. Além disso, não há omissão em relação ao quórum para a modulação dos efeitos da superação do precedente. Dessa forma, não há espaço para aplicação por analogia dos artigos 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999 para estabelecer quórum qualificado à decisão de modulação dos efeitos da superação de precedente. O quórum é da maioria simples.⁴³⁹

3.6.4. Contraditório

Conforme exposto, a modulação temporal é questão de ordem pública, autônoma em relação à mudança do entendimento consolidado, e necessária, como espécie de regra de transição, para evitar o rompimento abrupta da estabilidade. Dessa forma, não só é passível de conhecimento de ofício, como é dever do tribunal considerá-la, uma vez presentes as circunstâncias que justificam sua adoção. Isso não significa, todavia, que a modulação possa ser imposta com surpresa das partes, sem que elas tenham tido a oportunidade de se manifestar previamente sobre o seu

⁴³⁹ Essa também é a conclusão de Lucas Buril (MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil, cit., p. 473-474). No mesmo sentido, Ravi Peixoto (PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica, cit., p. 442). Ravi Peixoto, no entanto, diferencie a situação da modulação de efeitos no controle concreto (difuso) com e sem superação de precedente. Quando não há superação de precedente na decisão de inconstitucionalidade no controle difuso, não sendo aplicável, portanto, o art 927 § 3º, ele entende que haveria espaço para a analogia e consequente aplicação do quórum qualificado. Discordamos dessa posição, pois no controle difuso a inconstitucionalidade é uma questão prejudicial e não o objeto principal da ação. Portanto, ainda que essa questão venha a ser fundamento determinante e forme precedente vinculante, a lei continuará a fazer parte do ordenamento jurídico, podendo inclusive ser novamente aplicada em caso de superação desse precedente. As situações, portanto, são diferentes, não havendo espaço para a analogia. As regras dos artigos 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999 são excepcionais e devem ser interpretadas restritivamente e aplicadas apenas na hipótese de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do controle concentrado e abstrato. Em sentido contrário, Thomas da Rosa de Bustamante defende a aplicação analógica do art. 27 da Lei 9.868/99 na superação de precedentes, sob o argumento de racionalização da sua aplicação de modo a evitar incoerência. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial, cit., p. 456). No mesmo sentido Roque Antônio Carraza, ao partir do argumento de semelhança entre as situações (CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais: competência dos tribunais superiores para fixá-la – questões conexas, cit., p. 68-70).

cabimento e extensão, quando a sua adoção puder impactar de alguma forma sua posição jurídica. Trata-se de aplicação das regras do contraditório e da vedação da decisão surpresa (arts. 9 e 10 CPC). Em outras palavras, há a necessidade de observância do contraditório prévio e efetivo daqueles que puderem ser afetados pela modulação dos efeitos da decisão que representa mudança do entendimento consolidado. Assim, por exemplo, não se pode estabelecer uma eficácia prospectiva pura, com exclusão da posição da parte no processo em que a mudança é realizada, sem sua prévia manifestação acerca dessa regra de transição.

A necessidade de contraditório prévio e efetivo acerca da questão da modulação ganha ainda um contorno especial quando se está diante de mudança de entendimento consolidado em procedimento de revisão concentrada de precedentes (pedido de revisão em incidente de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivos ou em incidente de assunção de competência), em procedimento de cancelamento ou revisão de enunciado de súmula ou em sede de jurisdição constitucional concentrada, quando estiver em discussão a superação de precedente constitucional. Em todos esses casos há, estritamente, superação do precedente vinculante, o que exige o cuidado especial em relação ao contraditório, conforme exposto linhas acima. Esses mesmos cuidados se aplicam à questão da modulação dos efeitos da superação. Diante da intensidade, amplitude e, portanto, relevância, das consequências da ruptura, a questão relativa à regra de transição deve ser objeto de ampla discussão, inclusive perante a audiência pública e pelos eventuais *amicus curiae*, cuja realização e atuação não devem ficar restritos, portanto, à questão da própria mudança em si, mas também de como operar essa mudança com segurança.

3.6.5. Fundamentação adequada e específica

Como observado em outro trecho deste trabalho, a questão sobre a modificação ou afastamento (seja por distinção ou superação) do precedente para julgamento do caso concreto exige fundamentação adequada e específica, sob pena de nulidade da decisão (§ 4º do art. 927 do CPC). Da mesma forma deve ser exigida a fundamentação adequada e específica para a modulação dos efeitos da decisão que supera, total ou parcialmente, o precedente. Embora a superação e a modulação

dos seus efeitos sejam questões autônomas, na medida em ambas têm objeto distinto e não se confundem, elas estão em certa medida interligadas. Afinal, não há modulação sem superação e a adoção e dimensionamento da modulação dependem da relevância da superação. Assim, a necessidade de fundamentação adequada e específica para a modulação está contida por extensão também na disposição do § 3º do art. 927 do CPC.

Além disso, o art. 23 da LINDB determina que a decisão que estabelece nova orientação geral preveja regime de transição, quando indispensável a fim de que o novo entendimento “seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”. Essa decisão sobre o regime de transição (dentre os quais é incluída a modulação temporal) deve ser motivada, por exigência expressa do § 1º do art. 6º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto no art. 20 ao art. 30 da LINDB. Ademais, conforme disposto no § 2º do referido art. 6º, essa motivação “considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.”⁴⁴⁰ Embora o Decreto 9.830/2019 faça referência expressa à decisão administrativa, o princípio é o mesmo em relação a qualquer ato estatal, incluindo as decisões judiciais formadoras e modificadoras de precedentes. Essa exigência de motivação específica para o regime de transição é o que se denomina aqui de dever de fundamentação adequada e específica existente também em relação à questão da modulação dos efeitos da decisão de superação de precedentes.

⁴⁴⁰ “Art. 6º. A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. § 1º. A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º. § 2º. A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais. § 3º. Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.” Logo em seguida, o artigo 7º dispõe que, quando cabível, o regime de transição preverá: (i) os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários; (ii) as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e (iii) o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido. Embora essa disposição seja direcionada ao processo administrativo, podem servir de base também para o processo judicial, feitas as adaptações necessárias.

Por outro lado, fundamentar de forma adequada e específica a modulação dos efeitos da decisão de superação significa tratar explícita e analiticamente das circunstâncias determinantes da modulação aplicadas ao caso concreto, considerando-se, ainda, a excepcionalidade da sua adoção. Nesse sentido, ficou decidido no REsp 1.721.716: “A modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido.”.

4. Outras formas de transição

O fato de a legislação brasileira não detalhar outras regras de transição além da modulação dos efeitos para a superação de precedentes (tampouco para a mudança em geral de entendimentos jurisprudenciais consolidados) não significa que não se possa conceber e utilizar outras regras de transição.

A autorização já concedida de forma abrangente pelo art. 23 da LINDB é bastante para tanto. Antônio Cabral usa a expressão “compensações sistêmicas para a quebra da estabilidade” para descrever de forma ampla as possibilidades de compensar a quebra da estabilidade e trata as regras de transição como espécie de técnica compensatória que permite a mudança e ao mesmo tempo combate seus efeitos deletérios. Esses mecanismos, segundo ele, funcionam como regra de fechamento sistêmico para o formato da segurança-continuidade.⁴⁴¹ Dessa forma, a modulação dos efeitos seria apenas uma modalidade possível de regras de transição.

Segundo Antônio Cabral seriam modalidades de regras de transição: (a) a *compensação financeira* em favor dos prejudicados pela alteração da

⁴⁴¹ CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo, cit. p. 196.

estabilidade⁴⁴²; (b) a *ajuda de adaptação*⁴⁴³ e (c) a *tutela de preservação dos efeitos do ato estável em caso de anulação ou desfazimento*.⁴⁴⁴ Essa enumeração, todavia, não exaure as hipóteses, sendo possível imaginar outras medidas de transição diante de circunstâncias específicas de cada caso.

⁴⁴² A compensação financeira não impede a mudança, nem substitui as regras pretéritas ou anula o regramento anterior. Já foi usada pelo STF em causas referentes a mudanças em atos administrativos, como por exemplo no RE 330.834-MA, que tratou do caso do capitão do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro que, em função de convite recebido do Estado do Maranhão para ingressar no Corpo de Bombeiros naquela unidade federativa, pediu exoneração do cargo que ocupava. Posteriormente, a sua investidura foi anulada porque não precedida de concurso público. O indivíduo ingressou com ação contra o Estado e o Supremo Tribunal Federal, reformando as decisões das instâncias inferiores, entendeu que, apesar de ser possível a anulação da investidura, deveria haver uma compensação financeira para não impactar o indivíduo com a mudança. A maior discussão em relação a essa técnica é sobre quem deve pagar a indenização.

⁴⁴³ Essa técnica pode assumir vários tipos e formas, dependendo do bem a ser protegido e do âmbito do direito material atingido (como, por exemplo, técnicas de rateio, procedimentos de abatimento, troca e transferência de parcelas da propriedade entre particulares, além da possibilidade de combinação de técnicas compensatórias). Primeiro, não há um único momento compensatório. Além disso, não há um valor previamente estabelecido. Por fim, existe a possibilidade de oferecimento de prestações *in natura*.

⁴⁴⁴ Existem diferentes meios para preservação dos efeitos do ato estável em caso de anulação ou desfazimento: (i) cláusulas de exceção e opção; (ii) preservação de ato ou de seus efeitos (como ocorre na modulação temporal de efeitos da decisão judicial que promove a mudança do entendimento).

Título 6. Meios processuais para promover a superação

1. Considerações iniciais

Conforme exposto, a segurança jurídica no Estado de Direito democrático contemporâneo tem *natureza ambivalente* na medida em que exige, a um só tempo, manutenção e inovação, rigidez e flexibilidade⁴⁴⁵. Dessa ambivalência resulta uma característica essencial ao Direito contemporâneo: a *adaptabilidade*. Nessa perspectiva, a concepção de imutabilidade é substituída pela de estabilidade. Diferente do que ocorre com a imutabilidade, a estabilidade não é avessa à ideia de mudança. Ao contrário, não há estabilidade sem a consideração da possibilidade de mudança, assim como não há mudança possível sem respeito à estabilidade. Vale dizer, o movimento é condição da estabilidade, tal qual um passeio de bicicleta: o ciclista que para cai.⁴⁴⁶ Há, portanto, uma relação recíproca e indissociável, como uma relação simbiótica, entre estabilidade e mudança. Dessa relação deriva também a ligação entre vinculação e superação do precedente. Como também foi dito, se não houvesse possibilidade de superação, as teses jurídicas afirmadas nos precedentes vinculantes ficariam eternamente cristalizadas, diante da impossibilidade de adaptação às mudanças de contexto ou de correção de graves equívocos na sua formação. Tal situação inviabilizaria a evolução do Direito pela via da interpretação jurisdicional, tornando-a dependente unicamente da iniciativa legislativa. Ao cabo, ficaria comprometida a própria segurança jurídica, da qual o precedente é corolário. Por isso, vinculação e superação, tal qual estabilidade e mudança, são como duas faces de uma mesma moeda. Somente há superação onde há vinculação e não se concebe vinculação sem a possibilidade, ainda que excepcional, de superação. Uma não existe sem a outra. Dessa forma, é inconcebível, nos dias de hoje, qualquer sistema jurídico que não esteja aberto para superação de precedentes. Trata-se de mecanismo essencial ao funcionamento de qualquer sistema que trabalha com precedentes vinculantes. Disso decorre que os ordenamentos jurídicos devem prever os requisitos materiais e processuais, bem

⁴⁴⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 183.

⁴⁴⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica, cit., p. 143.

como os meios para superação dos precedentes. Mas ainda que não o façam, o silêncio não pode ser interpretado como impedimento para superação do precedente quando assim as circunstâncias especiais o exigirem. A própria jurisprudência deve fornecer esses mecanismos na ausência de norma específica, como forma de concretização do princípio da segurança jurídica e da própria cláusula do Estado de Direito.

Ademais, na medida em que a superação ocorre pela formação de novo precedente que revoga o anterior, os mecanismos de superação são os mesmos de formação do precedente. Nos países que seguem a tradição do *common law*, assim como qualquer decisão de tribunal superior pode vir a formar precedente, a questão da superação pode surgir em qualquer caso concreto posterior, através da via recursal aos tribunais superiores, formadores do precedente e competentes para promovê-la. Nesses ordenamentos não existem procedimentos específicos para viabilizar a superação.⁴⁴⁷ No ordenamento brasileiro é diferente. Os precedentes vinculantes são formados por três diferentes vias: (a) pela via concentrada autônoma (as decisões proferidas em sede de ação direta de controle de constitucionalidade formam precedentes constitucionais vinculantes⁴⁴⁸); (b) pela via concentrada incidental (as decisões proferidas em determinados incidentes, que viabilizam a escolha de causas-piloto e a concomitante suspensão de processos nos quais é discutida a mesma tese jurídica, formam precedentes vinculantes; são os incidentes de formação concentrada de precedentes⁴⁴⁹) e (c) pela via recursal nos casos concretos (as decisões em caso concreto, desde que proferidas por órgão competente integrante em regra de tribunais superiores, dotadas de determinadas características paradigmáticas, formam precedentes vinculantes⁴⁵⁰). Portanto, a

⁴⁴⁷ SUMMERS, Robert S. and ENG, Svein. Departures from precedent, in MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. Interpreting precedents: a comparative study. London and New York: Routledge, 2016.

⁴⁴⁸ Conforme art. 927, I, do CPC.

⁴⁴⁹ Como ocorre com o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos (art. 927, III, do CPC).

⁴⁵⁰ É o caso das decisões proferidas pelos plenários dos tribunais em recursos ou ações autônomas que formam precedentes vinculantes, ou em outros órgãos que cumprem o papel do pleno como instância máxima dentro do tribunal em determinadas circunstâncias, como ocorre com a Seção no STJ, em relação ao julgamento dos embargos de divergência (art. 927, inciso V, CPC).

superação do precedente pode se dar igualmente (a) pela via concentrada autônoma (*ação direta de superação*); (b) pela via concentrada incidental (*incidente de superação*) e (c) pela via recursal nos casos concretos (*superação pela via recursal*). Não obstante, o direito brasileiro regula de forma expressa apenas a superação no âmbito da via concentrada incidental. Nesse sentido, o artigo 947, §3º, do CPC, prevê a possibilidade de revisão da tese jurídica (norma do precedente) assentada em julgamento de incidente de assunção de competência.⁴⁵¹ Da mesma forma, os artigos 985, inciso II, e 986, do CPC, estabelecem a possibilidade de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas.⁴⁵² A Lei 11.417/2006, por sua vez, também prevê expressamente o procedimento não só para edição dos enunciados da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (que condensam a norma dos precedentes reiterados), como também para sua revisão e cancelamento. Isso não significa que não caiba a superação nos demais casos, mas apenas que não existe previsão expressa, o que demanda esforço maior de interpretação para identificar os meios adequados para promover a superação a partir da interpretação sistemática e da aplicação por analogia desses dispositivos.

Outro ponto importante a ser observado é que essas vias de superação não são exclusivas, vale dizer, não são excludentes de outras vias. Não é porque o precedente foi formado por meio de um dos incidentes de formação concentrada, como por exemplo o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que ele só possa ser “revisado” no âmbito daquele incidente ou mediante instauração de outro incidente da mesma natureza. Não há nada que impeça que um precedente decorrente do julgamento de uma ADC, por exemplo, seja superado mediante decisão em recurso extraordinário (desde que afetada a questão ao plenário, competente para tanto), ou que um precedente oriundo do julgamento de recurso

⁴⁵¹ Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.
(...) § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, *exceto se houver revisão de tese*.

⁴⁵² “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (...) II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, *salvo revisão na forma do art. 986*.”

“Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.”

extraordinário com repercussão geral seja superado por meio de decisão proferida em posterior ADI. Todavia, qualquer que seja o meio pelo qual a questão é submetida, a decisão estará sujeita aos requisitos processuais e materiais específicos da superação já anteriormente analisados.

Por outro lado, mesmo antes do novo CPC, a legislação anterior foi alterada para prever mecanismos de julgamento concentrado de casos repetitivos e com repercussão geral nos tribunais superiores. Foram também criadas, tanto pela legislação quanto pela jurisprudência, barreiras à remessa de recursos aos tribunais superiores que tivessem como objeto as mesmas discussões já pacificadas. O objetivo foi reforçar a observância geral das decisões proferidas sobre essas questões e descongestionar os tribunais superiores. Essas restrições, contudo, provocaram o efeito colateral de praticamente inviabilizar as tentativas de revisão dessas teses pela via recursal. O novo Código, em sua redação original, ao suprimir em parte, o duplo juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, teve o claro intuito de deixar aberta uma via para levar as questões de distinção e superação aos tribunais superiores. Não obstante, as alterações promovidas, ainda na *vacatio legis*, pela Lei nº 13.256, de 2016, restabeleceram as restrições anteriores, inclusive transformando o que era entendimento jurisprudencial defensivo em texto legal. Esses dispositivos transformados, caso interpretados literalmente e de forma isolada, podem inviabilizar qualquer tentativa de superação de precedentes vinculantes pela via recursal, o que seria uma aberração.

A melhor forma de evitar esse risco e deixar tudo bem claro é uma nova mudança legislativa que compatibilize regras capazes de assegurar a observância obrigatória dos precedentes vinculantes e a limitação do acesso às cortes superiores, com a possibilidade de mudanças em certas situações bem definidas, evitando com isso a petrificação do Direito. Não obstante, enquanto a lei não vem, é fundamental interpretar o texto normativo vigente de modo a extrair resultado compatível com um sistema que inclui a observância de precedentes vinculantes e com a ordem constitucional.

2. Superação pela via concentrada autônoma. A “ação direta de superação”.

Como já anteriormente ressaltado, não se pode confundir a eficácia da decisão de controle de constitucionalidade proferida em ação direta com a eficácia do precedente constitucional formado nessas mesmas ações. Enquanto a coisa julgada *erga omnes* e vinculante abrange o dispositivo da decisão proferida na ação direta, a norma do precedente constitucional decorre dos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) dessa decisão. Portanto, uma coisa é a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato normativo objeto da decisão proferida em sede de ação direta. Essa declaração emergente do seu comando, usualmente constante da sua parte dispositiva e coberta pela coisa julgada, constituirá impedimento processual para discussão da questão constitucional idêntica em novas ações diretas sobre o mesmo ato normativo, afetará imediatamente os processos individuais e coletivos em curso e até mesmo poderá dar ensejo a ações rescisórias.⁴⁵³ Outra coisa, bem diferente, são as razões que levaram à declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou seja, os fundamentos determinantes que formam a norma do precedente constitucional, que também emerge dessa decisão, mas com ela não se confunde. Essa norma do precedente constitucional – que nada tem a ver com a coisa julgada,

⁴⁵³ A declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, coberta pela coisa julgada *erga omnes* e vinculante, tem impacto imediato nos processos em curso nos quais esteja em discussão o ato normativo declarado inconstitucional ou constitucional, bem como nos processos findos em relação aos quais ainda houver prazo para desconstituição da coisa julgada através de ação rescisória (art. 525, § 15º c/c art. 975, CPC). Assim, observada a eficácia temporal estabelecida na decisão da ação direta (art. 27 da Lei 9.868/99), podem ser verificadas diferentes situações em relação aos casos concretos nos quais haja ou tenha havido discussão sobre a interpretação e aplicação do ato normativo objeto do controle de constitucionalidade: (a) nos processos em curso na fase de conhecimento, nos quais ainda não haja decisão de mérito transitada em julgado, a solução definitiva do caso deverá observar, como premissa, a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do ato normativo conforme decidido na ação direta; (b) nos processos em fase de cumprimento de sentença, se o título executivo estiver fundado no ato normativo objeto do controle de constitucionalidade, e a decisão da ação direta for anterior ao trânsito em julgado da decisão formadora desse título, a sua exigibilidade deverá ser analisada em função da decisão na ação direta (art. 525, § 14º, CPC); (c) nos casos já decididos, com formação de coisa julgada material posterior ao trânsito em julgado, esta poderá ser desconstituída por meio de ação rescisória, observado o prazo decadencial (art. 525, § 15º c/c art. 975, CPC). Todavia, transcorrido o prazo decadencial de dois anos, haverá coisa soberanamente julgada, insuscetível de desconstituição, ainda que baseada em premissa contrária daquela afirmada em sede de ação direta. Ou seja, a coisa soberanamente julgada é o limite mínimo contra a eficácia retroativa da decisão de controle concentrado de constitucionalidade. Conforme ainda enunciado 58 do FPPC, “as decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13 e art. 535 §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF.”

mas com os fundamentos determinantes da decisão – também tem eficácia vinculante e deverá ser observada em todas e quaisquer ações posteriores nas quais surja questão constitucional similar. Haveria *questão constitucional idêntica* se a discussão fosse a mesma em torno da constitucionalidade do mesmo ato normativo e no mesmo contexto de aplicação (nesse caso a questão seria atingida pela coisa julgada *erga omnes* e vinculante). Diferentemente, existe *questão constitucional similar* quando se discute sobre a constitucionalidade de outro ato normativo, porém semelhante. É o que ocorre, por exemplo, com a discussão sobre a constitucionalidade de ato normativo de um estado com conteúdo igual ou semelhante a de outro que foi declarado inconstitucional em sede de ação direta. Ou com ato normativo novo, mas com o conteúdo total ou parcialmente idêntico ao de ato normativo anteriormente declarado inconstitucional em sede de controle concentrado. O fato de não ser formalmente o mesmo ato normativo – e, portanto, de não haver coisa julgada a respeito – não significa que o tribunal esteja livre para decidir de qualquer forma. Ao contrário, deverá observar o precedente constitucional formado a partir da decisão do caso anterior que versou sobre a questão constitucional similar, como decorrência do dever de autorreferência (nesse caso, a questão é atingida não pela coisa julgada *erga omnes* e vinculante da ação direta anterior, mas pela eficácia vinculante do precedente formado a partir da decisão naquela mesma ação).

Como se pode ver, há uma diferença fundamental entre as duas eficácias: (a) em relação às causas (outras ações diretas ou quaisquer outros processos) que envolvam *questão constitucional idêntica*⁴⁵⁴, isto é, nas quais haja discussão sobre a interpretação e aplicação do mesmo ato normativo objeto da ação direta, haverá impedimento para rediscussão dessa questão constitucional em decorrência da coisa julgada *erga omnes* e vinculante formada na ação direta e (b) em relação às causas que envolvam *questão constitucional similar*, a solução dessa questão deverá resultar da aplicação do precedente vinculante, ou seja, a causa deverá ser resolvida aplicando-se os mesmos fundamentos determinantes usados para a solução da

⁴⁵⁴ Por exemplo, pode haver uma outra ação direta sobre a mesma questão constitucional ou ações individuais ou coletivas que versem sobre qualquer objeto, mas que tenham essa mesma questão constitucional (discussão em torno da interpretação e aplicação do mesmo ato normativo) como questão prejudicial para a decisão de mérito.

questão constitucional objeto da decisão anterior, mediante correlação e identificação da similaridade. Na primeira hipótese, a validade da decisão depende da observância da coisa julgada; na segunda, a validade da decisão depende da observância da norma do precedente.

Outra diferença fundamental entre a coisa julgada constitucional e o precedente constitucional está na possibilidade e nos meios de afastamento. Enquanto a coisa julgada constitucional decorrente das ações diretas não pode ser desconstituída por determinação legal expressa (art. 26 da Lei 9.868/1999), o precedente constitucional decorrente dessas mesmas ações pode ser superado.

Há, no entanto, uma situação peculiar aos precedentes constitucionais formados no âmbito do controle concentrado. Nessas ações diretas não há discussão sobre fatos concretos que suportem a incidência de normas. Em verdade, a discussão envolve a compatibilidade em abstrato entre normas infraconstitucionais e constitucionais. Assim, as normas ocupam o espaço dos fatos na discussão. Não há uma relação jurídica intersubjetiva, mas uma peculiar relação entre normas: a relação de constitucionalidade.⁴⁵⁵ Ou seja, nas ações diretas a relação de constitucionalidade entre normas foi equiparada a uma relação jurídica e o processo deixou de ser subjetivo para tornar-se objetivo. Por outro lado, a relação entre norma infraconstitucional e norma constitucional se prolonga no tempo. Dessa forma, é possível reconhecer uma simetria entre tal relação constitucional e as demais relações jurídicas continuativas ou permanentes. Essa relação entre as normas infraconstitucionais e constitucionais perdura no tempo e pode sofrer influxo de um fato relevante ou de alguma modificação na compreensão jurídica que altere a situação da norma infralegal diante da Constituição.⁴⁵⁶ Há alterações

⁴⁵⁵ Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico de jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126).

⁴⁵⁶ DIDIER JÚNIOR, Didier; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 16 n. 110, Out. 2014/Jan. 2015 p. 577-581.

relevantes na relação continuativa de constitucionalidade quando ocorrem mudanças contextuais de natureza econômica, social, tecnológica ou jurídica, que tenham vínculo direto com a valoração ao menos de uma das normas envolvidas na relação⁴⁵⁷. Assim, uma norma declarada constitucional num ponto da linha temporal pode tornar-se inconstitucional em outro (hipótese de mutação constitucional). Nesses casos em que há mudança contextual relevante, a decisão tomada no contexto anterior não tem autoridade de coisa julgada sobre a relação modificada. Isso porque, como acontece nas relações continuativas de modo geral, o evento relevante altera a própria relação jurídica. Não significa, como já explicado anteriormente, que inexistam coisa julgada nos processos referentes ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, mas apenas que a coisa julgada não alcança a relação de constitucionalidade que sofreu alterações relevantes. No esquema proposto por Didier e Macêdo para ilustrar essa situação, em um *tempo 1*, tem-se a *relação 1*, diante do *contexto x*. Com o *evento relevante y* e a consequente mudança contextual, pode-se divisar um *tempo 2*, no qual não se pode mais falar de *relação 1*. Havendo decisão sobre a *relação 1*, com o *evento y* há nova relação, que por conseguinte não é alcançada pela coisa julgada decorrente daquela decisão anterior e que, portanto, depende de nova decisão.⁴⁵⁸ Como bem observado por Marcelo Neves, “no caso da inconstitucionalidade das leis, o significado contextual desempenha um papel importantíssimo, tendo em vista a vagueza, a ambiguidade e o caráter fortemente ideológico dos termos constitucionais. Num determinado espaço-tempo social, os elementos contextuais podem conduzir a interpretações no sentido da inconstitucionalidade de uma lei, enquanto em outro espaço-tempo social, eles podem implicar-lhe a constitucionalidade.”⁴⁵⁹ Dessa forma, não há

⁴⁵⁷ Como observa Marcelo Neves, “o problema da inconstitucionalidade das leis não implica apenas a interpretação-aplicação de normas constitucionais, exigindo-se a interpretação de normas infraconstitucionais. Assim sendo, do ponto de vista semiótico, apresenta relevância sintático-jurídica, na medida em que se trata de relações entre expressões normativas de níveis hierárquicos diversos numa cadeia normativa. Ou seja, sob o prisma sintático, as normas constitucionais (superiores) e legais (inferiores) encontram-se em relação sintático-jurídica de fundamentação-derivação” (NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988, 135).

⁴⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Didier; MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação nº 4.374/PE Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 16 n. 110, Out. 2014/Jan. 2015 p. 581-583.

⁴⁵⁹ NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988, 139).

óbice para a propositura de nova ação direta para rediscutir a inconstitucionalidade de norma jurídica declarada constitucional em decisão anterior, desde que sejam apresentados elementos distintos que demonstrem a mudança contextual.⁴⁶⁰ Nesse sentido, não há rescindibilidade da decisão anterior, que se mantém íntegra. A decisão na nova ação fará coisa julgada sobre a relação modificada discutida, bem como novo precedente constitucional que revoga o anterior, operando-se assim a superação do precedente. Perceba-se que aqui não há uma questão constitucional idêntica nem similar à anterior, mas uma *questão constitucional nova*.

Diante dessas considerações, ao menos três situações podem levar à revisão ou superação do precedente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: (a) quando é declarada a constitucionalidade de lei ou ato normativo e sobrevém a mudança contextual; (b) quando é editado novo ato normativo de conteúdo idêntico a ato normativo anteriormente declarado inconstitucional e expurgado do ordenamento em outro contexto; (c) quando em vigor no ordenamento jurídico atos normativos formalmente diferentes, embora com o mesmo conteúdo ou conteúdos semelhantes (por exemplo, leis de conteúdo idêntico, mas de Estados ou Municípios diferentes), e um deles tiver sido declarado constitucional ou inconstitucional em outro contexto. Em todas essas situações a decisão anterior sobre a questão constitucional forma precedente que poderá ser revisto diante de mudança contextual.

É verdade que a lei não prevê especificamente a possibilidade de superação do precedente constitucional oriundo das ações diretas. Todavia, como antes ressaltado, tal possibilidade é inerente ao precedente vinculante, pois do contrário haveria estagnação do Direito. Dessa forma, ante a falta de mecanismo típico, a superação pode ocorrer por meio dos recursos e demais instrumentos inerentes à jurisdição constitucional, capazes em tese de levar a discussão da superação ao órgão formador do precedente constitucional. Em quaisquer das situações referidas, a questão constitucional pode ter sido resolvida no Supremo Tribunal Federal

⁴⁶⁰ Como ressaltado por Didier e Macêdo, “a possibilidade de modificação ocorre exclusivamente quando a decisão anterior houver sido no sentido da constitucionalidade da norma. Isso porque a decisão que decreta inconstitucional a norma tem como eficácia a sua exclusão do ordenamento jurídico, o que torna extinta a relação continuada entre as normas.” (ob. cit., p. 584).

através dos instrumentos de controle concentrado (ADI, ADC ou ADPF) ou pelo controle difuso (recurso extraordinário com repercussão geral). Qualquer que tenha sido o meio de formação do precedente constitucional, a questão da superação do precedente constitucional poderá chegar ao Supremo por meio de nova ação direta (nova ADI, ADC ou ADPF) ou através de recurso extraordinário ou mesmo de reclamação. No primeiro caso, a superação ocorre por via concentrada autônoma. Nos demais, ela surge incidentalmente, como fundamento do recurso ou argumento de defesa na reclamação⁴⁶¹.

A superação do precedente por via concentrada autônoma deve observar os requisitos materiais e processuais específicos da superação antes discutidos. Assim, o fundamento da nova ADI, ADC ou ADPF que viabiliza a superação não é a rediscussão da questão constitucional, mas a superação do precedente formado a respeito dessa questão em outro contexto, o que é bem diferente. Significa dizer que o objeto da discussão nessa *ação direta de superação* será a perda da congruência social, o rompimento da consistência sistêmica ou o grave erro na formação (requisitos materiais) que justificam a revogação do precedente constitucional, e não os mesmos fundamentos determinantes que geraram o precedente, embora a discussão da superação pressuponha o diálogo com esses fundamentos determinantes, para estabelecer em que medida estão desgastados pela mudança contextual ou pelo grave erro. Além disso, a *ação direta de superação* está sujeita aos requisitos processuais da competência (a competência para a superação é a mesma para a formação do precedente vinculante), do contraditório qualificado (ampliação da participação mediante a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* e realização de audiências públicas) e fundamentação adequada e específica (em relação aos argumentos que justificam a presença dos requisitos materiais).

Por outro lado, a *ação direta de superação* (nova ADI, ADC ou ADPF com o propósito de promover a superação do precedente formado na ação anterior) também está sujeita aos requisitos específicos das ações diretas, como legitimidade, pertinência temática, hipóteses de cabimento, bem como ao respectivo procedimento, regulado nas Leis 9.868/99 e 9.882/99. Dessa forma, sua propositura

⁴⁶¹ Nesse sentido a Reclamação 4.374/PE (STF, Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 18.04.2013.).

está restrita aos legitimados extraordinários enumerados na lei. Além disso, os legitimados extraordinários especiais deverão demonstrar a pertinência temática entre a tese objeto da superação e sua atuação institucional (requisito dispensado para os legitimados universais). Quanto à decisão, seu comando será coberto pela coisa julgada *erga omnes* e vinculante, como em qualquer ação direta. No entanto, a modulação dos seus efeitos, no que diz respeito ao novo precedente constitucional decorrente dos seus fundamentos determinantes, deve seguir a regra do art. 927, §3º, CPC e não exatamente o art. 27 da Lei 9.868/99 ou art. 11 da Lei 9.882/99. Isso porque, como visto anteriormente, a modulação da decisão declaratória da inconstitucionalidade tem características diferentes da modulação da decisão de modificação ou superação de precedentes.

3. Superação pela via concentrada incidental. O incidente de superação.

O Código de Processo Civil atual criou procedimentos específicos para a formação concentrada de precedentes vinculantes: (a) o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); (b) o incidente de assunção de competência (IAC) e (c) o procedimento para julgamento de recursos repetitivos (REER). É possível incluir ainda nesse rol o incidente de arguição de inconstitucionalidade (IAI), regulado nos arts. 948 a 950 do CPC. Embora não se trate de procedimento novo e sua finalidade inicial esteja relacionada à observância da cláusula de reserva de plenário, que condiciona a declaração de inconstitucionalidade de lei à decisão da maioria absoluta dos membros do plenário ou do órgão especial dos tribunais (art. 97 CF)⁴⁶², o IAI ganhou novos contornos diante do regime de precedentes estabelecido no Código atual. De acordo com o art. 927, V, CPC, as decisões dos plenários ou órgãos especiais dos tribunais formam precedentes vinculantes. É verdade que nem todas têm essa aptidão, sobretudo nos tribunais locais.⁴⁶³ Mas as

⁴⁶² A cláusula de reserva de plenário foi introduzida pela primeira vez na Constituição de 1934 (art. 179) e desde então mantida em todas as Constituições posteriores. O Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu procedimento específico, em forma de incidente, para possibilitar a submissão dessa questão ao plenário ou órgão especial dos tribunais (arts. 480 a 482).

⁴⁶³ No âmbito dos tribunais locais, seus plenários ou órgãos especiais têm competência variada para proferir decisões administrativas, decisões em determinados incidentes (como arguição de suspeição ou impedimento suscitados em face de desembargadores já no âmbito do tribunal), para julgamentos de ações de sua competência originária (ações rescisórias, mandados de segurança, etc). Essas

decisões proferidas no incidente de arguição de inconstitucionalidade, no regime atual, formam precedentes vinculantes.⁴⁶⁴ Existem semelhanças que aproximam esses incidentes, como a formação de precedentes dotados de eficácia vinculante, por meio de procedimentos que permitem a decisão sobre a tese jurídica de forma concentrada e com alto grau de objetivação, dotados ainda de garantias de ampla divulgação e publicidade e de ampliação da participação mediante a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas.⁴⁶⁵ Por essa razão, parte da doutrina vê nesses incidentes um *microsistema de formação concentrada de precedentes vinculantes*, cuja consequência é a dedução de regras comuns, aplicáveis por analogia a todos esses procedimentos.⁴⁶⁶

decisões não formam precedentes vinculantes, na medida em que esses tribunais não têm função de uniformizar entendimentos acerca da legislação federal, função precípua dos tribunais superiores. Assim, no âmbito dos plenários ou órgãos especiais dos tribunais locais somente formam precedentes vinculantes as decisões sobre a interpretação e aplicação de direito local e, excepcionalmente, sobre outras questões, mas nesses casos desde que expressamente autorizadas e proferidas com a observância dos requisitos inerentes à formação de precedentes vinculantes (como por exemplo, a ampla publicidade, a possibilidade de ampliação da participação e debate da questão jurídica), como ocorre no caso dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência e também de arguição de inconstitucionalidade.

⁴⁶⁴ Por isso a divulgação da instauração do IAI deve ser ampla, assim como ocorre com os demais incidentes de formação concentrada de precedentes. Nesse sentido o Enunciado 591 do FPPC: “O tribunal dará ampla publicidade ao acórdão que decidiu pela instauração do incidente de arguição de inconstitucionalidade, incidente de assunção de competência ou incidente de resolução de demandas repetitivas, cabendo, entre outras medidas, sua publicação em seção específica no órgão oficial e indicação clara na página do tribunal na rede mundial de computadores.”

⁴⁶⁵ Mas existem também diferenças. Por exemplo, no IAI o incidente é instaurado para levar a questão constitucional (alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo) para o plenário ou órgão especial competente para apreciá-la por força da regra de reserva de plenário (art. 97 da CF). Uma vez decidida a questão constitucional, o processo retoma seu curso normal perante o órgão fracionário. Há, portanto, uma cisão da competência no julgamento do recurso. Nos demais procedimentos mencionados, há formação de incidente para submeter pedido de julgamento concentrado de determinadas demandas (IRDR) ou de recursos (REER) representativos da controvérsia, como causas ou recursos piloto. Assim, no caso do IRDR e do IAC há, na realidade, deslocamento da competência para julgamento da causa. No REER há uma afetação para julgamento de determinados recursos que envolvem questão idêntica. Mas em todos esses procedimentos a decisão sobre a questão que justificou o acolhimento do incidente constituirá precedente vinculante para os casos posteriores. Em alguns desses procedimentos, estruturados para concentrar o julgamento de questões comuns a casos repetitivos (IRDR e REER), a decisão sobre essa questão será ainda estendida imediatamente para os casos e recursos sobrestados diante do acolhimento do incidente (ou seja, para casos em curso).

⁴⁶⁶ Conforme observam Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr, “há uma unidade e coerência sistêmicas entre o incidente de assunção de competência e o julgamento de casos repetitivos, cumprindo lembrar que o termo “julgamento de casos repetitivos” abrange a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos repetitivos (CPC, art. 928). Em outras palavras, existe um *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*, formado pelo incidente de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Suas respectivas normas intercomunicam-se e formam um microsistema, garantindo-se, assim, unidade e coerência.” (...) O microsistema de formação concentrada de precedentes

Por outro lado, apenas alguns desses procedimentos são estruturados especificamente para solução de questões jurídicas comuns em casos repetitivos (litígios de massa). São o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o procedimento de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (REER). As decisões proferidas nesses procedimentos, no que diz respeito à questão jurídica comum, têm dupla função: vincular os demais órgãos jurisdicionais para solução uniforme dessa questão comum nas causas ou recursos sobrestados (casos repetitivos em curso), mas também vinculá-los para solução de casos posteriores semelhantes. Em relação à primeira função, trata-se de técnica de julgamento concentrado de casos repetitivos (a questão comum é julgada de forma concentrada e a solução é estendida para os casos sobrestados), enquanto em relação à segunda, a técnica é de formação de precedentes.⁴⁶⁷ Diante das características comuns ao IRDR e ao REER, parte da doutrina enxerga haver em relação a esses dois instrumentos um *microssistema de solução de casos repetitivos*, a autorizar um entrecruzamento de regras.⁴⁶⁸

obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição, com qualificação do debate para a formação do precedente, com a exigência de fundamentação reforçada e de ampla publicidade. Além das normas relativas à *formação* do precedente, o referido microssistema compõe-se também das normas concernentes à *aplicação* do precedente.” (in CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo [Coord.]. Comentários ao Novo Código de Processo Civil., cit. p. 1.366). Embora esses autores não o façam, pelas mesmas razões apresentadas, entendo que o incidente de arguição de inconstitucionalidade deve ser incluído nesse microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios ou vinculantes. Por outro lado, é preciso esclarecer que o adjetivo “concentrado” aqui diz respeito à formação de incidente para levar a questão ao órgão competente (no caso específico do IAI, ao plenário ou órgão especial), que decide assim de forma *concentrada* (essa decisão formará precedente obrigatório que será aplicado para solução de casos similares posteriores). Mas ainda assim estamos em sede de controle difuso de constitucionalidade, na medida em que decidida a questão constitucional o processo retoma seu curso no órgão fracionário para decisão da causa (há, portanto, uma cisão da competência em relação à questão constitucional prejudicial ao julgamento da causa). Portanto, a formação concentrada de precedente pode ocorrer no âmbito do controle difuso de constitucionalidade e não se confunde com o controle concentrado de constitucionalidade, exercido por meio de ação direta para discussão da questão constitucional em tese perante o STF (ou órgão especial dos tribunais de justiça quando o parâmetro de controle são as Constituições Estaduais).

⁴⁶⁷ Nesse sentido, confira-se o disposto expressamente no art. 985 do CPC: “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.”

⁴⁶⁸ Nesse sentido o Enunciado 345 do FPPC: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem

Dentre as características comuns, o IAC e o IRDR contêm previsão explícita sobre a possibilidade de *revisão da tese*. Assim, o art. 947, § 3º, prevê que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, *exceto se houver revisão de tese*.”⁴⁶⁹ O art. 985, por sua vez, estabelece que a tese jurídica assentada no julgamento da causa afetada pelo incidente de resolução de demandas repetitivas será aplicada “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, *salvo revisão* na forma do art. 986”⁴⁷⁰, segundo o qual “a *revisão da tese jurídica* firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.” Por outro lado, não existem regras no Código expressamente alusivas à possibilidade de revisão da tese para o REER e o IAI. De todo modo, como o IAC, IRDR e o julgamento de REER são procedimentos estruturados com a finalidade de permitir a formação concentrada de precedentes vinculantes, e o IAI, embora não tenha sido criado com essa finalidade específica, hoje apresenta contornos bastante semelhantes que o aproxima dos demais mecanismos, a possibilidade de revisão da tese lhes é igualmente inerente e as respectivas regras são a todos aplicáveis por analogia.

O Código, todavia, não detalha o procedimento para a revisão da tese decorrente desses incidentes. Somente no IRDR existe regra atribuindo a competência para a revisão ao mesmo tribunal formador do precedente e regra dispondo sobre a legitimidade para seu requerimento (art. 986). Isso deixa ampla

ser interpretadas conjuntamente.” Como esclarecem Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr, “O julgamento de casos repetitivos é gênero de incidentes que possuem natureza híbrida: servem para gerir e julgar casos repetitivos e, também, para formar precedentes obrigatórios. Por isso, esses incidentes pertencem a *dois* microssistemas: o de gestão e julgamento de casos repetitivos e o de formação concentrada de precedentes obrigatórios; o incidente de assunção de competência pertence apenas ao último desses microssistemas.” (*in* CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo [Coord.]. Comentários ao Novo Código de Processo Civil., cit., p. 1.366).

⁴⁶⁹ “Art. 947. (...) § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, *exceto se houver revisão de tese*.”

⁴⁷⁰ “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: (...) II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, *salvo revisão* na forma do art. 986.”

“Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.”

margem para regulação pelos regimentos internos de cada tribunal. Exemplo disso é a Emenda Regimental nº 24, de 28.09.2016, que alterou o Regimento Interno do STJ para adequá-lo ao CPC atual e incluiu uma seção destinada à “Revisão de Entendimento Firmado em Tema Repetitivo” (artigos 256-S a 256-V). Esses artigos estabelecem a iniciativa da revisão do tema repetitivo ao Ministro integrante do órgão julgador ou ao representante do Ministério Público. Regulam ainda o procedimento da revisão, que se fará por meio de questão de ordem.⁴⁷¹ Por outro lado, a ausência de regras explícitas na regulação desses procedimentos no âmbito do Código não significa que haja ampla discricionariedade para regulamentação nos regimentos internos. Existem algumas premissas e regras comuns que devem ser observadas.⁴⁷²

Primeiramente, a expressão *revisão de tese* adotada pelo Código em relação a esses incidentes nada mais é do que a superação do precedente, em relação à qual existem as disposições gerais do art. 927, §§ 2º a 4º do CPC. Na hipótese específica dos casos repetitivos (IRDR e REER) a decisão sobre a questão jurídica comum a esses casos é aplicada imediatamente aos casos em curso sobrestados, mas também constituem precedentes para casos similares futuros. No IAC, embora não existam casos repetitivos (relações jurídicas massificadas), a questão decidida, dada sua relevância, pode aparecer em outros casos (demandas heteromórficas). Em vista disso, a decisão no IAC constitui precedente vinculante para solução desses casos posteriores semelhantes. No IAI ocorre algo similar. A solução da questão constitucional será aplicada para solução do caso concreto, mas constituirá precedente para casos futuros nos quais surja a mesma questão. Dessa forma, a

⁴⁷¹ Segundo o art. 256-S do RISTJ, “É cabível a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo, por proposta de Ministro integrante do respectivo órgão julgador ou de representante do Ministério Público Federal que officie perante o Superior Tribunal de Justiça.” A revisão ocorrerá nos próprios autos do processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos, caso ainda esteja em tramitação, ou será objeto de questão de ordem, independentemente de processo a ela vinculado (§ 1º). De acordo ainda com o art. 256-V, “o Presidente do órgão julgador poderá propor, em questão de ordem, a revisão de entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo para adequação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, em enunciado de súmula vinculante e em incidente de assunção de competência.”

⁴⁷² Nesse sentido, Lucas Buril de Macêdo afirma que “nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência e no procedimento de julgamento de recursos repetitivos é necessário o paralelismo procedimental para a alteração ou a revogação do precedente formado. (Precedentes judiciais e o direito processual civil, cit., p. 513).

superação do precedente nessas situações deve observar o mesmo procedimento, com as mesmas garantias, estabelecido para sua formação, em cada uma dessas hipóteses. A superação do precedente importa na revogação da norma do precedente mediante a formação de novo precedente. Assim, se o precedente foi formado por meio de incidente de formação concentrada de precedente, a revisão da tese nele assentada, ou seja, sua superação, em princípio deve ocorrer também por meio de incidente instaurado para esse fim específico. Em outras palavras, nesses casos, o incidente de revisão de tese ou incidente de superação deve observar as mesmas regras do incidente de formação (IRDR, IAC, REER e IAI). Afinal, o objetivo é formar novo precedente para revogar o anterior. A diferença é que o incidente de superação envolve discussão nova, mais especificamente sobre os requisitos materiais da superação, vale dizer, sobre a existência de perda da congruência social, rompimento da consistência sistêmica ou grave erro na formação do precedente.

A competência para o incidente de superação será sempre do órgão jurisdicional competente para a formação do precedente. Um precedente não pode ser superado por órgão hierarquicamente inferior, sob pena de quebra da vinculação vertical e, conseqüentemente, violação do *stare decisis*. Trata-se, portanto, de requisito processual inerente à superação. Nesse sentido é a regra do art. 986 do CPC, estabelecida para a superação do precedente formado em IRDR, mas extensível à superação de precedentes formados em quaisquer dos mencionados incidentes. Há, no entanto, a necessidade de interpretar corretamente a disposição do art. 986 quando diz que “a revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo *mesmo tribunal*.” Essa referência final ao mesmo tribunal deve ser entendida como ao órgão do tribunal competente para a superação. Assim, se o incidente de formação é da competência do órgão especial, esse mesmo juízo será o competente para a superação. Por outro lado, nada impede que outro tribunal hierarquicamente superior estabeleça tese diferente acerca da mesma questão. Por exemplo, se o Tribunal de Justiça de um Estado firma precedente em julgamento de IRDR, não há vinculação para o Superior Tribunal de Justiça, que, assim, poderá decidir de forma diversa em caso similar afetado à sistemática do REER. Tal decisão se sobrepõe ao precedente local, a menos que a questão envolva direito local, que esteja dentro da esfera de competência constitucional reservada ao Estado-membro.

Quanto à legitimidade para o incidente de superação, algumas observações são necessárias. Em princípio, os mesmos legitimados para a instauração dos incidentes de formação dos precedentes têm também legitimidade para suscitar, incidentalmente, a questão da superação a fim de que seja ela dirimida de forma concentrada. No caso do IAC, o art. 947, § 1º, do CPC prevê que o incidente pode ser proposto de ofício pelo relator ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. No IRDR, o pedido de instauração do incidente, conforme disposto no art. 977, pode ser dirigido ao tribunal pelo juiz ou relator (inciso I), pelas partes (inciso II) ou pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (inciso III). O Art. 986, no entanto, ao tratar especificamente da revisão da tese jurídica firmada no IRDR, estabeleceu que os legitimados para o requerimento seriam aqueles mencionados no art. 977, inciso III, ou seja, o Ministério Público e a Defensoria Pública. No entanto, a menção a esse inciso decorre de claro equívoco ocorrido na tramitação do projeto de lei que deu origem ao Código, não havendo nenhuma razão para a diferenciação entre os legitimados para a instauração do incidente de formação e o de superação do precedente.⁴⁷³ No caso do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (REER), o Código prevê que cabe tanto ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem encaminhar recursos representativos da controvérsia ao tribunal superior para fins de afetação (§1º do art. 1.036), como ao relator no tribunal superior selecioná-los (§5º do art. 1.036), não havendo restrição para que as partes dos próprios recursos ou o Ministério Público como fiscal da lei tomem a iniciativa de provocar a questão. Da mesma forma, no IAI, cabe ao relator submeter a questão ao colegiado, de ofício ou por provocação de qualquer parte ou do Ministério Público. Como se pode ver,

⁴⁷³ Como explica Antônio do Passo Cabral sobre o projeto do CPC atual, “o relatório final aprovado no Senado Federal unia os incisos II e III do art. 977 em um só inciso: “partes, Ministério Público e Defensoria Pública.” A redação final atribuída ao CPC repartiu a legitimidade para solicitar a instauração do IRDR em dois incisos, um para as partes, e outro para MP e Defensoria Pública. Por falta de sistematização, não se corrigiu a referência do art. 986. Antes remetia-se ao inciso II, contemplando todos aqueles sujeitos como legitimados a solicitar a revisão da tese. Agora remete-se ao inciso III, esquecendo-se que a legitimidade fora desdobrada nos incisos II e III do art. 977. O resultado, absurdo, é excluir a legitimidade das partes para requerer a revisão do IRDR. Evidentemente que ou se interpreta que a legitimidade é ampla, para abrangê-las, numa interpretação conforme que resgataria a vontade efetiva do legislador, ou o dispositivo também deve ser considerado inconstitucional.” (Comentários ao Novo Código de Processo Civil, cit, p. 1450). No sentido de interpretar a legitimidade como extensiva também às partes: Aluisio Gonçalves de castro Mendes (Incidente de resolução de demandas repetitivas, cit, p. 249) e Sofia Temer (Incidente de resolução de demandas repetitivas, cit, p. 270).

de forma geral, esses incidentes podem ser suscitados de ofício pelo juízo da causa, pelas partes, através dos seus representantes (inclusive a Defensoria Pública nos casos em que atua), ou pelo Ministério Público, enquanto fiscal da lei. Em suma, o incidente de superação pode ser suscitado de ofício pelo juiz da causa, pelas partes ou pelo Ministério Público. Evidentemente que as partes para a superação não precisam ser as mesmas do incidente de formação. A parte legítima aqui é aquela do caso posterior que tem fundado interesse na discussão da superação do precedente, ou seja, é o titular de relação jurídica (que não é a mesma decidida por ocasião da formação do precedente) que se vê diante da questão comum sobre a qual se formou a tese jurídica agora desgastada por um dos fatores autorizadores da superação.

Além disso, no incidente de superação, qualquer que seja a origem do precedente (IRDR, IAC, REER ou IAI), incidem as mesmas garantias de ampla divulgação e publicidade e de participação ampliada por meio intervenção de *amicus curiae* e realização de audiências públicas previstas para os incidentes de formação. Nesse sentido, existem regras específicas no IAI (art. 950), no IRDR (arts. 979 e 983) no REER (art. 1.038), mas não no IAC. Esse silêncio, contudo, não significa que essas mesmas garantias não sejam aplicáveis a esse incidente. Até porque, além dessas regras específicas sobre a ampliação da participação nesses incidentes, aplica-se a regra geral do art. 927, §2º, segundo o qual “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.” Assim, para o incidente de superação de precedente, qualquer que seja o incidente de sua formação, existe a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* e de realização de audiências públicas.

No incidente de superação do precedente, qualquer que tenha sido o incidente de formação, também estão presentes o dever de fundamentação adequada e específica (art. 927, § 4º) e o dever de estabelecer regras de transição para evitar rupturas abruptas que comprometam a estabilidade da jurisprudência e a confiança dos jurisdicionados (arts. 23 e 24 da LINDB e art. 927, §3º, CPC).

Com relação especificamente à superação de precedentes formados em IRDR e julgamento de REER, não incide o requisito da demonstração da efetiva repetição de processos com a mesma tese estabelecido para incidente de formação (art. 976, I). Basta haver um único processo em que se discute tese relevante capaz de ensejar a superação. O fundamento do incidente de superação é a adequação do direito (restabelecimento da congruência social, da consistência sistêmica ou correção de grave erro) e não a segurança jurídica e a isonomia das causas repetitivas buscadas no incidente de formação.⁴⁷⁴ No incidente de superação, o que está em discussão é o precedente enquanto parâmetro para julgamento de casos posteriores semelhantes e não a solução isonômica almejada no incidente de formação para casos repetitivos sobrestados e a essa altura provavelmente já decididos.

Outro aspecto importante diz respeito à existência ou não de obrigatoriedade na instauração do incidente de superação como única forma de viabilizá-la. Entendo que o incidente de superação é apenas uma das vias adequadas para possibilitar a superação do precedente. O fato de o precedente ter sido formado a partir de algum dos incidentes de formação concentrada de precedentes (IAC, IRDR, REER ou IAI) não significa que a superação só possa se dar através de incidente de superação com as mesmas características do incidente de formação. Por exemplo, uma mesma tese jurídica afirmada no âmbito de um IRDR julgado perante o Tribunal de Justiça pode ser alvo de posterior decisão em recurso repetitivo afetado perante o STJ. Uma questão constitucional pode ser decidida em IAI no âmbito de um tribunal local (no sentido de afirmar a constitucionalidade do ato normativo) e depois ser revista por meio de outro IAI, mas também poderia ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Tal situação ocorre sempre que existe competência concorrente para a formação do precedente vinculante entre tribunais locais e tribunais superiores (por exemplo, competência do tribunal local para formação do precedente por meio de IRDR, IAC ou IAI e competência do tribunal superior para formação do precedente sobre a mesma questão, mas por meio de REER, ação direta, edição de súmula, embargos de divergência e afetação de recursos em geral para decisão pelo pleno ou pela Corte

⁴⁷⁴ Também nesse sentido Lucas Buril de Macêdo (precedentes judiciais e o direito processual civil, cit, p. 514.

Especial). Consequentemente, se a tese foi formada no âmbito do tribunal local, há sempre a possibilidade de ser ela revista tanto no âmbito local, como também no tribunal superior, se houver competência concorrente. Jamais o contrário. Por outro lado, surgindo a questão da superação no próprio tribunal local onde o precedente foi formado, por meio de um desses incidentes (IAC, IRDR ou IAI), então o caminho adequado para a revisão será mesmo o incidente de superação, inclusive por força das garantias inerentes ao procedimento.

É preciso entender ainda que a “revisão da tese” que determina a instauração do incidente de superação não é qualquer revisão ou modificação do precedente, mas apenas aquela que implica superação em sentido estrito, ou seja, onde há revogação da norma do precedente por novo precedente, ainda que parcial, devido à incompatibilidade do novo entendimento com a norma do precedente (que justamente por isso provoca sua revogação, ainda que parcial). Outras mudanças provocadas, por exemplo, por distinções ampliativas ou restritivas, que não implicam a revogação do precedente, mas tão somente o alargamento ou a limitação da sua incidência (mantido o núcleo do precedente), podem e devem ser realizadas por qualquer juízo e independentemente de incidente de superação, sob pena de aprisionamento da criatividade judicial. Como observado anteriormente, essa é uma diferença fundamental entre distinção e superação. Enquanto a distinção é atividade inerente à aplicação do precedente e, por isso, cabe a todo e qualquer órgão judicial, a superação cabe apenas ao órgão competente para a formação do precedente vinculante. Ademais, como também ressaltado, a modificação do entendimento decorrente de alteração da própria lei, não é caso de superação (restrita à revogação por outro precedente), razão pela qual se trata de questão que pode ser dirimida por qualquer órgão judicial e independentemente da formação de incidente de superação.

4. A superação pela via recursal

A superação ocorre pela via recursal quando surge como questão prejudicial para solução do caso concreto a partir do argumento de desgaste que legitimaria o afastamento do precedente vinculante no caso em julgamento. No entanto, como somente em regra os tribunais superiores têm competência para decidir essa

questão, a superação como questão prejudicial para o julgamento do caso concreto é viabilizada por meio de recurso até os tribunais superiores. Dessa forma, ainda que a superação seja deduzida já na inicial ou na contestação, ela constitui questão essencialmente recursal. Como os juízos inferiores estão vinculados pelo precedente, eles não podem dele se afastar, embora possam reconhecer a situação de desgaste, o que fortalece o recurso dessa decisão como meio de superação. Se não houver recurso até o tribunal competente não ocorrerá a superação.

Todavia, diante de restrições impostas por entendimento jurisprudencial defensivo formado ainda na vigência do Código anterior e da falta de clareza da legislação atual, a superação pela via recursal tem encontrado fortes obstáculos no ordenamento brasileiro. Deve-se, portanto, começar pela investigação da origem e dos motivos que levaram à adoção de restrição generalizada de acesso aos tribunais superiores que, hoje, dificulta o tratamento adequado da questão.

4.1. A jurisprudência anterior ao CPC atual restritiva do acesso aos tribunais superiores para rediscussão de teses jurídicas assentadas em julgamento de casos repetitivos ou com repercussão geral

Ainda na vigência do Código anterior, o entendimento consubstanciado no enunciado 727 do STF⁴⁷⁵ sofreu alteração para restringir ao âmbito dos tribunais locais a discussão sobre a aplicação de temas (teses jurídicas) decididos pelo Supremo Tribunal Federal com repercussão geral.⁴⁷⁶ Logo essa diretriz foi também incorporada pelo STJ em relação aos recursos que versavam sobre matéria já decidida em julgamento de recurso especial repetitivo. Assim, por força de construção jurisprudencial, primeiro do STF, seguida depois pelo STJ, reforçada

⁴⁷⁵ Enunciado 727 da Súmula do STF: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais.”

⁴⁷⁶ Nesse sentido: “O entendimento da Súmula do STF nº 727 restou superado com o advento da novel legislação – decorrente da EC nº 45/04 – editada com o escopo de disciplinar a exigência de repercussão geral da matéria constitucional suscitada no âmbito do recurso extraordinário, especialmente os arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.418/06. 3. Agravo regimental não provido.” (Rcl 9.540 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 08.11.2013). No mesmo teor, a Rcl nº 22.269 /RNAgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, DJe de 20/4/16.

ainda por modificações dos regimentos internos dos tribunais inferiores, firmou-se o entendimento no sentido do não cabimento nem da reclamação nem do agravo ao tribunal superior para impugnar decisão do tribunal de origem que negava seguimento a recurso extraordinário com fundamento em tema de repercussão geral julgado pelo STF ou a recurso especial para discutir tese já assentada em julgamento de recurso repetitivo. O recurso cabível contra essa decisão monocrática de inadmissibilidade proferida pela presidência do tribunal de origem seria o agravo interno para seu órgão especial, cuja decisão seria então irrecorrível.⁴⁷⁷ A ideia era de que uma vez pacificada a discussão no tribunal superior, a função de controlar a aplicação do tema ou da tese assentada passaria a ser exclusiva dos tribunais de origem, não cabendo mais recurso ou qualquer outro meio de impugnação ao tribunal superior. O problema é que essa restrição impedia a revisão de eventual interpretação ou aplicação equivocada, pelo tribunal de origem, da tese assentada no tribunal superior, por esse tribunal que assentou a tese. Pior, levada ao extremo essa restrição, ficaria inviabilizada qualquer discussão sobre a distinção ou superação da tese assentada no precedente perante o tribunal competente para sua formação e superação, o que inevitavelmente, em algum momento, levaria à estagnação do Direito.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento, começaram a ser inadmitidos agravos contra decisão do tribunal de origem de inadmissibilidade de recurso extraordinário fundado em tema objeto de repercussão

⁴⁷⁷ “Com fundamento nesses dispositivos [arts. 543-A e 543-B], ainda sob a égide do CPC/1973, a jurisprudência do STF consubstanciada na Súmula 727/STF foi superada no tocante a agravos interpostos contra despachos com que a Corte de origem, aplicando entendimento do STF formado de acordo com a sistemática da repercussão geral, negava seguimento a recurso extraordinário, como no caso dos autos; ficando assentada a ausência de competência do STF para conhecer desses instrumentos, bem como a inadmissibilidade de reclamação com fundamento na usurpação da competência do STF (AI 760.358/SE-QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes e Reclamações 7.569/SP e 7.547/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie), (...). (...) De todos os modos, reforço que o entendimento firmado no AI 760.358/SE-QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes e Reclamações 7.569/SP e 7.547/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie (usado como fundamento para assentar a ausência de usurpação da competência do STF, no caso) não justifica o cancelamento da Súmula 727/STF, uma vez que retrata a flexibilização do enunciado em razão do instituto da repercussão geral, não importando na superação absoluta do comando sumular. O não cabimento da reclamação ou do agravo a esta Suprema Corte para questionar despacho com que a Corte de origem nega seguimento a recurso extraordinário com fundamento em tema de repercussão geral julgado pelo STF é corroborada pelo advento do CPC/2015, com as alterações implementadas pela Lei 13.256/2016, em especial os arts. 1.042, caput, parte final; 1.030, § 2º e 988, § 5º, II.” (Rel 25.105 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 13-12-2016, DJE 34 de 21-2-2017).

geral já decidida, e mesmo reclamações contra essas decisões, para serem convalidados em agravo interno e devolvidos para julgamento nos órgãos especiais dos tribunais de origem. Entre os *leading cases* determinantes para a formação desse entendimento estão as Reclamações 7.569/SP⁴⁷⁸ e 7.547/SP⁴⁷⁹, ambas de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Tais reclamações não foram conhecidas sob o fundamento de que “a jurisdição do Supremo Tribunal Federal somente se inicia com a manutenção, pelo Tribunal de origem, de decisão contrária ao entendimento firmado no julgamento da repercussão geral” e que “fora dessa específica hipótese não há previsão legal de cabimento de recurso ou de outro remédio processual para o Supremo Tribunal Federal”. Não obstante, haveria a “possibilidade de a parte que considerar equivocada a aplicação da repercussão geral interpor agravo interno perante o Tribunal de origem”. Assim, embora não conhecendo a reclamação, a relatora determinou o envio dos autos ao tribunal de origem para seu processamento como agravo interno. No mesmo sentido a QO no AI 760.358/SE, ao reafirmar a inadmissibilidade de agravo de instrumento e de reclamação contra a decisão que aplica entendimento do tribunal superior aos processos múltiplos, destacando ainda que o tribunal de origem não está a exercer competência do STF, mas sim atribuição própria, de modo que a remessa dos autos ao Supremo se justificaria apenas na

⁴⁷⁸ Rcl. 7.569/SP, STF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 19.11.2009, DJE 232 de 10.12.2009.

⁴⁷⁹ Rcl 7.547/SP, STF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 19.11.2009, DJE 232 de 10.12.2009.

hipótese de expressa negativa de retratação.⁴⁸⁰ Ainda nessa linha as Reclamações 11.187⁴⁸¹ e 22.284.⁴⁸²

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça também se consolidou nessa mesma direção, ou seja, no sentido do não cabimento do agravo do artigo 544 do CPC/73, mas de agravo interno nas hipóteses nas quais a decisão de inadmissibilidade do recurso se fundamentar na coincidência do acórdão recorrido com orientação adotada pelo tribunal superior em recurso representativo da controvérsia. Na QO no AI 1.154.599/SP, que constitui o *leading case* sobre a

⁴⁸⁰ EMENTA: Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem. (AI 760358 QO/SE, STF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19.11.2009, DJe 027 de 12.02.2010).

⁴⁸¹ Do voto condutor da Rcl 11.187 extrai-se o seguinte trecho: “Registro, ainda, que a Súmula 727 deste Tribunal foi flexibilizada pelo instituto da repercussão geral, conforme estabelece o art. 328-A, § 1º, do RISTF. Assim, os agravos de instrumentos interpostos das decisões que inadmitiram recursos extraordinários já sujeitos ao requisito legal da repercussão geral podem ser sobrestados, inadmitidos, julgados prejudicados ou provocar juízo de retratação (art. 543-B do CPC), quando relativos aos assuntos apreciados pelo regime da repercussão geral. (Rcl 11.187, ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30-6-2011, DJe 191 de 5-10-2011).

⁴⁸² Veja-se o seguinte trecho da ementa, que bem resume o entendimento reafirmado nessa Rcl 22.284, ainda anterior ao início da vigência do novo CPC: “1. O Plenário desta Corte assentou o entendimento de que a negativa de seguimento do recurso extraordinário, pelo Juízo de origem, com base na sistemática da repercussão geral não é impugnável pelo agravo do art. 544 do CPC, nem por reclamação. 2. Na sistemática da repercussão geral pela instância a quo, admite-se a remessa do recurso ao STF unicamente quando, julgado o mérito do *leading case*, o Órgão de origem recusa a retratar-se para adequar o acórdão recorrido à orientação desta Corte. Em todas as demais situações, qualquer irresignação manifestada pela parte contra a aplicação dos arts. 543-A, § 5º, e 543-B do CPC – seja no caso do § 2º, seja no caso do § 3º – deverá ser apreciada no âmbito do próprio Tribunal/Juízo a quo, por meio de agravo interno. 3. Essa diretriz é aplicável aos casos em que a fundamentação da inadmissão do extraordinário esteja amparada em precedente do STF formado sob a sistemática da repercussão geral, seja indicando a inexistência da relevância da matéria, seja reconhecendo-a e pronunciando-se acerca do mérito em sentido contrário ao pretendido pela parte recorrente. Independentemente do modo como a instância de origem obsta a admissão do recurso extraordinário (negando-lhe seguimento, inadmitindo-o, não o conhecendo, julgando-o prejudicado ou inferindo-o liminarmente), não caberá nenhuma forma de impugnação a esta Corte se a decisão tiver por fundamento precedente do STF julgado sob o rito da repercussão geral. 4. Observadas essas condições, a orientação não representa desrespeito à Súmula 727. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 22.284, AgR, rel. Min. Teori Zavascki, 2ª T, j. 17-11-2015, DJe 242 de 1º-12-2015).

matéria no STJ, o relator não conheceu do agravo ao tribunal superior, por entendê-lo incabível. Com o pedido de vista foi suscitada questão de ordem perante a Corte Especial que, por maioria, nos termos do voto do relator, acolheu a questão de ordem, para decidir que não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543-C, §7º, I, do CPC/73. Na fundamentação foi destacado que “a norma do artigo 544 do Código de Processo Civil [1973], editada em outro momento do poder judiciário, deve ser interpretada restritivamente, incidindo, apenas, nos casos para os quais o agravo de instrumento respectivo foi criado, ou seja, nas hipóteses em que o órgão judicante do Tribunal de origem tenha apreciado efetivamente os requisitos de admissibilidade do recurso especial.” E prossegue o relator, afirmando que “o exame dos mencionados pressupostos recursais, sem dúvida, não alcança a norma do inciso I do §7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil [1973]. Nesse dispositivo, o apelo extremo tem seguimento negado com base no julgamento de mérito de apelo que serviu de paradigma ou, como dispõe a própria lei, de “recurso representativo da controvérsia” (§1º do mesmo dispositivo). Antecipa-se, enfim, no eleito recurso representativo, o resultado dos futuros recursos que cuidarem de matéria idêntica. O momento da Lei nº 11.672/2008, que criou o recurso repetitivo nesta Corte, é incompatível com o momento em que concebido o agravo de instrumento do artigo 544 (...)”⁴⁸³ Firmado esse entendimento na Corte Especial, seguiram-se inúmeros outros julgados na mesma linha. A título ilustrativo, cite-se o AgRg no AREsp 470.492, que tratou também da interposição do agravo do art. 544 contra decisão que obsteu a subida do recurso especial. Na fundamentação do acórdão foi aduzido que o único recurso contra o indeferimento de subida de recursos excepcionais é o agravo regimental [agravo interno] perante o tribunal de origem e acrescenta que mantida a inviolabilidade de admissão do recurso, o pronunciamento se tornará irrecorrível.⁴⁸⁴ Também o AgRg no AgRg no AREsp 457.074/SP, no qual é reafirmado que o STJ “assentou o entendimento de que não cabe agravo (CPC, art. 544) contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543-

⁴⁸³ QO no AI 1.154.599/SP, STJ, Corte Especial, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011, DJe 11.05.2011.

⁴⁸⁴ AgRg no AREsp 470.492, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 25.03.2014, DJe 28.03.2014.

C, §7º, I, do CPC, podendo a parte interessada manejar agravo interno ou regimental na origem”.⁴⁸⁵ Uma vez consolidada essa tese, o STJ passou, inclusive, a considerar erro grosseiro a interposição do agravo do art. 544 ou de reclamação na hipótese de inadmissibilidade de recurso especial na origem fundado em tese contrária àquela assentada em julgamento de recurso representativo da controvérsia. Dessa forma, os agravos interpostos antes de 12.5.2011, data da publicação da QO no AG nº 1.154.599 - SP, deveriam ser devolvidos para instância de origem e julgados como agravo interno contra a decisão de inadmissibilidade da presidência. Já os agravos interpostos depois daquela data seriam simplesmente inadmitidos por erro grosseiro. Nesse sentido serve de exemplo o EDcl no AREsp 496.947.⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ AgRg no AgRg no AREsp 457.074/SP, STJ, 2ª. Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 17.12.2015.

⁴⁸⁶ Ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 543-C, § 7º, I, DO CPC. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ERRO GROSSEIRO. QUESTÃO DE ORDEM NO AG 1.154.599/SP. PRECEDENTES DO STJ.

1. Consoante a jurisprudência do STJ, decidido o tema em sede de recurso representativo da controvérsia e inadmitido o recurso especial pelo Tribunal de Origem com base na aplicação do art. 543-C, do CPC, é incabível o agravo em recurso especial, ainda que sob o fundamento de que o Tribunal de Origem não efetuou a correta apreciação do recurso especial representativo da controvérsia. Precedente: QO no AG nº 1.154.599 - SP, Corte Especial, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 16.02.2011 e publicado em 12.5.2011.

2. Em tal situação, se o agravo contra a inadmissibilidade do recurso foi interposto antes de 12.5.2011, data da publicação da QO no AG nº 1.154.599 - SP, o agravo deve ser devolvido para instância de origem e julgado como agravo interno contra a decisão de inadmissibilidade da presidência. O recurso interposto a partir dessa data deve ser simplesmente não conhecido por caracterizar erro grosseiro. Interpretação da AI n. 760.358 QO / SE, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.11.2009. Precedentes.

3. Nesse passo, consoante a iterativa e firme jurisprudência do STF, aplicável por analogia ao recurso especial, "APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO PREVISTO NO ARTIGO 544 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. CABIMENTO SOMENTE PARA OS RECURSOS INTERPOSTOS ANTES DE 19/11/2009. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO". (ARE 840475 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 12-08-2015 PUBLIC 13-08-2015).

4. A recorrente não poderia ter interposto dois recursos em face da mesma decisão, sob pena de violação ao princípio da unirrecorribilidade. Ora, cabendo, no âmbito da instância ordinária, a interposição de recurso ordinário (agravo interno), evidentemente a admissão de acesso imediato à instância excepcional representaria inequívoca afronta e inversão de toda a lógica do sistema recursal, trivializando o acesso a esta Corte de superposição, em prejuízo dos jurisdicionados, da celeridade processual e do próprio fundamento do recurso especial.

5. O agravo que objetiva conferir trânsito ao recurso especial obstado na origem reclama, como requisito objetivo de admissibilidade, a impugnação específica aos fundamentos utilizados para a negativa de seguimento do apelo extremo, consoante expressa previsão contida no art. 544, § 4º, inc. I, do CPC, ônus da qual não se desincumbiu a parte insurgente.

6. A admissão de que pudesse ficar ao talante da recorrente manejar imediatamente agravo em recurso especial, quando pendente matéria que deve ser impugnada via agravo interno junto ao Tribunal de origem, significaria admitir que permanecesse sem adequada impugnação fundamento que ensejou a inadmissão do recurso especial.

É interessante notar que, no julgamento do mencionado *leading case* da QO no AI 1.154.599/SP, o Ministro Teori Zavascki, após pedido de vista, votou contra o acolhimento da questão de ordem, ficando assim vencido, por entender que “ao instituir o regime especial de julgamento de recursos especiais repetitivos, não criou restrição ao regime constitucional de cabimento de recursos ao STJ nem modificou os requisitos legais de admissibilidade dos recursos sobre matéria idêntica.” Para o Min. Teori Zavascki, a tese defendida na questão de ordem chancelaria, indiretamente, o não cabimento do próprio recurso especial, na medida em que “seria irrecorrível, para o STJ, o acórdão ou decisão do tribunal local cuja orientação coincidir com a do precedente do STJ”, ou seja, tal precedente seria imutável, o que não seria aceitável. Assim, inobstante as consequências positivas desse entendimento para a redução da carga de recursos dirigidos ao STJ, ela esbarraria em empecilhos de ordem jurídica. Nas palavras do Ministro Teori, “negando-se acesso ao STJ, em casos tais, o que se faz, na prática, é conferir aos precedentes julgados pelo regime do art. 543-C não apenas efeito vinculante *ultra partes*, mas também um caráter de absoluta imutabilidade, eis que não subsistiria, no sistema processual, outro meio adequado para provocar eventual revisão do julgado. Essa deficiência não seria compatível com nosso sistema, nem com qualquer outro sistema de direito. Mesmo os sistemas que cultuam rigorosamente a força vinculante dos precedentes judiciais admitem iniciativas dos jurisdicionados tendentes a modificar a orientação anterior, especialmente em face de novos fundamentos jurídicos ou de novas circunstâncias de fato. É que a eficácia das decisões judiciais está necessariamente subordinada à cláusula *rebus sic stantibus*, comportando revisão sempre que houver modificação no estado de fato ou direito.”⁴⁸⁷ Como se vê, o Ministro Teori Zavascki, mesmo antes da introdução das regras de formação, aplicação e modificação de precedentes vinculantes pelo novo CPC, já anteviu o risco de estagnação provocado pela restrição de acesso aos tribunais superiores diante da interpretação conferida para a técnica de julgamento de casos repetitivos ou com repercussão geral.

7. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no AREsp 496947/SC, STJ, 4ª. Turma, Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.09.2015, DJe 16/09/2015).

⁴⁸⁷ QO no AI 1.154.599/SP, STJ, Corte Especial, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2011, DJe 11.05.2011.

4.2. O regime do CPC conforme o texto original e as alterações da Lei nº 13.256/2016

O Código de Processo Civil de 2015, no texto original, alterou a regra anterior sobre o exame de admissibilidade dos recursos excepcionais nos tribunais de origem (art. 1.030, parágrafo único). Como regra geral, após a interposição e a resposta dos recursos especial e extraordinário no tribunal de origem, o processo seria remetido imediatamente para o respectivo tribunal superior, independentemente do juízo de admissibilidade. No entanto, foram mantidas algumas situações de inadmissibilidade pelo tribunal de origem e, consequentemente, de cabimento do agravo para o respectivo tribunal superior (art. 1.042), nova versão do antigo agravo contra decisão denegatória de recursos extraordinários ou especiais (regulado no art. 544 do CPC/73). Tais situações excepcionais eram encontradas nos incisos I a III do art. 1.042, na versão original do Código, ao serem previstas as hipóteses de cabimento do agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial ou extraordinário na origem, com possibilidade de retratação: (a) o exame da intempestividade de recurso especial ou extraordinário sobrestado em razão da afetação de recursos representativos da mesma controvérsia para julgamento como recurso repetitivo, a requerimento do interessado (art. 1.035, §6º e art. 1.036, §2º); (b) o exame da admissibilidade do recurso especial ou extraordinário pelo fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do tribunal superior (art. 1.040, I) e (c) o exame da admissibilidade do recurso extraordinário pelo fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional discutida (art. 1.035, §8º e art. 1.039, parágrafo único). No caso do inciso I do art. 1.042, o objetivo foi possibilitar o imediato reconhecimento da inadmissibilidade do recurso especial ou extraordinário intempestivo, sem necessidade de aguardar o julgamento do recurso paradigma no tribunal superior. Nas demais hipóteses, dos incisos II e III do art. 1.042, o intuito foi claramente o de evitar a subida aos tribunais superiores de questões cuja entendimento já fora assentado nas instâncias superiores, permitindo-se apenas o seguimento daqueles recursos que veiculassem questões novas. Exatamente por isso foi estabelecido, como requisito do agravo aos tribunais superiores contra a decisão de

inadmissibilidade, fundado nos incisos II e III, a demonstração pelo agravante, sob pena de não conhecimento, da distinção do caso ou da justificação da superação do entendimento (art. 1.042, §1º).⁴⁸⁸

Como se pode ver, o texto original do CPC/2015 previa regimes de admissibilidade diferenciados, separando nitidamente, de um lado, os casos de recursos especial e extraordinário que versavam sobre questões repetitivas ou dotadas de repercussão geral já decididas pelos tribunais superiores e, de outro, os recursos especial e extraordinário que tinham como objeto questões singulares, ou mesmo repetitivas ou com repercussão geral ainda não enfrentadas pelos tribunais superiores. Para os primeiros haveria juízo de admissibilidade na instância de origem, de modo a barrar a subida aos tribunais superiores; para os demais, que versavam sobre questões novas, incluindo as hipóteses de distinção e superação de precedentes, a admissibilidade deveria ser direta nos tribunais superiores.⁴⁸⁹

Diante da preocupação de setores do Judiciário em diminuir substancialmente a quantidade de recursos para serem julgados nos tribunais superiores, houve enorme pressão para retornar à regra geral anterior do duplo juízo de admissibilidade. Foi então editada a Lei nº 13.256/2016 que, dentre outras alterações, restabeleceu o juízo de admissibilidade no tribunal de origem para todas

⁴⁸⁸ Embora o art. 1.042, §1º, II, fizesse referência expressa apenas à distinção, a doutrina já interpretava essa regra como abrangente também da superação. Nesse sentido, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Sofia Temer, nos comentários a esse dispositivo, aduziam que “nas demais hipóteses (incisos II e III), o agravo passa a ser destinado às situações em que, a despeito de não haver controle de admissibilidade como regra no órgão *a quo*, este inadmitir o recurso, seja por verificar que a decisão recorrida está em conformidade com entendimento adotado em julgamento de recursos repetitivos (art. 1.042, II), seja por constatar ausência de repercussão geral do tema, assim declarado pelo STF (art. 1.042, III). Nesses casos, incumbirá ao recorrente comprovar de forma expressa a distinção do caso ou a superação da tese, com a finalidade de possibilitar o prosseguimento de seu recurso.” (*in* CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo [Coord.]. Comentários ao Novo Código de Processo Civil., cit., p. 1.538).

⁴⁸⁹ Essa significativa mudança no regime de admissibilidade dos recursos excepcionais foi destacada nos enunciados 226 e 227 do FPPC. O Enunciado 226 dizia que “*Fica superado o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no AI 760.358 após a entrada em vigor do CPC*”. O enunciado 227, na mesma linha, propunha: “*Fica superado o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Questão de Ordem no Ag 1.154.599/SP*.” Ou seja, tais enunciados afastavam o entendimento jurisprudencial que havia se consolidado no sentido de barrar a subida de todo e qualquer recurso que versasse sobre questão repetitiva ou com repercussão geral já julgada nos tribunais superiores, na medida em que era preciso separar as situações que envolviam distinção e superação (ou seja, questão nova) da vala comum da mera repetição da discussão de questões já decididas. Não obstante, entendeu-se pelo cancelamento desses enunciados diante do advento da Lei nº 13.256/2016.

as hipóteses de recursos excepcionais. Além disso, essa lei positivou o entendimento jurisprudencial de que, nas hipóteses de decisão da presidência do tribunal de origem que nega seguimento aos recursos excepcionais, sob fundamento de que se trata de recurso extraordinário contrário a entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral, ou de recurso especial ou extraordinário contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (nova regra do art. 1.030, I, alíneas a e b), o recurso cabível não é mais o agravo para os tribunais superiores (novo art. 1.042, §2º) e, sim, o agravo interno para o órgão especial do próprio tribunal de origem (art. 1.030, §2º). Com isso positivou-se o entendimento jurisprudencial defensivo anterior ao novo Código. O mais grave é que foram revogadas as regras dos incisos II e III, bem como o §1º do art. 1.042. Com isso, foi suprimida a regra que reconhecia a necessidade do seguimento do recurso especial ou extraordinário para levar as questões de distinção e superação de precedente aos tribunais superiores.

Embora fosse legítima a preocupação em descongestionar os tribunais superiores, houve evidente retrocesso quanto à necessidade de se deixar uma via aberta para a modificação dos precedentes em situações excepcionais. Embora estejam mantidas as regras gerais que asseguram a distinção e a superação de precedentes e, de forma mais ampla, a mudança de entendimentos consolidados (art. 489, §1º, VI, e art.927, §§ 2º a 4º), a supressão do agravo aos tribunais superiores nas hipóteses específicas de recursos excepcionais que versam sobre distinção e superação de precedente, diante do histórico entendimento restritivo desses tribunais, provoca sério risco de estagnação do Direito.

4.3. O entendimento atual dos tribunais superiores

Na vigência do CPC atual, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.256/2016, o Supremo Tribunal Federal manteve de forma geral seu entendimento anterior. No julgamento do AgRg na Rcl 24.885/SP, o relator Ministro Luiz Fux destacou que a orientação anterior do tribunal “foi positivada no Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê, como instrumento processual

adequado para corrigir supostos equívocos na aplicação do instituto da repercussão geral, a interposição de agravo interno perante o próprio tribunal de origem (art. 1.035, §7º, do CPC/15).” Ressaltou, ainda, “que a única hipótese de remessa de recurso ao STF é a prevista no artigo 1.030, V, alínea *c*, do CPC/2015, que reproduz o que determinava o artigo 543-B, §4º, CPC/1973, qual seja, aquela em que o tribunal de origem, recusando-se a se retratar, mantém posição contrária ao entendimento firmado pelo STF em sede de repercussão geral”.⁴⁹⁰ Sob tais fundamentos, foi desprovido o agravo interno interposto contra a decisão monocrática que havia negado seguimento à reclamação.

O mesmo resultado teve o julgamento do AgRg na Rcl 25.078/SP, com semelhante fundamentação no sentido de que o entendimento que vigorava no CPC anterior se mantém no atual, ou seja, de que segundo o artigo 1.042, *caput*, não cabe agravo em recurso extraordinário contra decisão do órgão de origem que aplica entendimento do STF firmado em sede de repercussão geral.⁴⁹¹ Também nessa linha, cabe citar o acórdão proferido AgRg na Rcl 28.605. A nota distintiva desses acórdãos é que neles foi afirmado que a reclamação poderia ser usada para a superação. O Min. Dias Toffoli, relator de ambos os acórdãos, embora negando

⁴⁹⁰ AgRg na Rcl 24.885/SP, STF, 1ª Turma, relator Min. Luiz Fux, j. 25.04.2017, DJe 175 de 08.08.2017. Na mesma linha o AgRg na Rcl 24.145/SC, STF, 1ª Turma, relator Min. Edson Fachin, j. 07.10.2016, DJe 227 de 24.10.2016. Também o AgRg no ARE 1.003.037/PA, STF, 2ª Turma, relator Min. Celso de Mello, j. 19.05.2017, DJe 125 de 12.06.2017.

⁴⁹¹ “Agravo regimental na reclamação. Negativa de seguimento a recurso extraordinário com fundamento no Tema nº 660 de repercussão geral (ARE nº 748371/MT-RG). Recurso extraordinário com agravo. Não conhecimento pelo Tribunal *a quo*. Ausência de usurpação de competência do STF. Artigo 1.042, *caput*, parte final, do CPC/15. Agravo regimental não provido. 1. Não cabe recurso de agravo contra decisão com que o órgão de origem, fundado em entendimento firmado em regime de repercussão geral, não admite recurso extraordinário (CPC/15, art. 1.042, *caput*, parte final). 2. Compete ao órgão colegiado ao qual pertence o juízo prolator do despacho de inadmissibilidade de recurso extraordinário na origem (CPC-2015, art. 1.021, *caput*) proceder, em sede de agravo interno, à análise de adequação entre o teor do provimento concedido pelo órgão de origem acerca do tema constitucional destacado no recurso extraordinário e a tese de repercussão geral firmada pela Suprema Corte (CPC/2015, art. 1.029, §1º c/c o art. 1.030, § 2º). 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg na Rcl 25.078/SP, STF, 2ª Turma, Min. Dias Toffoli, j. 13.12.2016, DJe 34 de 20.02.2017). No entanto, o relator admitiu em tese o cabimento da reclamação diante da superação ao dizer: “Ademais, ainda que houvesse falar em *erronia da decisão recorrida, inaplicabilidade da tese de repercussão geral ou superação do precedente*, caberia ao reclamante promover a distinção no órgão a quo para, acaso negado provimento ao agravo interno e efetivamente demonstrado o fundamento de admissibilidade da reclamação constitucional, instaurar-se, de forma válida, a competência originária desta Suprema Corte em sede reclamatória; não se valer da presente reclamação como atalho processual ou sucedâneo do recurso previsto no §2º do art. 1.030 do Novo CPC”.

seguimento à reclamação, pontuou no julgamento da AgRg na Rcl 28.605: “Tenho assentado que, muito embora a jurisprudência desta Suprema Corte tenha se firmado no sentido de que o agravo dirigido ao Supremo Tribunal Federal, bem como a reclamação constitucional ajuizada originariamente nesta Corte, não são o meio adequado para a parte questionar decisão de Tribunal a quo mediante a qual se julga prejudicado recurso aplicando a sistemática da repercussão geral (AI no 760.358/SE- QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes e Reclamações 7.569/SP e 7.547/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie), *em casos excepcionais*, a reclamatória exsurge como instrumento de promoção do diálogo, nesta Suprema Corte, entre o caso concreto e os precedentes obrigatórios, cuja admissibilidade está condicionada à efetiva demonstração de a) desrespeito à autoridade da decisão do STF, porquanto configurada errônea na aplicação do entendimento vinculante a evidenciar teratologia da decisão reclamada; ou b) usurpação da competência do STF, pois existente, i) no caso concreto, peculiaridades que impossibilitam a aplicação adequada da norma de interpretação extraída do precedente (*distinguishing*) a demandar pronunciamento desta Suprema Corte acerca da matéria constitucional no caso concreto, acaso verificada repercussão geral, ou, ii) a necessidade de revisitação dos fundamentos do precedente, tendo em vista a alteração do ordenamento jurídico vigente ao tempo do julgamento ou das circunstâncias fáticas históricas que impactaram a interpretação da norma, com possibilidade de sua superação (*overruling*).”⁴⁹² Esses acórdãos assim abrem brecha para afastar do entendimento restritivo genérico às hipóteses específicas de distinção e superação, desde que esgotadas as instâncias ordinárias com a interposição do agravo interno para o órgão especial.

Cenário semelhante é encontrado no Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do AREsp 959.991/RS foi conhecido parcialmente o agravo para negar provimento ao recurso especial, tendo o relator, Ministro Marco Aurélio Bellizze, aduzido que “[c]om o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou a existir expressa previsão legal no sentido do não cabimento de agravo contra decisão que não admite recurso especial quando a matéria nele veiculada já houver sido decidida pela Corte de origem em conformidade com recurso repetitivo (artigo 1.042, *caput*).

⁴⁹² AgRg na Rcl 28.605, STF, 2ª Turma, Min. Dias Toffoli, j. 29.06.2018, DJe 24.11.2015.

Tal dispositivo legal aplica-se aos agravos apresentados contra decisão publicada após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em conformidade com o princípio *tempus regit actum*. A interposição do agravo previsto no art. 1.042, *caput*, do CPC/2015, quando a Corte de origem inadmitir com base em recurso repetitivo constitui erro grosseiro, não sendo mais devida a determinação de outorização de retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que o aprecie como agravo interno”.⁴⁹³ Seguindo essa mesma orientação podem ser mencionados ainda o AgInt na Rcl 34.141/SP⁴⁹⁴ e o AREsp 1.170.332/SP⁴⁹⁵, ambos relatados pelo Min. Luis Felipe Salomão, que se manifestou no sentido de que o único recurso cabível contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial que veicula tese contrária a precedente firmado pelo STJ em julgamento de recurso repetitivo é o agravo interno e, mais, que *a decisão do agravo interno seria definitiva, não havendo recurso a ser interposto contra ela*. No AgInt no AREsp 1.020.811/MS⁴⁹⁶ foi citado o art. 1.030, I, alínea *b*, e §2º do CPC/2015 para rechaçar o cabimento do agravo em recurso especial contra decisão que não admite recurso especial com base em repetitivo. Casos semelhantes são o AREsp 1.050.294/DF⁴⁹⁷, o AgInt no AREsp 1.053.970/DF⁴⁹⁸, o AgRg no AREsp 994.487/MG⁴⁹⁹, o AgInt no AREsp 982.074/PR⁵⁰⁰, entre muitos outros.

Em suma, a orientação predominante nos tribunais superiores, firmada ainda antes da vigência do CPC atual, reforçado depois pela positivação desse entendimento por meio da Lei nº 13.256/2016, que alterou o texto original do Código, é no sentido de que, em se tratando de decisão do tribunal de origem que nega seguimento a recurso excepcional interposto contra acórdão fundado em tese

⁴⁹³ AREsp 959.991/RS, STJ, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16.08.2016.

⁴⁹⁴ AgInt na Rcl 34.141/SP, STJ, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.08.2017.

⁴⁹⁵ AREsp 1.170.332/SP, STJ, 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.11.2017.

⁴⁹⁶ AgInt no AREsp 1.020.811/MS, STJ, 4ª Turma, rel. Min. Isabel Gallotti, j. 16.05.2017.

⁴⁹⁷ AREsp 1.050.294/DF, STJ, 1ª Turma, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 08.06.2017.

⁴⁹⁸ AgInt no AREsp 1.053.970/DF, STJ, 4ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, j. 25.04.2017.

⁴⁹⁹ AgRg no AREsp 994.487/MG, STJ, 6ª Turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 21.02.2017.

⁵⁰⁰ AgInt no AREsp 982.074/PR, STJ, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 25.10.2016.

decorrente de julgamento de recursos repetitivos ou dotados de repercussão geral, o único recurso cabível seria o agravo interno no âmbito do próprio tribunal de origem. Além disso, não caberia nenhum outro recurso contra a decisão desse agravo interno e, consoante entendimento predominante, tampouco seria cabível a reclamação.

O problema da generalização dessa orientação, cujo intuito é mesmo o de bloquear o acesso aos tribunais superiores para rediscussão de matérias já tratadas em julgamento de casos repetitivos ou com repercussão geral, é que ela provoca o efeito colateral de obstar a superação de precedentes assentados nessas Cortes, os quais só poderiam ser por elas revogados, como também de impossibilitar o exame de distinções ampliativas e restritivas, interpretativas de normas legais constitucionais e federais infraconstitucionais, cuja última palavra deveria ser dos tribunais superiores. Há a necessidade, portanto, de separar essas situações, a fim de construir um caminho para evitar a estagnação da jurisprudência e, consequentemente, do Direito.

A generalização dessa orientação revela ainda falta de compreensão sobre o uso dos precedentes. É errado achar que o tribunal superior termina seu trabalho quando forma o precedente e que, dali em diante, a atividade passa a ser apenas de aplicação mecânica da tese assentada aos casos similares posteriores, justificando-se assim sua atribuição exclusiva aos tribunais inferiores. Primeiramente, como antes destacado, a aplicação do precedente exige a análise da similitude dos casos. Trata-se, portanto, de atividade argumentativa e não mecânica. Ademais, o precedente não é algo acabado e pronto. Não é a resposta definitiva, como se não houvesse a possibilidade de mudança na sociedade e o tribunal fosse infalível. Claro que se deve evitar a perpetuação da controvérsia no âmbito dos tribunais superiores provocada pela remessa contínua de recursos que representam mera rediscussão da questão já decidida. Mas o tribunal precisa estar aberto para eventual discussão de superação do precedente, como também para discussões que importem na modificação dos precedentes assentados na instância especial, sob pena de abdicar da própria função. E isso pode acontecer não só nas distinções ampliativas e restritivas, como se tem destacado até aqui, mas também quando, no tribunal de origem, é adotada interpretação que, na prática, altera o entendimento fixado no

tribunal superior. A decisão que, a pretexto de aplicar o precedente, na realidade modifica o entendimento assentado, dando-lhe interpretação diferente, viola a norma do precedente e, portanto, o controle dessa decisão deve ser submetido ao próprio tribunal superior formador do precedente. Se o tribunal superior não assumir o controle do precedente nessa situação, atividade que é excepcional sem dúvida, a norma por ele fixada poderá se transformar em tantas outras normas quantas forem as interpretações divergentes dos tribunais inferiores. Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça, em especial, tem a função constitucional de dirimir o dissídio jurisprudencial sobre a interpretação e a aplicação do direito federal (art. 105, III, c, da CF), o qual é integrado também pelos precedentes interpretativos de disposições de leis federais. O controle da interpretação e da aplicação nesses casos excepcionais, portanto, é função típica dos tribunais superiores.

Em suma, é preciso separar o que é atividade de controle da aplicação dos precedentes vinculantes (aplicação aos casos concretos similares, pelas instâncias ordinárias, das normas dos precedentes assentadas em julgamento de casos repetitivos e de casos com repercussão geral) e o que constitui atividade excepcional de modificação dos precedentes vinculantes formados nos tribunais superiores (o que inclui a superação propriamente dita, mas também as distinções ampliativas e restritivas e o controle da interpretação conferida a esses precedentes). Quanto à primeira atividade faz sentido, em termos de política judiciária, para diminuir a quantidade de recursos nos tribunais superiores e valorizar sua função, atribuí-la com exclusividade aos tribunais inferiores. Em relação à segunda atividade, porém, trata-se de função típica dos tribunais superiores e, no caso do sistema brasileiro, função que decorre do arcabouço processual constitucional. Dessa forma, qualquer mudança nessa função depende de alteração das regras constitucionais que consubstanciam o modelo constitucional do processo brasileiro.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Como ocorreu, aliás, com a introdução da repercussão geral como requisito adicional de admissibilidade do recurso extraordinário, no âmbito da “Reforma do Judiciário”, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Esse filtro da repercussão geral restringiu a atividade de controle das questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ao limitar o acesso apenas das questões constitucionais dotadas de relevância social, jurídica, econômica ou política, que transcendam o caso concreto (relevância geral). As demais questões constitucionais (sem repercussão geral) agora são decididas em última instância nos tribunais locais. Nesse sentido o disposto no art. 1.030. I, a, do CPC.

4.4. Admissibilidade dos recursos excepcionais em caso de superação: interpretação conforme a Constituição das regras processuais atuais.

O uso de precedentes não pode ser dissociado das técnicas de distinção e superação. Mais ainda, um sistema que torna obrigatória a observância dos precedentes e, ao mesmo tempo, restringe demasiadamente a possibilidade de discussão de modificações de entendimentos consolidados, mesmo em situações excepcionais, a ponto de inviabilizar a técnica da superação, ou impedir o exame de distinções ampliativas ou restritivas pelos tribunais superiores, leva à estagnação e atenta contra a ideia de estabilidade. Dessa forma, a adoção de precedentes vinculantes como parâmetros obrigatórios para solução de casos concretos dissociado de mecanismos que garantam a aplicação efetiva das técnicas de distinção e de superação viola as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio da segurança jurídica e a própria cláusula do Estado de Direito no Estado Constitucional contemporâneo.

As alterações empreendidas pela Lei 13.256/2016 não podem, portanto, ser interpretadas como impeditivas para a remessa aos tribunais superiores de recursos excepcionais que tenham como objetivo explícito a discussão da superação ou da distinção ampliativa ou restritiva de precedentes vinculantes formados naqueles tribunais superiores. No caso da superação, somente os tribunais superiores têm competência para revogar seus precedentes vinculantes. O bloqueio do acesso a essas Cortes, mesmo nos casos excepcionais que a justificam, impossibilita a superação e leva inevitavelmente à estagnação do Direito. No caso das distinções ampliativas e restritivas, que importam em modificação do precedente originário, a supressão do exame pelos tribunais superiores é anacrônica, pois em total descompasso com a função atribuída contemporaneamente a esses tribunais.

Ademais, não se pode esquecer que continuam em vigor as demais disposições que regulam a formação, a aplicação e a modificação dos precedentes, dentre as quais as regras que tratam das técnicas de distinção e superação nos casos em geral (art. 489, §1º, VI e art. 927, §§ 2º a 4º do CPC) e, especificamente, nos casos

repetitivos ou com repercussão geral (art. 947 §3º, arts. 985, II, e 986, art. 1.037, §§9º a 13). Dessa forma, é preciso encontrar uma interpretação sistemática, que compatibilize entre si todas essas regras que compõem o regime de precedentes estabelecido no Código atual e, sobretudo, uma interpretação que mantenha a conformidade dessas regras com o princípio constitucional da segurança jurídica e a cláusula do Estado de Direito.

Parece evidente que o foco do legislador, na Lei 13.256/2016, assim como era a orientação jurisprudencial formada nos tribunais superiores antes do advento do Código atual, é limitar o acesso às instâncias superiores e, com isso, reduzir a quantidade de recursos e descongestionar aqueles tribunais, impedindo a subida de recursos que veiculem mera repetição de discussões em torno de questões já resolvidas naquelas Cortes. Tanto assim que não há nenhuma disposição legal que determine expressamente a negativa de seguimento de recursos excepcionais fundados na alegação de superação e de distinção ampliativa ou restritiva de precedentes formados nos tribunais superiores. E nem poderia, sob pena de inconstitucionalidade. As hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial são estabelecidas na própria Constituição Federal (art. 102, III, e art. 105, III). Não pode lei federal, como o CPC, alterar tais hipóteses de cabimento. Ademais, se o objeto do recurso especial ou extraordinário é a superação ou a distinção ampliativa ou restritiva do entendimento consolidado em torno de questão objeto de precedente do respectivo tribunal superior, e se tal questão já foi afetada anteriormente ao conhecimento daquele tribunal, tanto que a julgou no caso precedente, a questão objeto desse novo recurso (superação ou distinção ampliativa ou restritiva de precedente anterior de tribunal superior) configura, essencialmente, hipótese de cabimento do recurso excepcional.

Note-se, ainda, que a alínea *a*, do inciso I do artigo 1.030, determina a negativa de seguimento de recurso extraordinário que discuta questão que o Supremo Tribunal Federal já entendeu como desprovida de repercussão geral ou que impugne acórdão do tribunal local que deu solução para questão em conformidade com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no regime da repercussão geral (ou seja, com eficácia vinculante). Mas se o fundamento do recurso é justamente a existência de distinção ampliativa ou restritiva (que deveria ter sido

feita pelo tribunal de segundo grau, que assim todavia não o fez; ou, ao contrário, que não deveria ter sido feita, mas assim se fez), a questão não é a mesma já decidida anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, embora lhe seja essencialmente conexa, na medida em que importa na modificação da norma do precedente para ampliar ou restringir sua hipótese de incidência em razão do exame de situação concreta não considerada no caso precedente. Trata-se, na verdade, de questão nova, embora conexa com aquela decidida anteriormente no precedente vinculante. Nessa circunstância, se o recurso atender aos demais requisitos de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos, não poderá haver negativa de seguimento, por falta de amparo legal.

O mesmo ocorre em relação à alínea *b*, do inciso I do artigo 1.030, que determina a negativa de seguimento do recurso especial ou extraordinário interposto contra acórdão que solucionar a questão debatida em conformidade com o entendimento do tribunal superior competente firmado no regime do julgamento de recursos repetitivos. Se o recorrente pretende reprisar a mesma discussão, o caso é claramente de negativa de seguimento baseado nessa disposição legal. Mas se o recorrente fundamenta seu recurso extremo na alegação de distinção ampliativa ou restritiva, e ele preenche os demais requisitos de admissibilidade, não é hipótese de negativa de seguimento baseada nesse mesmo dispositivo. Ao contrário, o caso será de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, ante a inexistência de norma restritiva para a remessa ao tribunal superior.

No caso da superação, a situação da admissibilidade do recurso especial ou extraordinário poderia, à primeira vista, parecer mais complicada diante da literalidade do texto legal. Deve-se atentar, contudo, para a diferença essencial entre repetir a mesma discussão e alegar a superação. A superação importa na revogação da norma do precedente, não porque o tribunal simplesmente mudou de opinião ou voltou atrás no seu entendimento, mas porque identifica uma mudança contextual relevante ou um grave equívoco não percebido antes na formação do precedente que, por isso mesmo, impõe um *novo* entendimento acerca da questão. Ou seja, o que se tem é essencialmente uma *questão nova*, decorrente de fundamentos diferentes daqueles que levaram ao posicionamento anterior. Não obstante, aqui também há inegável conexão dessa questão nova com aquela decidida no

precedente vinculante. Até porque o novo entendimento só pode ser estabelecido a partir do enfrentamento dialógico do entendimento anterior. Dessa forma, quando o dispositivo legal do inciso I do art. 1.030, nas alíneas *a* e *b*, regula as hipóteses de negativa de seguimento, ele o faz evidentemente para os recursos excepcionais que pretendem reprisar a mesma questão já pacificada nos tribunais superiores dentro de determinado contexto. Se o contexto é outro, se os fundamentos são outros, não se trata da mesma questão já decidida, mas de questão nova, inédita, que ainda deve ser examinada pelo tribunal superior, à luz dos novos fundamentos, se preenchidos os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, se o objeto do recurso especial ou extraordinário é a superação do precedente vinculante do respectivo tribunal superior, e o recurso preenche os demais requisitos de admissibilidade, não há amparo legal para negar-lhe seguimento.⁵⁰² Ao contrário, o cabimento do recurso ao tribunal superior é garantido na própria Constituição Federal (artigos 102, III e 105, III).

É de suma importância que seja feita essa diferenciação entre as hipóteses de negativa de seguimento dos recursos especial e extraordinário no tribunal de origem a fim de afastar o entendimento jurisprudencial dominante positivado pela Lei na 13.256/2016 e as situações específicas de superação e distinção ampliativa e restritiva de precedentes (as quais constituem questões novas). Identificadas corretamente tais situações e permitido o seguimento dos recursos especiais e extraordinários que tenham como objeto essas questões, fica assegurada a abertura

⁵⁰² No mesmo sentido, Lucas Buril de Macedo observa que, para além da literalidade desses artigos e de modo a lhes conferir significado sistematicamente adequado e constitucionalmente válido, os argumentos aptos à superação que não foram refutados devem ser levados, por meio do recurso excepcional, ao tribunal superior competente. Dessa forma, é impedida a reanálise de argumentos já desenvolvidos e solucionados pelas Cortes Superiores, mas não o argumento novo não examinado pelo STF ou pelo STJ. Nesse caso, ainda que se trate de entendimento já pacificado em precedente, o recurso especial ou o extraordinário deverá ser normalmente processado, sem ter seu seguimento negado pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal *a quo*. (MACÊDO, Lucas Buril de. A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários. O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes (in DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da [Coord.] Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamentos de Casos Repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2017, pag. 12, p. 358 e 359). Na mesma linha, Fredie Didier Jr. afirma que o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* deve permitir a subida ao tribunal superior de recurso que, ainda que contrarie o precedente consolidado, alegue a possibilidade de superação, devendo tal decisão de admissibilidade ter fundamento no art. 489, §1º, incisos V ou VI, do CPC (Palestra “Questões sobre o art. 1.030 do CPC”, ministrada no X Congresso de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Disponível em www.oabmg.org.br/novocpc/home/X_congresso_ncpc. Último acesso em 19.12.2020.

necessária para a excepcional mudança de entendimentos consolidados e, com isso, garantida a possibilidade de evolução do Direito.

Não obstante, mesmo assentado o entendimento proposto, o que fazer quando a presidência do tribunal de origem negar seguimento, de forma equivocada, ao recurso excepcional fundado na alegação de superação ou de distinção ampliativa ou restritiva de precedente vinculante do tribunal superior? Essa indagação leva à necessidade do exame dos possíveis meios de impugnação dessa decisão de negativa de seguimento.

4.5. Meios de impugnação da decisão que inadmite o recurso excepcional fundado na alegação de superação.

Conforme exposto, é preciso separar a atividade de aplicação do entendimento assentado em precedente vinculante para solução do caso similar posterior⁵⁰³ daquelas atividades de superação do precedente e de modificação do precedente por força de distinção ampliativa ou restritiva. A primeira atividade, por questão de política judiciária, pode ser restringida às instâncias ordinárias. A segunda atividade, por ser excepcional e inerente à própria racionalidade da sistemática de precedentes vinculantes (*stare decisis*), caberá ao tribunal superior que tiver assentado o precedente vinculante desgastado ou posto em xeque. De acordo com o ordenamento processual vigente, conforme a interpretação que lhe é conferida no

⁵⁰³ Quando se trata da aplicação do precedente, logo se coloca a questão da sua má aplicação, ou seja, da aplicação errada do precedente. Em tese, a aplicação errada do precedente (aplicar onde não é aplicável ou deixar de aplicá-lo onde seria) implica violação da norma do precedente. E se o precedente for interpretativo da Constituição Federal ou de lei federal, constituirá matéria típica de recurso extraordinário (desde que tenha repercussão geral) ou de recurso especial, respectivamente. O problema é que, frequentemente, essa questão envolve rediscussão do enquadramento fático dado à situação. Saber se um caso é similar a outro, com base na interpretação dos fatos, envolve discussão fática que compete aos tribunais ordinários e não aos tribunais superiores. Assim, somente em casos bem específicos e excepcionais, quando por exemplo se reconhece a distinção e mesmo assim se aplica o precedente ou, ao contrário, se reconhece a similaridade, mas se nega a aplicação do precedente, é que a questão deve ser direcionada ao tribunal superior. Do contrário haveria usurpação da função desses tribunais superiores. Mas essa questão, embora tenha clara ligação com os argumentos aqui usados para justificar a necessidade de separar as situações específicas da mera extensão da aplicação pelos tribunais inferiores da tese formada nos tribunais superiores em casos repetitivos ou com repercussão geral, foge do foco da discussão objeto deste trabalho, que é a superação do precedente (e, por extensão, a modificação do precedente por distinção ampliativa ou restritiva, na medida em que também constitui questão nova, aplicando-se rigorosamente a mesma argumentação).

presente trabalho, na primeira hipótese, caberá ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal dar a última palavra sobre a existência ou não de similitude entre os casos e, assentada a premissa fática, dar aplicação ao precedente vinculante para solução do caso. Havendo interposição de recurso especial ou extraordinário, deverá ele ser inadmitido, e, contra essa decisão caberá o derradeiro agravo interno.⁵⁰⁴ Na segunda hipótese, uma vez interposto o recurso especial ou extraordinário que tenha por fundamento justamente a discussão em torno da superação do precedente ou da sua modificação por distinção ampliativa ou restritiva (questões novas que não se confundem com aquela assentada no precedente), tal recurso deve ser admitido e levado ao tribunal superior competente. O problema é quando o recurso, nessa segunda situação, é inadmitido. Não há consenso a respeito de qual seria o meio de impugnação cabível. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência apontam para diferentes soluções. Assim, alguns autores defendem o cabimento de agravo de instrumento da decisão do agravo interno que mantém a decisão do presidente ou vice-presidente que nega seguimento ao recurso especial ou extraordinário. Outros entendem cabível novo recurso especial ou extraordinário contra essa decisão. Outros sustentam que o meio adequado de impugnação seria a reclamação. Há quem sustente também o cabimento de ação rescisória. E há, ainda, quem defenda o cabimento de simples petição. Antes de expor o entendimento defendido neste trabalho, passa-se ao de cada uma dessas posições.

4.5.1. Quanto ao cabimento do agravo ao STF ou STJ

Alguns autores sustentam o cabimento, de forma postergada, do agravo do art. 1.042 do CPC contra a decisão denegatória do recurso excepcional confirmada em agravo interno. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero argumentam que a ressalva na parte final do *caput* do art. 1.042⁵⁰⁵ deve ser interpretada conforme a

⁵⁰⁴ A menos que se trate de violação da norma do precedente, tal como exposto na nota anterior. Nesse caso, ainda assim há dissenso entre os que admitem o recurso excepcional (e, dentre esses, os que admitem o cabimento de reclamação diante da negativa de seguimento) e aqueles que entendem ser cabível apenas a ação rescisória.

⁵⁰⁵ “Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.”

Constituição. Isto porque “como é a própria Constituição que defere ao STF e ao STJ a última palavra a respeito da existência ou não de violação à Constituição e à lei federal, não é possível interpretar o art. 1.042, CPC, no sentido de vedação ao cabimento do agravo.”⁵⁰⁶ Dessa forma, a ressalva da parte final do *caput* do art. 1.042, para não incorrer em supressão de competência constitucional, deve ser entendida como hipótese em que o cabimento do agravo é condicionado à prévia interposição do agravo interno, ou seja, a referida ressalva serviria apenas para postergar o cabimento do agravo em recurso especial ou extraordinário. Como afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “interpretar de modo diverso significa suprimir do STF e do STJ o poder de afirmar os seus próprios precedentes mediante as devidas distinções e, ao fim, e ao cabo, não permitir o próprio desenvolvimento do direito mediante adições de paulatinas ampliações e restrições.”⁵⁰⁷

Esse entendimento, porém, esbarra na orientação consolidada dos tribunais superiores no sentido de inadmitir o agravo do art. 1.042 diante da simples constatação de que a decisão impugnada está fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. Ou seja, os tribunais superiores têm firme entendimento no sentido de que, contra a decisão denegatória de recurso excepcional, ou cabe o agravo do art. 1.042 (quando não se discute sobre tese firmada em julgamento de recurso repetitivo ou com repercussão geral) ou o agravo interno (quando a decisão impugnada está fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos). Jamais os dois em sequência. A interposição do agravo do art. 1.042 nessas circunstâncias tem sido considerada, inclusive, erro grosseiro. Sob esse fundamento, o agravo usualmente é rejeitado por decisão monocrática do relator no âmbito do tribunal superior e a insistência na discussão por meio da interposição de agravo interno costuma ser sancionada com multa. É difícil, portanto, imaginar uma mudança nesse entendimento, capaz de viabilizar o agravo do art. 1.042 como instrumento para permitir a revisão do

⁵⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. 3ª. ed., São Paulo: Editora RT, 2017, v. 2, p. 417.

⁵⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. 3ª. ed., São Paulo: Editora RT, 2017, v. 2, p. 417.

precedente vinculante no tribunal superior. Somente uma mudança legislativa poderia fazê-lo.

4.5.2. Quanto ao cabimento de novo recurso excepcional

Outra parte da doutrina defende o cabimento de novo recurso especial ou extraordinário contra a decisão no agravo interno que mantém a decisão denegatória do recurso excepcional. Segundo Alexandre Câmara, “é preciso encontrar elementos que permitam construir meios para viabilizar o acesso aos tribunais de superposição e provocar o reexame dos padrões decisórios, a fim de permitir sua superação e a consequente evolução da interpretação. A não ser assim, seria preciso reconhecer que o direito brasileiro construiu um mecanismo de fechamento argumentativo incompatível com a Democracia.”⁵⁰⁸ Em seguida, indaga de forma provocativa: “Será que o fato de já ter o STF ou o STJ se pronunciado sobre a matéria deve ser capaz de impedir que a mesma questão volte a ser suscitada, de modo a fazer com que a corte nunca mais se pronuncie? Imagine-se em que mundo se viveria hoje se a Suprema Corte dos EUA, por já se ter pronunciado em *Plessy v. Ferguson*, não pudesse ter superado seu precedente: jamais teria sido proferida a decisão de *Brown v. Board of Education of Topeka*.”⁵⁰⁹ A solução então proposta por Câmara para acessar o tribunal superior, em caso de rejeição do agravo interno nessas circunstâncias em que se discute a superação de precedente do tribunal superior, que somente por ele pode ser superado, seria a proposição de novo recurso especial ou extraordinário. Isso porque o julgamento do agravo interno seria um acórdão proferido em última instância, suscetível portanto de impugnação por recurso extraordinário ou especial, nos termos dos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. Dessa forma, uma vez interposto o recurso especial ou extraordinário contra decisão que aplica o padrão decisório (por exemplo, a decisão prolatada no julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo), ao fundamento de existir motivo para sua superação, deve ser admitido o recurso excepcional. E no caso de não admissão desse recurso, será necessário percorrer

⁵⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Publicado em 12.02.2016. <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>. Último acesso: 17.01.2021.

⁵⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Idem.

caminho mais longo para chegar ao tribunal de superposição: interpor o agravo interno do art. 1.030, §2º, e submeter a questão ao pleno ou ao órgão especial do tribunal de origem. Caso este não acolha o agravo interno, dever-se-ia então interpor novo recurso (especial ou extraordinário), para fazer com que a matéria chegue ao STJ ou ao STF. Esse novo recurso excepcional, interposto contra o acórdão que julga o agravo interno, segundo Câmara, não se submete ao regime dos recursos repetitivos. Isto porque nele se terá necessariamente suscitado questão nova, ainda não submetida ao tribunal de superposição. E se a questão é nova, inédita, não é repetitiva. Quanto ao fundamento desse novo recurso excepcional, Câmara entende que o pronunciamento que declara inadmissível o recurso especial ou extraordinário, por estar a decisão recorrida em conformidade com padrão decisório em caso no qual o recorrente tenha expressamente deduzido fundamentos destinados a suscitar a superação do precedente, violaria o disposto nos artigos 947, parágrafo 3º, 985, II, e 986 do novo CPC, na sua aplicação supletiva aos recursos excepcionais (em razão do microssistema de resolução de casos repetitivos e do microssistema de formação de precedentes), bem como o art. 102, *caput* da CF, na medida em que essa inadmissão bloqueia o acesso ao STF para decidir acerca de questão constitucional de sua competência.

Nunes, Bahia e Pedron também defendem o cabimento de novo recurso excepcional nessa situação, divergindo apenas quanto ao fundamento para sua interposição. Segundo esses autores, a violação seria do art. 927, §§ 2º a 4º, do CPC, e do art. 102, III, alínea *a*, da CF.⁵¹⁰

Admitida essa solução, haveria um recurso excepcional contra o acórdão, proferido em última instância, que versa sobre a questão da superação do precedente vinculante do tribunal superior e, na hipótese de sua inadmissão indevida, outro recurso excepcional contra outro acórdão proferido em última instância, que versa sobre a inadmissão indevida do acórdão de última instância anterior (e, portanto, embora as decisões sejam diferentes o objeto é o mesmo: a superação do

⁵¹⁰ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao art. 1.030. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord.) Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1371-1372.

precedente). Todavia, não se pode ter dois últimos acórdãos derradeiros da última instância ordinária sobre o mesmo objeto. Na verdade, a discussão é parcialmente a mesma em ambos os recursos excepcionais: a questão da admissibilidade da discussão da superação perante o tribunal superior, que deve ser justificada no primeiro recurso (antes da discussão do mérito da superação propriamente dita) e que constitui o objeto principal do segundo. O que se percebe, assim, é o uso do segundo recurso excepcional com a mesma função do agravo do art. 1.042. Esse uso distorcido embaralha o sistema recursal. Ademais, há uma questão pragmática. A menos que o presidente ou vice-presidente do tribunal local se sensibilize com a situação e mude de ideia, o novo recurso excepcional estará igualmente fadado à inadmissão. Qual seria então a solução? Novo recurso excepcional e assim sucessivamente? Parece evidente que qualquer solução para esse imbróglio, para ser eficiente, passa necessariamente por estabelecer acesso direto às cortes superiores, evitando a presidência do tribunal de origem que, a despeito da alegação de indevida negativa de seguimento, manteve a posição.

4.5.3. Quanto ao cabimento da reclamação

Outra possibilidade discutida para viabilizar a apreciação das questões de superação ou modificação de precedentes vinculantes dos tribunais superiores perante a Corte competente é a reclamação. Trata-se de instituto criado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com base na teoria dos poderes implícitos e depois incorporada ao Regimento Interno daquele Tribunal. Com a Constituição Federal de 1988, a reclamação foi alçada a nível constitucional e seu cabimento foi estendido para o STJ, criado na ocasião.⁵¹¹ A Lei 8.038/90 regulou sucintamente o instituto, dispondo acerca da legitimidade, prova, tutela antecipada, conteúdo da decisão e procedimento. Nesse período, a jurisprudência do STJ manteve a orientação restritiva do cabimento da reclamação já consolidada anteriormente no STF. Dessa forma, a reclamação tinha a finalidade específica de preservar a competência do tribunal superior de tentativas de usurpação e garantir a autoridade de suas decisões, nos estreitos limites das hipóteses referidas no art.

⁵¹¹ Sobre a evolução histórica da reclamação, conferir: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Reclamação constitucional no direito brasileiro. Porto Alegre: Fabris, 2000.

105, I, “f”, da CF/88, reproduzidas no art. 187 do RISTJ. Em outras palavras, a reclamação era meio de garantir a observância da coisa julgada e o cumprimento dos seus julgamentos nos próprios processos em que proferidos e entre as partes integrantes dessa relação processual julgada. Nessa linha, o STJ sempre rejeitava a utilização da reclamação por quem não estivesse sujeito aos efeitos da decisão daquela Corte tida como descumprida (Rcl 1.590/MS, 1ª Seção, DJ 25/10/2004). Também negava sua utilização como sucedâneo recursal, ou seja, como instrumento para questionar o conteúdo da decisão impugnada ou eventual vício procedimental (Rcl 184/SP, 1ª Seção, DJ 25/10/1993 e Rcl 1.375/MG, 2ª Seção, DJ 01/03/2004). Assentou-se também que a reclamação não serve para impugnar decisão transitada em julgado, ou seja, a reclamação não é sucedâneo da ação rescisória.⁵¹² Vedava, ainda, o cabimento de reclamação apenas para discutir a interpretação de decisão daquela Corte e não para garantir o seu fiel cumprimento (Rcl 84/PR, 1ª Seção, DJ 25/05/92). Firmou também o entendimento de não cabimento da reclamação contra ato do próprio Tribunal (Rcl 509/SP, Corte Especial, DJ 29/06/1998) e rejeitou o manejo da reclamação para a impugnação de decisão do Tribunal de origem que, diante da afetação de recurso especial representativo da controvérsia, sobrestava processo com idêntica matéria jurídica (AgRg na Rcl 4.703/RJ, 2ª Seção, DJe 09/11/2010; AgRg na Rcl 4.703/RJ, 2ª Seção, DJe 09/11/2010 e AgRg na Rcl 6.581/PR, 1ª Seção, DJe 07/11/2011). Por outro lado, desde o início o entendimento predominante no STJ, quanto à natureza jurídica da reclamação, foi considerá-la como manifestação do exercício do direito de ação e não como recurso ou sucedâneo recursal (Rcl 407/DF, 3ª Seção, DJ 08/09/1997). Não obstante, o STJ passou a admitir um uso excepcional da reclamação, para ajustar sua jurisprudência ao entendimento firmado no STF de que seria cabível “para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional” (RE 571.572-8/BA). Esse entendimento, que conferiu característica recursal à reclamação, nessa hipótese excepcional, foi positivado na Resolução 12/2009 do STJ.

⁵¹² Nesse sentido também a súmula 734 do STF: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do supremo tribunal federal.”

Com o advento do atual Código de Processo Civil em 2015, vários aspectos da reclamação foram regulados nos seus artigos 988 a 993, que contêm regras sobre competência, legitimidade ativa, procedimento, dispositivo da decisão e, especialmente, sobre as hipóteses de cabimento. Em sua redação original, o art. 988 do CPC previu o cabimento da reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: a) preservar a competência do Tribunal; b) garantir a autoridade das decisões do Tribunal; c) garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; d) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. Dentre essas hipóteses, o Código atual inovou em relação ao ordenamento anterior ao prever o cabimento da reclamação como garantia de observância de “*precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência*”. Considera-se julgamento de casos repetitivos, conforme disposição expressa do art. 928, a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em recursos especial e extraordinário repetitivos (REER). As demais hipóteses, dispostas nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, primeira parte, já encontravam previsão em outras normas, em especial na Constituição Federal, nas leis que regulam o controle concentrado de constitucionalidade e nos Regimentos Internos do STF e do STJ. No entanto, a Lei 13.256/2016 alterou a redação do art. 988 do CPC, para excluir a referência a *casos repetitivos*, substituindo-a pela expressão “*acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência*.” Houve, portanto, na regra do *caput*, a supressão do cabimento para a observância de acórdão proferido em recursos especial e extraordinário repetitivos (REER). Contudo, a mesma Lei 13.256/2016 promoveu outra mudança no art. 988 do CPC, para acrescentar, no parágrafo 5º, que inicialmente apenas previa a inadmissibilidade da reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada, um segundo inciso, tratando da inadmissibilidade da reclamação “*proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias*”. Assim, houve um alargamento da finalidade da reclamação, para transformá-la em mecanismo de controle de precedentes em determinadas situações. Além das hipóteses tradicionais

(preservação da competência e garantia da autoridade das suas decisões em relação às partes sujeitas aos seus efeitos nos processos comuns), posteriormente acrescidos de situações inerentes à jurisdição constitucional (garantia da observância das decisões proferidas em controle concentrado e dos enunciados de súmula vinculante formadores de precedentes vinculantes), o Código atual estabeleceu o uso da reclamação para controle da aplicação de outros precedentes vinculantes (as decisões proferidas em IRDR e IAC, bem como no julgamento de recursos repetitivos ou com repercussão geral). A diferença em relação a esses últimos é que, para esses casos de recursos repetitivos ou com repercussão geral, foi estabelecido um requisito adicional, qual seja, a necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias. Dessa forma, enquanto não percorrido todo o caminho processual e julgado o último recurso cabível nas instâncias ordinárias, não é permitido o uso da reclamação para os tribunais superiores. O objetivo foi evidente: como essas são as hipóteses mais comuns de acontecerem e, portanto, têm maior potencial de gerar reclamações para os tribunais superiores, agravando seu congestionamento, foi estabelecida uma barreira adicional.

Não obstante, mesmo diante dessa disposição expressa, a jurisprudência dos tribunais superiores vinha se mostrando ambígua acerca do cabimento da reclamação nessas hipóteses. É possível encontrar julgados, tanto do STF como do STJ, que admitem a reclamação nessas hipóteses que envolvem controle de precedentes em casos repetitivos ou com repercussão geral, mas depois de esgotadas as instâncias ordinárias, tal como estabelecido no art. 988, §5º, II,⁵¹³ e outros que entendem que o agravo interno seria o único e último recurso cabível nessas hipóteses, não admitindo qualquer outro meio de impugnação, nem mesmo a reclamação, apesar dessa disposição do art. 988, §5º, II.⁵¹⁴ No início de 2020 a

⁵¹³ No sentido da possibilidade de reclamação no STF em casos excepcionais nos quais se verifique a errônea aplicação da sistemática da repercussão geral pelo Tribunal *a quo*: Rcl nºs 11.408/RS-AgR, 11.427/MG-AgR e mais recentemente a Rcl 32.401.

⁵¹⁴ No âmbito do STF: “Inexiste usurpação de competência desta Suprema Corte na decisão que não conhece agravo em recurso extraordinário (artigo 1.042 do CPC/2015) interposto contra decisão que aplicou a sistemática da repercussão geral, passível de impugnação apenas por agravo interno (artigo 1.030, § 2º, do CPC/2015)” (Rcl nº 24.885/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 9/8/17).

“Agravo interno. Reclamação. Constitucional. Processual civil. Recurso extraordinário. Decisão que aplica a sistemática da repercussão geral. Artigo 1.030, inciso I, alínea a, do Código de Processo Civil. Interposição do agravo previsto no artigo 1.042 do Código de Processo Civil. Inadequação do

Corte Especial do STJ se reuniu em torno dessa questão do cabimento da reclamação por ocasião do julgamento da Reclamação 36.476/SP. Tratava-se na origem de cumprimento individual de sentença coletiva. A companhia telefônica ré havia sido condenada, em ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a emitir diferença de ações, ou pagar os respectivos valores, em favor dos consumidores que, mediante contrato de participação financeira, adquiriram plano de expansão de linha telefônica, “*na forma mais favorável ao consumidor*”. O Tribunal de Justiça de São Paulo rejeitou a pretensão dos autores para que fosse adotado, para cálculo da indenização, o valor da ação na data do descumprimento da obrigação de entrega, aplicando o entendimento assentado no julgamento do REsp 1.301.989/RS, julgado sob o regime dos recursos especiais repetitivos (Tema 658), no sentido de que “*não sendo possível a entrega das ações, o valor da indenização deve corresponder ao número de ações a que a parte tinha direito na data da integralização (balancete do mês da integralização) multiplicado por sua cotação na Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da demanda*”. Os autores interpuseram recurso especial, no qual um dos argumentos era de que o caso tinha características que o diferenciava da hipótese decidida no recurso especial repetitivo 1.301.989/RS. O TJ/SP negou seguimento ao recurso especial e os autores interpuseram agravo interno para o órgão especial daquele tribunal. O

meio recursal utilizado, por admissível, na espécie, unicamente, agravo interno. Artigo 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil. Alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Súmula 727/STF. Inocorrência. Precedentes. Impossibilidade de invocação do tema 1.046 da repercussão geral, porquanto superveniente à decisão reclamada. Agravo a que se nega provimento. (Rcl 34590 AgR, STF, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, Julgamento: 20/09/2019, Publicação: 01/10/2019).

“Direito Processual Civil. Agravo interno em reclamação. Alegação de usurpação de competência. Agravo de instrumento interposto contra decisão que aplicou a sistemática da repercussão geral. 1. Nos termos do art. 1.030, § 2º, do CPC/2015, o agravo interno é recurso próprio à impugnação de decisão que aplica entendimento firmado em regime de repercussão geral. 2. A interposição de agravo de instrumento caracteriza erro grosseiro da parte, que implica a preclusão da questão. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de decisão unânime. (Rcl 30.583-AgR, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento: 29/06/2018, DJe 6.8.2018).

Casos idênticos: Rcl 30877 AgR, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 05/10/2018, p. 16/10/2018; Rcl 31880 AgR/GO, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19.11.2018, p. 26.11.2018; Rcl 31600 AgR/MG, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 05.10.2018, Rcl 31.442-AgR, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 16.10.2018; Rcl 29.093-AgR, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17.9.2018; Rcl 36804 AgR, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, j. 29.11.2019, DJe 10.12.2019; Rcl 34590 AgR-ED, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, j. 05.11.2019, DJe 18.11.2019. Não admitindo a remessa do agravo em REsp pelo tribunal de origem: ARE 1.071.668/RS, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Julgamento: 29/10/2018, public. DJe-236 07/11/2018.

agravo interno foi desprovido e, na sequência, os autores ingressaram com reclamação no STJ. A Segunda Seção do STJ, por unanimidade, decidiu pela afetação do processo à Corte Especial, tendo em vista a relevância da controvérsia acerca do cabimento da reclamação e a necessidade de prevenir divergência entre as Seções. Já na Corte Especial, a relatora, Ministra Nancy Andrigui, votou pelo indeferimento da petição inicial, com a extinção do processo sem resolução de mérito, por entender que “*a reclamação constitucional não trata de instrumento adequado para o controle da aplicação dos entendimentos firmados pelo STJ em recursos repetitivos. Esse controle é próprio do sistema recursal, ressalvada a via da ação rescisória.*” Após detalhado exame da evolução do uso da reclamação na jurisprudência dos tribunais superiores, a relatora concluiu que, antes do CPC/2015, a jurisprudência do STJ sempre reconheceu a reclamação como “uma ação de índole constitucional, que tem por função exclusiva a preservação da competência da Corte e a garantia, voltada às partes de uma determinada relação processual, da autoridade da decisão emanada do Tribunal.” No texto original do CPC/2015 teria havido realmente um alargamento das hipóteses de cabimento, em especial para a garantir a observância dos acórdãos proferidos em casos repetitivos, inclusive em julgamento de recurso especial repetitivo. Todavia, a Lei 13.256/2016 trouxe duas modificações que, no entendimento da Ministra Nancy Andrigui, seriam inconciliáveis entre si do ponto de vista lógico: a supressão, no *caput* do art. 988, da hipótese de cabimento da reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos, e, concomitantemente, a regra do §5º do mesmo art. 988, no sentido de estabelecer a inadmissibilidade da reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, *quando não esgotadas as instâncias ordinárias*”. Segundo a Ministra Nancy Andrigui, “no mesmo ato normativo, o legislador visivelmente excluiu uma hipótese de cabimento da reclamação e, passo seguinte, regulamentou essa hipótese que acabara de excluir, agregando-lhe um pressuposto de admissibilidade.” Diante disso, afirmou a necessidade de superar esse “paradoxo” mediante o uso de outros elementos interpretativos. Assim, sob o *aspecto topológico*, usando como norte o disposto no art. 11 da Lei Complementar 95/98, que dispõe sobre a elaboração e redação das leis, concluiu que “não se mostra coerente afirmar que o parágrafo 5º, inciso II, do

art. 988 veicularia uma nova hipótese de cabimento da reclamação”, suprimida pelo *caput* do mesmo dispositivo legal. Ademais, sob o *aspecto do contexto político-jurídico* em que foi realizada essa alteração legislativa, depois de fazer uma análise minuciosa de todo o procedimento legislativo que desembocou na edição da Lei 13.256/2016, concluiu que era possível extrair do cenário político no qual a referida lei foi concebida e aprovada “*que a norma visou, nesse particular, ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas.*” Por fim, sob o *aspecto lógico-sistemático*, diz que “o mecanismo de julgamento de recursos especiais repetitivos surgiu, juntamente com outros institutos, como resposta do sistema processual ao fenômeno social da massificação dos litígios. Mediante um julgamento por amostragem, com eficácia obrigatória no sistema verticalizado judicial, o STJ fixa a tese jurídica a ser aplicada, nas instâncias ordinárias, nos demais processos com a mesma controvérsia.” Haveria, portanto, uma “racionalização da prestação jurisdicional do Tribunal, como forma de viabilizar o cumprimento de sua função constitucional de manter a uniformidade da aplicação da lei federal. Nesse panorama, o STJ se desincumbe de seu múnus definindo, por uma vez, a interpretação da lei que deve obrigatoriamente ser observada pelos demais juízes e tribunais, viabilizando-se que questões idênticas recebam tratamento isonômico e previsível.” Isso bem denotaria “a diretriz eleita pelo sistema processual civil em relação às demandas de massa: aos Tribunais de superposição compete a fixação da tese jurídica e a uniformização do Direito, sendo dos Tribunais locais, onde efetivamente ocorre a distribuição da justiça, a aplicação da orientação paradigmática. (...) Assim erigido o sistema, não se consegue conceber que seja admitido o cabimento da reclamação para que seja examinada a aplicação supostamente indevida ou errônea de precedente oriundo de recurso especial repetitivo. Com efeito, a admissão da reclamação em tal hipótese atenta contra a finalidade da instituição do regime próprio de tratamento dos recursos especiais repetitivos.” Por outro lado, afirma que “o meio adequado e eficaz para forçar a observância da norma jurídica oriunda de um precedente, ou para corrigir a sua aplicação concreta, é o recurso, instrumento que, por excelência, destina-se ao controle e revisão das decisões judiciais.”

Esse entendimento foi acolhido pela maioria dos integrantes da Corte Especial.⁵¹⁵ O Ministro Og Fernandes, no entanto, divergiu da relatora, afirmando que, da análise da jurisprudência do STF, “verifica-se que a maioria dos pronunciamentos indica o cabimento da reclamação visando à observância de pronunciamento de repercussão geral, desde que previamente esgotadas as instâncias ordinárias.” Para ilustrar, citou três julgados daquele mesmo ano: AgR na Rcl 30.556⁵¹⁶, AgR na Rcl 30.555⁵¹⁷ e AgR na Rcl 30.018⁵¹⁸. Manifestou seu

⁵¹⁵ Os Ministros Humberto Martins, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Paulo de Tarso Sanseverino e Francisco Falcão votaram com a Relatora. Vencidos Ministros Og Fernandes, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Raul Araújo que deferiam o processamento da reclamação, por entenderem que a mesma seria cabível nesse caso de controle da aplicação do precedente firmado em recurso especial repetitivo, desde que exaurida a instância recursal ordinária com o julgamento do agravo interno a que se refere o art. 1.030, § 2º, do CPC, a teor do art. 988, §5º do CPC, e, dessa forma, determinavam a remessa dos autos à Segunda Seção para apreciação do mérito da reclamação. Resultado: a Corte Especial do STJ, por maioria de 9 votos contra 4, indeferiu a petição inicial, sem resolução de mérito.

⁵¹⁶ Ementa: “RECLAMAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. ACÓRDÃO OBSERVÂNCIA. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ESGOTAMENTO. AUSÊNCIA. A parte final do artigo 988, § 5º, inciso II, do Código de Processo Civil revela estar condicionada a admissibilidade da reclamação, visando a observância de acórdão alusivo a extraordinário submetido ao regime da repercussão geral, ao esgotamento prévio das instâncias ordinárias. RESERVA DE PLENÁRIO. VERBETE VINCULANTE Nº 10 DA SÚMULA DO SUPREMO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA LEGAL. O verbete vinculante nº 10 da Súmula do Supremo não alcança situações jurídicas em que órgão julgador tenha dirimido conflito de interesses a partir de interpretação de norma legal.” (Rcl 30.556 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe-170, Public. 6/8/2019).

⁵¹⁷ Ementa: AGRAVO INTERNO. RECLAMAÇÃO. EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. REQUISITO NÃO ATENDIDO. INOBSERVÂNCIA A PRECEDENTE VINCULANTE. RAZÕES DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS CONSTANTES DA DECISÃO RECLAMADA. ALEGADA OFENSA À SÚMULA VINCULANTE 10. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. 1. Nos termos do art. 988, § 5º, inciso II do CPC, o exaurimento das instâncias ordinárias é pressuposto para seu cabimento, quanto tem por fundamento a exigência de respeito a precedente julgado por esta SUPREMA CORTE, em regime de repercussão geral (Rcl 23.476-AgR, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe-174; Rcl 25.446/BA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe-038; Rcl 25.523/SE, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe-029; Rcl 23.337/SE, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe-251). 2. As razões da inicial desta reclamação, que se esteiam no RE 586.453, revelam-se totalmente dissociadas do que decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, com fulcro no ARE 742.083, que não teve sua repercussão geral reconhecida por esta SUPREMA CORTE. 3. O acórdão reclamado apenas interpretou e aplicou o conjunto normativo pertinente de acordo com o caso concreto, não havendo infração à Súmula Vinculante 10 do STF. Nesse sentido: Rcl 27.141-MC (Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 14/11/2017); e a Rcl 27.143 (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 1º/8/2017). 4. Agravo interno a que se nega provimento (Rcl 30.555 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe-170, Public. 6/8/2019).

⁵¹⁸ Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ART. 988, § 5º, II, DO CPC. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS. UTILIZAÇÃO DA VIA RECLAMATÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A reclamação não é sucedâneo ou substitutivo de recurso próprio para conferir eficácia à jurisdição invocada nos autos de recursos interpostos da decisão de mérito e da decisão em execução provisória. II – É inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de

entendimento de que a reclamação seria instrumento importante para a tutela dos precedentes vinculantes. Nessa linha, mencionou a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que embora entendam que, rigorosamente, “a reclamação deveria constituir apenas e tão somente instrumento de tutela da decisão do caso concreto”, e que posição diversa “pode ocasionar o fenômeno inverso àquele que se pretende evitar com a instituição de filtros recursais: o abarrotamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com reclamações. (...) Nada obstante, até que as Cortes Supremas, as Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau assimilem uma efetiva cultura do precedente judicial, é imprescindível que se admita a reclamação com função de outorga de eficácia de precedente. E foi com esse objetivo deliberado que o novo Código ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação. Essa finalidade fica muito clara não só com a leitura dos incs. III e IV do *caput* do art. 988 do CPC/2015, mas também com a dos seus §§ 4.º e 5.º, inc. II, que expressamente destinam a reclamação ao controle da aplicação indevida de precedentes e da ausência de sua aplicação, desde que devidamente esgotadas as instâncias ordinárias.”⁵¹⁹ O Ministro Og Fernandes destacou, ainda, que seria importante refletir “acerca dos motivos que permeiam as equivocadas aplicações de teses firmadas em repetitivos – trata-se de mera recalcitrância dos Tribunais *a quo*, desconhecimento dos julgados ou dificuldade em compreender o alcance das teses e dos enunciados aprovados?” Afirma não ser raro encontrar casos de reclamações acolhidas, a ressaltar a importância do instituto.⁵²⁰ Diante disso, concluiu o Ministro Og Fernandes que “a reclamação

recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário, quando não esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5º, II, do CPC). III - Agravo regimental a que se nega provimento.” (Rcl 30.018 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/6/2019, DJe-129, Public. 14/6/2019).

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. “Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 976 a 1.044. [Coord]. Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. XVI.

⁵²⁰ Nesse sentido, o Ministro Og Fernandes colacionou vários exemplos de reclamações acolhidas, ante a inobservância ou indevida aplicação de entendimento firmado no julgamento de recursos especiais repetitivos (Rcl 37.081/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 10/4/2019, DJe 23/4/2019; Rcl 34.219/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, primeira Seção, julgado em 27/3/2019, dje 2/4/2019, e Rcl 37.584/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 12/6/2019, DJe 18/6/2019). Observou ainda, que, naquela reclamação em julgamento, era no mínimo curioso que, embora por fundamentos diversos, ambas as partes concordavam no tocante à equivocada aplicação da tese firmada em repetitivo, o que recomendava também fosse o mérito da reclamação enfrentado.

desenhada no referido dispositivo do diploma processual é meio adequado para que o jurisdicionado lance mão de demonstrar a distinção de seu caso concreto com as teses firmadas em repetitivos, na esteira do Enunciado n. 138, aprovado na II Jornada de Direito Processual Civil.”⁵²¹ Também ficaram vencidos os Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Raul Araújo. O Min. Herman Benjamin, em seu voto-vista, enfatizou a necessidade de diferenciar entre a situação de descumprimento do dever de fundamentação e aquela de inobservância ou má aplicação dos precedentes. Na primeira, caberia impugnação nas vias recursal e rescisória. Na segunda, a impugnação deveria se dar pela reclamação. Depois de analisar o disposto no art. 489 §1º e no art. 927, III, o Ministro Herman Benjamin concluiu que dessas normas se depreende “que um precedente do STJ firmado sob o rito dos repetitivos não pode ser ignorado, mas também não pode ser aplicado por automatismo, sendo necessário demonstrar a subsunção da *ratio decidendi* aos fatos da causa. Por outro lado, essas teses repetitivas podem ser legitimamente afastadas pelo julgador do caso sucessivo, desde que demonstrada a distinção em relação ao caso concreto ou a superação do entendimento.” Assim, “caso o dever imposto pelo art. 489, § 1º, seja descumprido, o *déficit* de fundamentação poderá ser corrigido pelas vias recursais e até mesmo por Ação Rescisória”, nos termos do art. 966, § 5º, do CPC/2015. Dessa forma, “desconsiderar a ‘existência de distinção’ não viola precedente algum, mas o dever de fundamentação.” Em tais casos, realmente não seria cabível o ajuizamento de reclamação, pois não haveria sequer como aferir a afronta à autoridade decisória do STJ, na medida em que o exame das particularidades do caso (a cargo do julgador do caso sucessivo) não chegou nem mesmo a ser feito. Por outro lado, se no exercício da tarefa de aplicar o precedente as instâncias ordinárias, a pretexto de estarem interpretando a tese emitida pelo STJ, acabem desfigurando-a por completo, então o controle da procedência das razões que aplicam ou afastam o precedente, segundo o Ministro Herman Benjamin, poderia ser feito pela via reclamationária, sob pena de haver um "ponto cego" no sistema. Por essas razões, acompanhou a divergência, entendendo cabível o ajuizamento de reclamação nos

⁵²¹ Enunciado n. 138, aprovado na II Jornada de Direito Processual Civil: “É cabível reclamação contra acórdão que aplicou indevidamente tese jurídica firmada em acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, após o esgotamento das instâncias ordinárias, por analogia ao quanto previsto no art. 988, § 4º, do CPC.”

casos em que, julgando o agravo interno fundado no § 2º do art. 1.030 do CPC (e, portanto, esgotada a instância ordinária, conforme disposto no art. 988, §5º, CPC), o Tribunal de origem nega seguimento a Recurso Especial sob o fundamento de que o acórdão recorrido está em conformidade com tese fixada pelo STJ no regime dos recursos repetitivos.

Em suma, o STJ entendeu, por maioria, que não cabe reclamação contra decisão de agravo interno que mantém a decisão denegatória de recurso especial fundado na aplicação de entendimento firmado em julgamento de recurso especial repetitivo, mesmo após o esgotamento da instância ordinária, apesar da regra do art. 988, § 5º, II, do CPC. Resta saber o que fará o STF sobre a aplicação dessa mesma norma, porém em relação aos recursos com repercussão geral, ou seja, como se portará daqui em diante em relação às reclamações apresentadas contra decisões de agravo interno que mantém decisões denegatórias de recursos extraordinários fundados na aplicação de entendimentos firmados no julgamento de recursos com repercussão geral reconhecida. Evidentemente não poderá haver dois posicionamentos dissonantes a respeito da mesma regra. Ademais, embora se trate de dispositivo de lei federal, sua interpretação deve ser adequada aos princípios constitucionais, em especial do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica. Portanto, essa questão ainda não está inteiramente pacificada.

De todo modo, para o presente trabalho, interessa saber em que medida essa decisão poderia afetar o acesso aos tribunais superiores para possibilitar a subida de recursos excepcionais que tenham por objeto especialmente a discussão da superação ou das modificações decorrentes de distinções ampliativas e restritivas.⁵²² Nota-se, primeiramente, que em nenhum momento esse acórdão da Reclamação 36.476/SP aborda a questão do cabimento da reclamação na hipótese de agravo que mantém decisão denegatória de recurso especial que versa sobre a superação do precedente vinculante (mesmo sendo ele decorrente do julgamento de recurso especial repetitivo). A hipótese não era de superação, mas de discussão

⁵²² O foco do presente trabalho é a superação. No entanto, como se tem insistido, essa discussão vale também para as distinções ampliativas e restritivas e as situações de violação do precedente formado nos tribunais superiores, devido a sua não aplicação ou a sua má-aplicação.

sobre a correta aplicação de precedente decorrente do julgamento de recurso repetitivo.

4.5.4. Quanto ao cabimento da ação rescisória

O art. 966 do CPC elenca, taxativamente, as hipóteses de cabimento da ação rescisória. Na sua redação original, não existiam os parágrafos 5º e 6º, incluídos durante a *vacatio legis*, pela Lei 13.256/2016. Essas novas disposições tratam de hipótese específica de cabimento de ação rescisória, fundada no inciso V do art. 966 (“violar manifestamente norma jurídica”). Segundo o §5º, caberá ação rescisória, sob esse fundamento de manifesta violação de norma jurídica, “contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.⁵²³ O § 6º complementa essa regra, ao dispor que “caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.⁵²⁴

Antes de mais nada, é preciso logo esclarecer que a referência constante do § 5º somente ao enunciado de súmula e ao julgamento de casos repetitivos (IRDR e recursos excepcionais repetitivos) não pode significar o não cabimento da ação rescisória contra decisões fundadas em outros precedentes vinculantes (decisões proferidas em controle concentrado, decisões em IAC ou decisões do plenário). Tal entendimento violaria o disposto no art. 927 do CPC, que torna igualmente vinculantes os precedentes oriundos das situações ali enumeradas. Assim, seria despropositado e irracional a diferenciação, no que tange ao cabimento da ação rescisória, feita a partir da situação da qual o precedente vinculante tenha se

⁵²³ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar manifestamente norma jurídica; (...) § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.”

⁵²⁴ “Art. 966. (...) § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.”

originado. Portanto, essa regra do § 5º se aplica a decisões baseadas em qualquer dos precedentes vinculantes do art. 927 do CPC, e não apenas aqueles ali expressamente referidos.

Ademais, esses dispositivos tratam de situação bem específica de decisão que “não tenha considerado a existência de distinção”. Como antes anotado, um dos deveres inerentes à aplicação dos precedentes é o dever de fundamentação adequada e específica. O art. 489, §1º, do CPC, determina que é nula a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V), como também é nula a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (inciso VI). Assim, a decisão que não tenha considerado a alegação de distinção, situação expressamente referida no §5º do art. 966, viola frontalmente o disposto no inciso VI, do art. 489, §1º, do CPC. Dessa forma, mesmo que tal regra do § 5º não tivesse sido incluída no atual Código, ainda assim caberia a ação rescisória pela regra geral da manifesta violação de norma jurídica (inciso V do art. 966).

Por outro lado, a inclusão dessa hipótese específica de cabimento de rescisória relacionada ao regime de precedentes não significa restrição a outras situações que também versam sobre aplicação de precedentes e que poderiam, em tese, levar ao cabimento da ação rescisória. Assim, uma decisão que se limita a invocar precedente sem identificar seus fundamentos determinantes ou correlacioná-los com as circunstâncias fáticas do caso em julgamento (ou seja, sem estabelecer a similaridade) também viola o art. 489, §1º, porém o seu inciso V. Nesse caso também caberá ação rescisória, mas com fundamento na regra geral do inciso V do art. 966, que estabelece o cabimento da rescisória por manifesta violação de norma jurídica (no caso, a violação do art. 489, §1º, inciso V, do CPC). Ambas as hipóteses referidas envolvem vício formal da decisão (ausência de fundamentação adequada e específica). Situações semelhantes podem ocorrer diante de superação do precedente já promovida pelo órgão competente. Se a decisão aplica um precedente vinculante, deixando de considerar a existência da

superação invocada pela parte, ou, ao contrário, se limita a aplicar a superação, sem correlacionar o precedente da superação com o caso em julgamento (por exemplo, a superação pode ter sido apenas parcial, havendo a necessidade de analisar se no caso concreto se aplica ainda a parte do precedente não revogada ou se ele não incide porque a situação é similar à situação superada), ela incorre em igual violação dos incisos VI e V do art. 489, §1º e, conseqüentemente, estará sujeita à ação rescisória.

É preciso ainda considerar a hipótese de má aplicação do precedente, ou seja, da aplicação do precedente em caso no qual não deveria ser aplicado ou, ao contrário, a não aplicação em caso no qual ele deveria ter sido aplicado. Mas não por vício formal de inexistência de fundamentação adequada e específica e, sim, por equívoco na determinação do seu conteúdo ou em razão de interpretação divergente daquele estabelecida pelo tribunal formador do precedente. Tais circunstâncias é que configuram a má aplicação do precedente. Trata-se, portanto, de vício substancial, que diz respeito à correta delimitação do conteúdo do precedente. Ocorre, por exemplo, quando a decisão identifica fundamentos determinantes, mas de forma equivocada. Ou procura correlacionar as situações para estabelecer a similaridade entre os casos, mas erra na delimitação dos fatos do precedente. Nesses casos, há aplicação incorreta do precedente. Desvirtua-se a norma do precedente. Em outras palavras, há violação da norma do precedente, que é espécie de norma jurídica. Dessa forma, é cabível, em tese, a ação rescisória com fundamento no art. 966, inciso V, do CPC. Tal situação pode ainda ser analisada sob outra perspectiva. A decisão que deixa de aplicar precedente aplicável, ou que aplica onde não o seria, pode incorrer em superação implícita do precedente, e dependendo da circunstância, por órgão incompetente para promover a superação. Assim, também sob esse aspecto haveria manifesta violação das normas jurídicas que estabelecem a superação (art. 927 *caput* c/c §4º, CPC). Por outro lado, não cabe ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica, na hipótese de rediscussão sobre o correto enquadramento da situação fática do caso posterior (e não do precedente), como premissa para concluir se a aplicação do precedente teria sido ou não indevida. Tal rediscussão importa em revolver o enquadramento fático da causa, o que é matéria própria de recurso nas vias ordinárias, mas não de ação rescisória.

Esgotado o prazo para a rescisória, não seria mais possível desconstituir a decisão que se afastou indevidamente do precedente. Tal circunstância, todavia, não afeta a higidez do precedente. Este só pode ser superado pelo órgão competente, uma vez preenchidos os demais requisitos materiais e processuais. Não se pode confundir a norma estabelecida para o caso concreto, coberta pela coisa julgada, passível de desconstituição pela rescisória, com a norma do precedente estabelecida para os demais casos similares, passível de revogação por meio da superação. O fato de ter uma norma individualizada contrária ao precedente vinculante implica na sua violação, mas não na sua revogação. Esta só ocorrerá com a observância dos requisitos materiais e processuais antes analisados e pelo meio adequado.

Feitas essas observações acerca da relação entre a ação rescisória e os precedentes, fica evidente que tal instituto não se presta para discutir a superação do precedente. A rescisória é meio de impugnação de decisões eivadas de determinados vícios (vícios de rescindibilidade), dentre os quais a manifesta violação da norma jurídica. A superação implica na revogação do precedente diante de determinadas circunstâncias que modificam o entendimento antes estabelecido acerca da questão jurídica (requisitos materiais). A superação do precedente (revogação da norma do precedente) não pode ser confundida assim com a violação do precedente (violação da norma do precedente). Portanto, não cabe discutir a superação no âmbito de ação rescisória. Trata-se, como já observado, de matéria própria de recurso ou, dependendo da situação, de meio específico para esse fim, como se verá adiante, mas não de rescisória.

Não obstante, cabe examinar o cabimento da ação rescisória na situação específica da decisão que rejeita agravo interno, mantendo a inadmissibilidade do recurso excepcional fundado em alegação de superação de precedente vinculante formado em tribunal superior. Nesse caso, há indevido bloqueio do acesso ao tribunal superior, único competente para apreciação dessa questão, o que pode dar ensejo à ação rescisória com base no inciso II do §2º do art. 966. Segundo esse dispositivo, nas mesmas hipóteses previstas nos incisos do *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça a admissibilidade do recurso correspondente. Assim, se considerarmos a leitura

proposta do art. 1.030 do CPC, de forma sistemática e adequada com os demais artigos do Código que estabelecem o regime de precedentes vinculantes e mediante interpretação conforme os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica, não pode haver negativa de seguimento de recurso excepcional que discute a superação, ou modificação por distinção ampliativa ou restritiva, de precedente vinculante de tribunal superior. A decisão que inadmite tal recurso sob o argumento, por exemplo, de que se trata de questão já decidida no âmbito de julgamento de recurso repetitivo ou com repercussão geral, na verdade, viola no art. 1.030 do CPC. Em outras palavras, tal decisão impede a admissibilidade do recurso cabível na hipótese, violando a regra do art. 1.030. A consequência da procedência dessa rescisória, porém, jamais seria o acolhimento da própria superação, mas sim o afastamento da coisa julgada para permitir a remessa do recurso excepcional para o tribunal superior competente para examinar o pleito de superação. Todavia, essa construção tem um sério inconveniente. Como o objeto da rescisória é a decisão proferida no agravo interno pelo pleno ou órgão especial, o órgão competente para exame dessa ação rescisória acaba sendo o mesmo que proferiu a decisão, o que limita bastante a possibilidade de formação de entendimento diferente acerca do cabimento do recurso que se alega ter sido indevidamente inadmitido.

4.5.5. Quanto ao uso da simples petição

Ronaldo Cramer entende que o inciso I do art. 1.030 do CPC somente tem aplicação para negar seguimento aos recursos excepcionais que não cogitarem fazer a superação do precedente ao tribunal superior. Assim, “se o recurso excepcional apenas se limitar a invocar tese já refutada por precedente de tribunal superior, sem apresentar razões para a sua superação, deve ser inadmitido com base naquele dispositivo, sendo certo que a parte tem direito a interpor agravo interno ao pleno ou órgão especial, para demonstrar a distinção ou a superação do precedente invocado pela decisão de inadmissibilidade.”⁵²⁵ Todavia, “se é um recurso que tenta promover a superação desse precedente, o vice-presidente não deve inadmiti-lo,

⁵²⁵ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 161.

com fundamento no art. 1.030, inciso I, do CPC. Se estiverem presentes os demais requisitos de admissibilidade, esse recurso excepcional deve ser remetido ao tribunal superior para que a tentativa de superação seja apreciada.”⁵²⁶ No caso de inadmissão desse recurso excepcional que tenta fazer a superação, Cramer defende que “a parte deve apresentar mera petição ao tribunal superior competente, a fim de determinar a subida do recurso”.⁵²⁷ Tal posição, no sentido de admitir mera petição para promover a subida de recurso excepcional, afirma o autor, não seria inédita, pois já era aceita na hipótese da antiga retenção de recurso especial ou extraordinário no CPC de 1973. Nesse sentido, cita como exemplo o acórdão no AgRg no Ag 784.202/GO⁵²⁸.

O problema dessa posição é que, uma vez existindo meio típico para impugnação da decisão que impede a subida do recurso excepcional em hipótese que ele deveria ser remetido ao tribunal superior competente, a inércia da parte quanto ao uso do instrumento cabível leva ao não conhecimento da petição e à consequente preclusão da decisão. Em outras palavras, somente faria sentido defender tal posição, partindo da premissa de inexistência de outro caminho. Mas, como se verá em seguida, existe meio adequado para preservar a competência do tribunal superior nesses casos de recurso excepcional que verse sobre superação de precedentes.

4.5.6. Conclusão parcial: decisão que rejeita agravo interno e mantém a negativa de seguimento de recurso excepcional fundado em alegação de superação de precedente vinculante de tribunal superior implica, em tese, usurpação de competência do tribunal superior, sujeitando-se à reclamação.

Conforme exposto, é preciso distinguir a situação de mera rediscussão de questão já pacificada em precedente vinculante de tribunal superior de outras que envolvem questão inédita, repetitiva ou não, que ainda deve ser decidida pelos

⁵²⁶ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais..., cit., p.161.

⁵²⁷ CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais..., cit., p.162.

⁵²⁸ AgRg no Ag 784.202/GO, STJ, 1ªTurma, rel. Min. Denise Arruda, j. 17.10.2006.

tribunais superiores ou que versam sobre a modificação ou superação de precedente vinculante de tribunal superior. Em relação à primeira, a opção do legislador, no art. 1.030 do CPC, é clara no sentido de trancar o acesso aos tribunais superiores, ficando a cargo dos tribunais locais controlar a aplicação do precedente vinculante. Com relação à questão inédita, o art. 1.030 também não deixa dúvida quanto à solução: uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade o recurso excepcional deve ser remetido ao tribunal superior competente. No entanto, quanto à questão da modificação ou superação do entendimento assentado em precedente vinculante, o art. 1.030 é silente. Não obstante, a única interpretação condizente com a sistemática de precedentes vinculantes e as normas constitucionais é no sentido de que o recurso excepcional que versa sobre modificação ou superação de precedente vinculante de tribunal superior, uma vez preenchidos os pressupostos de admissibilidade, deve ser também remetido para o tribunal superior competente, mesmo que o precedente vinculante tenha sido formado pela sistemática de julgamento de casos repetitivos ou de repercussão geral.

Diante disso, é possível identificar oito situações diferentes que dizem respeito à admissibilidade de recursos excepcionais e sua remessa aos tribunais superiores ou ao trancamento nos tribunais locais, as quais, por isso, envolvem a interpretação e aplicação do art. 1.030 do CPC: (1) recurso especial ou extraordinário que não preenche os pressupostos de admissibilidade; (2) recurso especial ou extraordinário que defende entendimento contrário àquele já assentado em precedente obrigatório de tribunal superior e aplicado pelo acórdão recorrido; (3) recurso especial ou extraordinário que defende a aplicação de precedente obrigatório não observado pelo acórdão recorrido; (4) recurso especial ou extraordinário que trata de questão que é objeto de recurso repetitivo ou com repercussão geral pendente de julgamento no tribunal superior; (5) recurso especial ou extraordinário que preenche os pressupostos de admissibilidade e veicula questão inédita repetitiva; (6) recurso especial ou extraordinário que preenche os pressupostos de admissibilidade e versa sobre questão inédita e única ou isolada; (7) recurso especial ou extraordinário que preenche os pressupostos de admissibilidade e versa sobre questão de modificação de precedente vinculante de tribunal superior por força de distinção ampliativa ou restritiva realizada ou que deveria ter sido realizada pelo acórdão recorrido; (8) recurso especial ou extraordinário que preenche os pressupostos de admissibilidade

e versa sobre questão de superação do precedente vinculante de tribunal superior que só pode ser por ele decidida.

Na hipótese (1), do recurso inadmissível, se houver vício sanável, a presidência do tribunal deverá dar oportunidade para correção do vício. Não corrigido, o recurso deverá ser inadmitido. Contra essa decisão caberá o agravo do art. 1.042 ao tribunal superior. Essa situação tem o mesmo tratamento que era dado pelo Código anterior. Na hipótese (2), do recurso que veicula tese contrária ao precedente, deverá ele ser inadmitido e o recurso cabível será o agravo interno. Na hipótese (3), do recurso admissível que defende a aplicação do precedente não aplicado ou a não aplicação de precedente aplicado, a presidência deve determinar a devolução do processo para retratação pelo órgão anterior a fim de que o acórdão recorrido seja adaptado ao precedente. Caso não haja retratação, o recurso será remetido ao tribunal superior. Na hipótese (4) de recurso admissível sobre questão pendente de julgamento no tribunal superior, deverá haver o sobrestamento do recurso. Contra essa decisão de sobrestamento caberá agravo interno. Na hipótese (5), de recurso admissível sobre questão inédita repetitiva, caberá à presidência do tribunal selecionar amostras para remessa e afetação no tribunal superior, ficando sobrestados os demais recursos sobre a mesma controvérsia. Na hipótese (6), de recurso admissível sobre questão inédita e não repetitiva, o recurso deverá ser admitido e remetido para o tribunal superior competente. Em caso de inadmissão o recurso cabível é o agravo do art. 1.042. Na hipótese (7), de recurso admissível que versa sobre distinção ampliativa ou restritiva, o recurso deve ser admitido e remetido para o tribunal superior competente⁵²⁹. Em caso de inadmissão, o Código não prevê o recurso cabível. Na hipótese (8), de recurso admissível que versa sobre superação de precedente, o recurso deve ser admitido e remetido pelo tribunal superior competente. No caso de inadmissão, o Código aqui também não prevê o recurso cabível.

⁵²⁹ A distinção simples acaba constituindo questão meramente de fato (saber se as situações são distintas ou não pressupõe estabelecer a similitude das situações fático-jurídicas ou, em outras palavras, discutir o enquadramento fático da questão). E essa não é matéria suscetível de discussão nos tribunais superiores. A menos que o acórdão recorrido, a despeito de reconhecer a distinção, aplica o precedente, ou, contrariamente, a despeito de reconhecer a similitude, deixa de aplicar o precedente. Esses casos, porém, já recaem na hipótese (3).

Percebe-se que em algumas dessas hipóteses, justamente as que envolvem caso repetitivo ou com repercussão geral, foi clara a opção do legislador em impedir a subida do recurso ou, no mínimo, em criar degrau adicional na tentativa de ver a questão resolvida ainda no âmbito do tribunal local (hipóteses 2, 3, 4 e 5). Nas hipóteses 1 e 6, a opção foi também clara no sentido de permitir o acesso aos tribunais superiores (mesmo que mediante o agravo do art. 1042). Nas hipóteses 7 e 8 é que surge o problema quanto ao meio de impugnação da decisão de inadmissibilidade diante do silêncio do Código.

Ainda na vigência do Código anterior reformado, a jurisprudência dos tribunais superiores já havia firmado posição contra o cabimento do agravo do art. 1.042 (art. 544 do Código anterior) seja contra a decisão de inadmissão do recurso excepcional, seja contra a decisão no agravo interno que mantém essa decisão denegatória. Também se consolidou contra o cabimento de novo recurso especial ou extraordinário contra a decisão do agravo interno. Analisando o teor das decisões que compõem essa jurisprudência, não parece haver espaço para mudança de entendimento quanto ao cabimento desses recursos.

Por outro lado, as hipóteses de modificação decorrente de distinção ampliativa ou restritiva e de superação envolvem claramente a necessidade de decisão pelos tribunais superiores, sob pena de estagnação do direito. Ao contrário do que ocorre com o controle da mera extensão do precedente vinculante aos casos similares sobrestados ou novos, atividade essa que pode perfeitamente ficar a cargo dos tribunais locais, na medida em que se trata de questão de gestão processual e opção política judiciária.

Dessa forma, impedir que a questão da modificação ou superação do precedente chegue ao tribunal superior significa subtrair-lhe a competência estabelecida na Constituição Federal (art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição Federal), restringindo indevidamente sua função. Nesse caso, o remédio processual cabível é a reclamação constitucional, instrumento adequado para preservar a competência do tribunal superior (art. 102, I, *l*, e art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, c/c art. 988, I, do CPC). Note-se que não se trata de garantir a observância de precedente vinculante (art. 988, III, IV e §5º, II, do CPC). Ao contrário, a situação é assegurar

a possibilidade de modificação ou superação do precedente vinculante pelo tribunal superior formador desse precedente e, assim, preservar sua competência. Ademais, é nula a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, V, CPC). E como a decisão sobre a modificação pela distinção ampliativa ou restritiva e a superação nesses casos cabe ao tribunal superior que formou o precedente (e, no caso específico da superação, somente o tribunal superior tem essa competência), não há como impedir esse acesso ao tribunal superior, sob pena de usurpação da competência.

Em suma, considerando que inexistente previsão de cabimento de novo recurso nessas hipóteses de modificação e superação do precedente, o remédio adequado para destrancar o recurso especial ou extraordinário, permitindo que a questão chegue ao tribunal superior competente, é a reclamação. Essa é a melhor solução possível diante do cenário atual, mas não o ideal para a coerência e funcionalidade do sistema recursal. A discussão sobre modificação ou superação de precedente vinculante é matéria tipicamente recursal. Em se tratando de precedentes vinculantes dos tribunais superiores – que constituem a regra – a matéria é própria dos recursos excepcionais. O ideal, portanto, seria alterar a lei processual para prever expressamente o agravo do art. 1.042 como meio de impugnação da decisão denegatória de recursos especiais e extraordinários fundados nas alegações de modificação por distinção ampliativa ou restritiva e de superação de precedentes vinculantes de tribunais superiores.⁵³⁰ Até que seja promovida essa alteração, a única alternativa viável é mesmo a reclamação.

5. Superação no âmbito da reclamação contra descumprimento de precedente vinculante de tribunal superior

Até o momento cogitou-se da reclamação como instrumento para preservar a competência dos tribunais superiores diante de decisão incorreta do órgão especial do tribunal de origem, proferida em agravo interno, que nega a subida de recurso

⁵³⁰ Como aliás constava em parte da redação original do art. 1.042, §1º, II, CPC (mas que tratava apenas da distinção em geral e não da superação).

excepcional fundado na alegação de superação ou de modificação decorrente de distinção ampliativa ou restritiva de precedente vinculante do tribunal superior competente para apreciar esse recurso.

Todavia, existe outra situação específica envolvendo o uso da reclamação no que diz respeito à modificação e, especialmente, à superação de precedentes. Trata-se de hipótese excepcional, em que se mostra cabível a reclamação diante da demonstração de descumprimento de decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Nesses casos há uma extensão *erga omnes* e vinculante para os demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública direta e indireta da autoridade da coisa julgada por força do art. 102, §2º da CF. A jurisprudência do STF logo se firmou no sentido de reconhecer legitimidade a qualquer prejudicado para a propositura da reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial violador da decisão na ação direta de controle de constitucionalidade. Nessa linha o art. 13 da Lei 9.882/1999 estabeleceu expressamente a reclamação para resguardar o cumprimento das decisões proferidas em arguição de descumprimento de preceito fundamental. O uso da reclamação foi ainda posteriormente ampliado, por força do art. 103-A, §3º, CF, para garantir a autoridade do STF diante de violação de súmula vinculante. Nesse sentido, o art. 7º da Lei 11.417/2006, veio a estabelecer expressamente que “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”. Essa eficácia atribuída às decisões das ações diretas de controle de constitucionalidade e às súmulas vinculantes levou à ampliação das hipóteses de cabimento da reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Diante desse quadro, a reclamação passou a ser importante instrumento para discussão da abrangência de decisões sobre questões constitucionais proferidas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade ou objeto de súmulas vinculantes. Há uma peculiaridade já destacada nessas situações. No controle abstrato, a questão constitucional é analisada em tese, o que usualmente lhe dá um contorno mais amplo e genérico. Assim também acontece com os enunciados de súmula, sobretudo se interpretados de forma desvinculada dos precedentes que lhe

deram origem. Em tais situações, surgem discussões sobre os exatos contornos dessas decisões ou enunciados que acabam chegando ao STF por meio de reclamações propostas com finalidade de garantir a autoridade do tribunal. Ao julgar esses casos o Tribunal acaba promovendo modificações ampliativas ou restritivas do entendimento inicialmente assentado.

É possível encontrar vários exemplos. Na ADI 1.662 foi discutida a inconstitucionalidade de disposições da Instrução Normativa nº 11/1997 do Tribunal Superior do Trabalho, que uniformizava procedimentos para expedição de precatórios e ofícios requisitórios referentes às condenações estabelecidas em decisões transitadas em julgado contra a União Federal, Autarquias e Fundações. Algumas dessas disposições foram consideradas constitucionais, outras inconstitucionais e outras ainda tiveram sua interpretação fixada conforme a Constituição.⁵³¹ Após o julgamento dessa ADI, inúmeras reclamações chegaram ao STF sob alegação de descumprimento da referida decisão. Assim, no âmbito do AgR na Rcl 2009⁵³² e no AgR na Rcl 3.293⁵³³, o STF fixou os contornos daquela decisão tornar claro que nela não se tratou do conceito de “precatórios pendentes” para efeito da incidência da norma do art. 78 do ADCT. Já na Rcl 1.525⁵³⁴, o Tribunal delimitou o alcance da decisão proferida na ADI 1.622 especificamente sobre a amplitude do significado de “preterição” de precatórios para fins de sequestro de verbas públicas.

Na ADI 3.395⁵³⁵ o STF deu interpretação ao art. 114, inciso I, da Constituição Federal, para determinar que a competência da Justiça do Trabalho nele prevista não abrange o julgamento das causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, que lhes sejam vinculados por relação jurídico-estatutária. Não obstante, inúmeros questionamentos sobre a abrangência dessa decisão foram objeto de

⁵³¹ ADI 1.662, STF, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Maurício Corrêa, j. 30/08/2001, DJ 11.09.2001.

⁵³² AgR na Rcl 2009, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.12.2004.

⁵³³ AgR na Rcl 3.293, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.4.2007.

⁵³⁴ RCL 1.525, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 3.2.2006.

⁵³⁵ ADI 3.395, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 10.11.2006.

reclamações. A partir do julgamento dessas reclamações o Tribunal estendeu essa decisão para as hipóteses de contratos temporários firmados pelo Poder Público e para os casos em que estejam envolvidos cargos em comissão.⁵³⁶

No julgamento da ADI 3.460⁵³⁷ o STF estabeleceu o conceito de atividade jurídica e fixou os requisitos para sua comprovação nos concursos de ingresso na carreira do Ministério Público, novidade trazida pela EC 45/2004. Não obstante, o efetivo alcance desse conceito e dos requisitos para sua comprovação apenas ficaram assentados mediante o julgamento de diversas reclamações, dentre as quais sobressaem a Rcl 4.906 e a Rcl 4.939.⁵³⁸

Na ADI 3.324⁵³⁹ foi tratada da observância da regra da congeneridade das instituições no processo de transferência obrigatória de alunos (servidores militares ou seus dependentes) do ensino superior. Não obstante surgiram inúmeros questionamentos sobre o adequado cumprimento dessa decisão em casos posteriores. Em alguns casos, questionava-se sobre a hipótese de transferência obrigatória entre instituições públicas, quando o ingresso primário tivesse ocorrido em instituição privada, hipótese esta que, em princípio, não teria sido abarcada pela decisão na ADI 3.324.⁵⁴⁰

Como se pode ver, não obstante o STF tenha decidido questões constitucionais por meio de decisões proferidas em sede de ações diretas e dotadas de eficácia

⁵³⁶ Nesse sentido: Rcl 4.904, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 17.10.2008; AgR na Rcl 4.489, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 21.11.2008; AgR na Rcl 4.054, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJ 21.11.2008; Rcl-MC-AgR 4.990, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.3.2008; Rcl-MC-AgR 4.785, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.3.2008; AgR na Rcl 7.633, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17.9.2010; AgR na Rcl 8.110, Rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 12.2.2010.

⁵³⁷ ADI 3.460, STF, Tribunal pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2007.

⁵³⁸ Rcl 4.906, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 11.4.2008, e a Rcl 4.939, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 11.4.2008. O alcance da decisão na ADI 3.460 foi também definido em julgamento de mandados de segurança, com especial importância o referente ao MS 26.682, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 27.6.2008.

⁵³⁹ ADI 3.324, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 5.8.2005

⁵⁴⁰ Nesse sentido: Rcl 3.665, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19.12.2005; Rcl 3.480, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.8.2005; Rcl 3.664, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10.11.2005; Rcl 3.277, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 2.6.2005; Rcl 3.653, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.8.2005; Rcl 3.469, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 1º.8.2005.

vinculante, importantes discussões surgidas posteriormente sobre a abrangência dessas decisões chegaram ao Tribunal por meio de reclamações, permitindo-o atualizar o seu entendimento mediante modificações decorrentes de distinções ampliativas ou restritivas do posicionamento inicialmente assentado.

No entanto, em nenhum desses casos foi problematizada especificamente a possibilidade de superação do entendimento no âmbito da reclamação. Em muitos, a modificação se deu inclusive de forma implícita, sem reconhecimento aberto de que se estava a promover uma mudança de entendimento. A primeira vez em que foi destacada essa discussão sobre a possibilidade de mudança de entendimento no bojo da reclamação ocorreu no julgamento da Reclamação 4374/PE⁵⁴¹, já referida anteriormente como exemplo de superação do precedente baseada no rompimento da consistência sistêmica. No entanto, interessa analisar agora os fundamentos que levaram o STF a admitir a possibilidade de superação do precedente no âmbito da reclamação. O caso envolvia a concessão de benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal (pagamento de 1 salário-mínimo pelo INSS) para pessoa declarada incapaz para atividade laborativa e, portanto, de prover o próprio sustento. O tribunal local considerou que o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 estabelecería critério objetivo para aferição da miserabilidade (renda mensal inferior a ¼ do salário-mínimo), o qual, porém, poderia ser afastado diante de outras circunstâncias comprobatórias da situação de miserabilidade do postulante, como ocorrido no caso, razão pela qual foi concedido o benefício. O INSS ajuizou reclamação ao argumento de que a decisão reclamada teria violado o acordo proferido na ADI 1.232/DF, que declarou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 (comprovação da renda mensal inferior a ¼ do salário-mínimo para aferição da miserabilidade) como requisito para obtenção do benefício assistencial. Antes de adentrar na análise do mérito (descumprimento da decisão do STF na ADI 1.232/DF), o Relator da reclamação, Ministro Gilmar Mendes, destacou a questão sobre a possibilidade de revisão do entendimento sobre a constitucionalidade de lei adotado em sede de controle concentrado por meio de reclamação. Superada essa questão haveria então que se analisar a efetiva mudança de cenário a justificar a revisão. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, “o ‘balançar

⁵⁴¹ Rel: 4374/PE, STF, Tribunal Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe-173 de 03/09/2013.

de olhos' (expressão cunhada por Karl Engisch) entre a norma e o fato, que permeia o processo hermenêutico em torno do direito, fornece uma boa metáfora para a compreensão do raciocínio desenvolvido no julgamento de uma reclamação. Assim como no processo hermenêutico o juízo de comparação e subsunção entre norma e fato leva, invariavelmente, à constante reinterpretação da norma, na reclamação o juízo de confronto e de adequação entre objeto (ato impugnado) e parâmetro (decisão do STF tida por violada) implica a redefinição do conteúdo e do alcance do parâmetro. É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de *mutação constitucional* e de *inconstitucionalização de normas* (*des Prozess des Verfassungswidrigwerdens*), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão." Diante de tal possibilidade, o Ministro conclui que é viável a superação da decisão tomada em sede de controle concentrado no processo de reclamação. Essa possibilidade, segundo fundamenta, decorre do juízo hermenêutico inerente à interpretação constitucional e à leitura das normas infraconstitucionais à luz da Constituição. Para tanto, seria necessária a demonstração de "significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes". A superação, argumenta o Ministro Gilmar Mendes, poderia ser veiculada por meio de ação direta. No entanto, diante da evidente falta de plausibilidade de nova propositura, a reclamação seria o melhor meio para realizar tal evolução de entendimento, já que "a oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações."

Por outro lado, é importante notar que no voto vencedor da ADI 1.232/DF ficou decidido que seria constitucionalmente adequado o *requisito* estabelecido no art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993, ao regular o benefício do art. 203, V, da CF/88, de possuir a família do idoso ou da pessoa portadora de deficiência renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Esse entendimento, todavia, se deu com a rejeição expressa da interpretação defendida pelo Ministério Público e acolhida pelo relator original, que ficou vencido, no sentido de que a exigência não

seria, na verdade, um requisito, mas um *critério objetivo* que forneceria a presunção *juris et de jure* de necessidade assistencial, o que não elidiria a possibilidade de comprovação por outros meios e conforme o caso concreto. Ou seja, a decisão do tribunal local objeto da reclamação, na verdade, acolhia a interpretação do voto vencido que não prevaleceu no julgamento da ADI 1.232/DF. A improcedência da reclamação 4.374/PE manteve essa decisão contrária ao entendimento majoritário firmado no julgamento da ADI 1.232/DF, constituindo assim inequívoca superação daquele precedente. Tanto assim que esse entendimento então assentado na reclamação 4.374/PE passou a ser o entendimento paradigma para decisões nos casos similares posteriores.⁵⁴²

Portanto, conforme assentado no julgamento dessa reclamação 4.374/PE, a superação do precedente constitucional pode ocorrer no bojo da reclamação, assim como também pode se dar por meio de ação direta ou de recurso extraordinário. Todavia, a forma como realizada a superação nessa reclamação não se mostra adequada segundo os requisitos defendidos neste trabalho. Diferente do que ocorre na ação direta e no recurso, em que a superação é respectivamente fundamento da postulação inicial e do pedido recursal, na reclamação a superação surge como matéria de defesa. Assim, a decisão tomada imediatamente após a apresentação da defesa, como seria característico do procedimento da reclamação, não se mostra, todavia, condizente com a garantia de vedação da decisão surpresa (art. 10 CPC), tampouco com o requisito do contraditório qualificado. O mais adequado seria a formação de incidente para discutir a questão prejudicial da superação, o que poderia ser feito mediante questão de ordem.⁵⁴³ Suscitada a questão de ordem, à qual se deve dar ampla publicidade, deveria ser ouvida a parte reclamante, analisados eventuais requerimentos de intervenção de *amicus curiae* e considerada a importância da realização de audiência pública. Analisadas e tomadas essas providências conforme as especificidades do caso é que a questão da superação

⁵⁴² Rcl 4154 AgR, STF, Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli, j. 19/09/2013, publicação 21/11/2013 e Rcl 4134 AgR STF, Tribunal Pleno, Relator Min. Dias Toffoli, j. 19/09/2013, publicação 21/11/2013.

⁵⁴³ A exemplo do que foi instituído pela Emenda Regimental nº 24, de 28.09.2016, que alterou o Regimento Interno do STJ, para incluir a denominada “Revisão de Entendimento Firmado em Tema Repetitivo”, por meio de procedimento incidental instaurado mediante questão de ordem de iniciativa de Ministro integrante da turma julgadora ou do Ministério Público (artigos 256-S a 256-V).

deve ser enfrentada e decidida, de forma explícita, mediante fundamentação adequada e específica.

6. Revisão e cancelamento de súmula

Existe a possibilidade de modificação dos entendimentos sedimentados tanto em enunciados de súmula vinculante, como de súmula comum dos tribunais. Existem, no entanto, diferenças quanto à legitimidade, procedimento e requisitos.⁵⁴⁴

O art. 103-A da Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade de “revisão ou cancelamento” dos enunciados de súmula vinculante. Essa possibilidade é regulada na Lei 11.417/2006. A lei não trata especificamente das hipóteses que podem levar à revisão ou ao cancelamento da súmula vinculante. A única situação referida é a da revisão ou cancelamento decorrente de modificação ou revogação da lei na qual se fundou a edição do enunciado da súmula vinculante (art. 5º).⁵⁴⁵ No entanto, se o enunciado de súmula vinculante pode ser revisto ou cancelado em razão de superveniente alteração ou revogação de norma legal, a mesma possibilidade deve ser estendida para a alteração ou revogação da norma do precedente. Assim, verificada a perda da congruência social, o rompimento da consistência sistêmica ou grave erro na formação do precedente reiterado ou na linha de precedentes encadeados que deram origem ao enunciado de súmula, a hipótese é de revisão ou cancelamento do enunciado da súmula vinculante.

De acordo com o texto constitucional, a edição de enunciado de súmula vinculante pressupõe a existência de “reiteradas decisões” sobre a mesma questão constitucional (art. 103-A, CF), vale dizer, uma única decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal não seria suficiente para justificar a edição de

⁵⁴⁴ Enunciado 321 do FPPC (art. 927, § 4º): “A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal.”

⁵⁴⁵ “Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.”

enunciado de súmula vinculante. O mesmo, todavia, não acontece com a revisão ou cancelamento. Basta que exista um único caso no qual sejam discutidas as circunstâncias autorizadoras da modificação ou superação do precedente para tornar possível a revisão ou cancelamento da súmula. A razão é a mesma que autoriza a revisão de tese no incidente de superação de precedentes originados de procedimentos de formação concentrada de precedentes vinculantes: não se trata de assegurar isonomia, mas de assegurar a estabilidade dinâmica do ordenamento jurídico, de modo a permitir as adaptações diante de mudanças contextuais. Por outro lado, é essencial a existência de pelo menos um caso. Isto é, não se pode admitir a revisão ou cancelamento em tese de enunciado de súmula. Se antes essa compreensão não era clara, na vigência do CPC atual está evidente que o enunciado de súmula não pode ser interpretado e aplicado de forma desvinculada dos aspectos fático-jurídicos dos precedentes reiterados ou encadeados que lhe dão origem. O texto do enunciado deve refletir os fundamentos determinantes desses precedentes. Portanto, sua interpretação e aplicação exigem contextualização diante dessas circunstâncias fático-jurídicas. Dessa forma, só pode haver modificação ou superação da norma extraída desses fundamentos determinantes das decisões nos casos concretos (norma do precedente) diante do desgaste provocado pela mudança contextual verificada também a partir de caso concreto. São as circunstâncias fáticas do novo caso que permitem o diálogo com o precedente e a construção do raciocínio necessário para justificar a modificação ou superação.

A revisão e o cancelamento do enunciado da súmula vinculante podem ser realizados por via incidental ou direta (*proposta de revisão ou cancelamento de súmula*).⁵⁴⁶ Na primeira hipótese, a proposta de revisão ou cancelamento ocorre na sequência do julgamento de recurso ou ação originária em que foram discutidas as circunstâncias que levaram à modificação ou superação do precedente (matéria necessariamente afetada à competência do Tribunal Pleno e sujeita aos demais requisitos processuais da superação antes discutidos). Pode ser suscitada de ofício por qualquer Ministro e, inclusive, decidida na mesma sessão (art. 354-E do RISTF). E justamente porque é possível suscitá-la de ofício, o representante do Ministério Público, qualquer parte do recurso ou da ação originária, bem como o

⁵⁴⁶ A proposta de edição, revisão e cancelamento de súmula é regulada nos arts. 354-A a 354-G do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

amicus curiae poderão fazê-lo por meio de simples petição, caso não tenha sido suscitada de ofício na própria sessão de julgamento.

Na hipótese de revisão ou cancelamento por via direta, o requerimento (*proposta de revisão ou cancelamento*) é formulado por determinados órgãos, entidades ou pessoas legitimadas por lei diretamente ao Presidente do Supremo Tribunal Federal para instauração de procedimento específico com a finalidade de submeter a questão da revisão ou cancelamento do enunciado para discussão e deliberação perante o Tribunal Pleno. De acordo com o art. 3º da lei 11.417/2006, são legitimados a propor não só a edição, mas também a revisão e o cancelamento da súmula vinculante os mesmos legitimados para a propositura das ações diretas de controle de constitucionalidade (Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal), e mais o Defensor Público Geral da União e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Além desses legitimados para proporem de forma direta a edição, a revisão e o cancelamento da súmula vinculante, a lei ainda prevê a legitimidade dos Municípios, porém, no caso específico deles, de forma incidental, no curso de processo em que seja parte (§ 1º do art. 3º). Essa diferenciação entre requerimento de forma direta e incidental não significa, como antes explicado, que o requerimento possa ser formulado em tese na via direta. Há sempre a necessidade de justificar a proposta de revisão ou cancelamento diante de circunstâncias concretas. Note-se, por outro lado, a similaridade entre a ação direta de superação e a proposta de revisão e cancelamento de enunciado de súmula pela via direta motivada pela superação de precedente. Em ambas a questão discutida é a superação do precedente. Na proposta pela via direta, os legitimados do art. 3º da Lei 11.417/2006 levam a questão da superação do precedente reiterado ou da linha de precedentes que deu origem ao enunciado de súmula diretamente ao respectivo tribunal superior como fundamento para sua revisão ou cancelamento. Todavia, enquanto a ação

direta de superação é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a proposta de revisão ou cancelamento por via direta pode ser instaurada tanto no âmbito do Supremo como do Superior Tribunal de Justiça conforme o caso.

O procedimento é regulado pelo Regimento interno do Supremo Tribunal Federal.⁵⁴⁷ O procedimento de revisão ou cancelamento é o mesmo da edição. A proposta de revisão ou cancelamento do enunciado de súmula tramitará sob a forma eletrônica e as informações correspondentes ficarão disponíveis aos interessados no *site* do STF. A proposta será recebida, autuada e submetida à apreciação do Presidente do STF, que terá o prazo de 5 (cinco) dias para exame da admissibilidade quanto aos requisitos.⁵⁴⁸ Rejeitada liminarmente a proposta, caberá agravo regimental. Admitida a proposta, será publicado edital para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias. Será então intimado o Procurador-Geral da República para apresentar sua manifestação sobre a proposta. Em seguida, a proposta será submetida, em meio eletrônico, aos Ministros que compõem a Comissão de Jurisprudência, para manifestação no prazo comum de 15 (quinze) dias. Decorrido esse prazo, a proposta será submetida aos demais Ministros por igual prazo. Finalmente o Presidente submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta. O teor do enunciado aprovado e a reprodução dos debates que lhe deram origem deverão constar do acórdão e das publicações dos julgamentos no Diário da Justiça Eletrônico (art. 354-A ao art. 354-G do RISTF).⁵⁴⁹ A Lei 11.417 prevê, ainda, a possibilidade de manifestação do *amicus curiae* (§ 2º do art. 3º) e do Procurador Geral da República, nas propostas que não forem da sua iniciativa (art. 2º, § 2º).

A decisão pela edição, revisão ou cancelamento da súmula dependerá da aprovação de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal reunidos em sessão plenária (art. 2º, §3º, da Lei 11.417/2006). De acordo ainda com a lei, a instauração

⁵⁴⁷ Lei 11.417/2006, Art. 10: “O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

⁵⁴⁸ Os requisitos para edição da súmula resultam da interpretação conjunta do dispositivo constitucional com o art. 2º, § 1º, da Lei 11.417/2006 e, ainda, o art. 927 do CPC.

⁵⁴⁹ Incluído pela Emenda Regimental n. 46, de 6 de julho de 2011.

do procedimento para revisão ou cancelamento do enunciado de súmula não autoriza a suspensão dos processos nos quais se discuta a mesma questão (art. 6º).⁵⁵⁰

Não somente os enunciados da súmula vinculante do STF podem ser objeto de proposta de revisão ou cancelamento. As súmulas dos demais tribunais superiores e inferiores devem também refletir as mudanças nos precedentes que levaram à edição de enunciados. Diferente do que ocorre com a súmula vinculante do STF, não há lei regulando o procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula comum. Dessa forma, cada tribunal estabelece as regras em seus regimentos internos. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça a matéria é regulada especificamente no art. 125 do seu Regimento Interno. A proposta de mudança de entendimento consolidado em súmula pode ser suscitada por qualquer dos Ministros em julgamento de novo caso similar perante a Turma. Se acolhida, o feito será remetido julgamento na Seção ou na Corte Especial, conforme o caso. Promovida a mudança do entendimento, a revisão ou o cancelamento do respectivo enunciado de súmula será objeto de decisão pela maioria absoluta dos integrantes do órgão julgador, com a presença de pelo menos 2/3 dos seus membros (art. 125 do RISTJ).⁵⁵¹ Não há, portanto, um instrumento de revisão ou cancelamento por via direta. A mudança somente pode ser promovida de forma incidental diante de novo caso similar.

Como se percebe, tanto em relação à súmula vinculante como à súmula comum, qualquer alteração, seja revisão ou cancelamento, é consequência da

⁵⁵⁰ “Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.”

⁵⁵¹ “Art. 125. Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno.

§ 1º Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário.

§ 2º Se algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência compendiada na súmula, em julgamento perante a Turma, esta, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial ou da Seção, dispensada a lavratura do acórdão, juntando-se, entretanto, a certidão de julgamento e tomando-se o parecer do Ministério Público Federal. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 35, de 2019)

§ 3º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes.

§ 4º Ficarão vagos, com a nota correspondente, para efeito de eventual restabelecimento, os números dos enunciados que o Tribunal cancelar ou alterar, tomando os que forem modificados novos números da série.”

mudança do entendimento consolidado no enunciado, vale dizer, é resultado da modificação ou da superação do precedente reiterado ou dos precedentes encadeados que deram origem ao enunciado e, portanto, devem observar os requisitos materiais e processuais da superação.

7. Considerações finais

Como assentado, superação é a revogação total ou parcial do precedente vinculante por outro precedente. Somente o órgão competente para a formação do precedente vinculante pode promover sua superação mediante emprego da técnica adequada (recurso, incidente ou ação direta). Por outro lado, a revogação do precedente por lei posterior não caracteriza superação e, portanto, constitui questão que pode ser conhecida e decidida por qualquer órgão jurisdicional por ocasião do julgamento da causa ou da questão.

De certo modo, a superação modifica a jurisprudência, enquanto conjunto de decisões dos tribunais que podem ou não constituir precedentes. É nesse sentido que os §§ 2º a 4º do art. 927 do CPC, ao se referirem à alteração ou modificação da jurisprudência ou da tese jurídica, estão a tratar também da superação. A superação parcial, todavia, não se confunde com a distinção restritiva. Distinções ampliativas e restritivas modificam o precedente, estendendo ou limitando sua hipótese de incidência em relação a situações novas não consideradas por ocasião da formação do precedente. O núcleo do precedente, todavia, não é alterado. Na superação parcial, uma parte do precedente (ou melhor, da norma do precedente) é revogada, deixando de ser parâmetro para julgamento de casos posteriores similares.

Considere-se o seguinte caso ilustrativo: é proibida a circulação de veículos em parte da cidade conforme norma extraída de determinado precedente. Surge então a questão de saber se essa proibição abrange ou não a circulação de bicicletas motorizadas. Se essa questão não foi objeto de discussão no precedente, nada impede que o julgador do caso posterior a decida. Se estender a proibição também para a circulação de bicicletas motorizadas naquela parte da cidade haverá distinção ampliativa (a norma do precedente será ampliada para abarcar também essa situação); se o julgador interpretar o precedente no sentido de excluir da incidência

da sua norma essa nova situação, haverá uma distinção restritiva (a norma do precedente será limitada pelo entendimento de que essa nova situação não é por ela abrangida). Porém, se essa questão da circulação de bicicletas motorizadas foi discutida no precedente e, portanto, já está por ele abrangida, não há espaço para sua modificação por meio de distinção. A modificação da regra de proibição da circulação de bicicletas, nesse caso, só poderia ser realizada mediante revogação parcial da regra, vale dizer, por superação parcial, observados os requisitos materiais e processuais, ou então por lei.

Olhando para esse exemplo, é possível verificar como as dinâmicas da distinção e da superação são diferentes. A distinção pode ser apreciada por qualquer órgão julgador, mesmo que importe na ampliação ou na restrição do precedente. Trata-se de questão ligada à construção da norma do precedente, que pode decorrer de encadeamento de precedentes que se complementam. No entanto, para que essa complementação tenha força vinculante é preciso que a questão chegue em algum momento a ser decidida pelo órgão competente para a formação do precedente vinculante. Assim, se a questão envolve interpretação de lei federal, ela deve ser decidida em última instância pelo tribunal superior competente. Do contrário não formará precedente vinculante. A superação, por sua vez, envolve revogação do precedente, ainda que parcial, e por isso só pode ser realizada pelo tribunal competente. Dessa forma, a questão da superação deve necessariamente chegar ao tribunal competente. Do contrário haverá risco inaceitável de estagnação do direito. A distinção pura é técnica de aplicação do precedente. O controle da aplicação do precedente, o que inclui a permissão ou não da apreciação da distinção pura por tribunais superiores, é matéria de política judiciária. Já as distinções ampliativas e restritivas são técnicas de modificação de precedentes e, por isso, devem ser decididas em última instância pelo tribunal competente para formação de precedentes vinculantes, de modo a manter a integridade e coerência do sistema. A superação total ou parcial é também técnica de modificação de precedentes, porém, com a peculiaridade de que só pode ser decidida pelo órgão competente para formação de precedentes vinculantes. Assim, o sistema deve assegurar mecanismos que possibilitem a submissão da questão ao tribunal competente, sob pena de violação da segurança jurídica.

Por outro lado, quando há revogação do precedente por lei, cabe a qualquer órgão jurisdicional o exame da compatibilidade dessa lei revogadora com as normas constitucionais. Tal competência decorre do controle difuso de constitucionalidade previsto no ordenamento constitucional brasileiro. Assim, é possível a qualquer órgão jurisdicional manter a aplicação do precedente revogado por lei mediante reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da lei revogadora. O mesmo não ocorre, todavia, com a superação. É possível considerar inconstitucional um precedente revogador. Por exemplo, quando os fundamentos determinantes desse precedente revogador são incompatíveis com as normas constitucionais pode-se afirmar que se trata de precedente inconstitucional. No entanto, não cabe a qualquer órgão julgador afastar esse precedente sob argumento de inconstitucionalidade dos seus fundamentos. O controle difuso de constitucionalidade é um poder-dever, conferido pela Constituição Federal a todos os órgãos jurisdicionais, para assegurar a compatibilidade das leis e atos normativos com as normas constitucionais. O seu objeto é estritamente a compatibilidade de atos em regra do legislativo e do executivo (leis e atos normativos). O controle difuso de constitucionalidade não abrange o controle de decisões judiciais, embora essas decisões também possam ser diretamente incompatíveis com normas constitucionais e, portanto, inconstitucionais. Mas esse controle das decisões inconstitucionais se dá mediante o uso de recursos e ações impugnativas autônomas, não sendo a inconstitucionalidade dos fundamentos passível de reconhecimento incidental em caso posterior. A inconstitucionalidade dos fundamentos do precedente revogador pode configurar grave erro na formação desse precedente ou ser fruto de mutação constitucional posterior. De uma forma ou de outra pode constituir fundamento para seu afastamento mediante novo precedente revogador, ou seja, mediante superação, observadas os requisitos materiais e processuais. Portanto, não cabe o afastamento do precedente inconstitucional (cujos fundamentos sejam incompatíveis com as normas constitucionais) por qualquer órgão jurisdicional, mas somente por meio de superação pelo órgão competente.

Situação diferente é a do precedente que não observa os requisitos materiais e processuais, ou seja, aquele que não está fundamentado na perda de congruência social, no rompimento da consistência sistêmica ou no grave erro da decisão formadora, ou ainda, que não tenha sido formado com observância da competência,

do contraditório qualificado ou da fundamentação adequada e específica. Nessa situação, embora a decisão seja válida para o caso julgado, pelo menos enquanto não desconstituída por ação rescisória, se for o caso, ela não preencherá os requisitos mínimos para ter eficácia vinculante, ou seja, para se constituir como precedente vinculante. Assim sendo, sua ineficácia como precedente vinculante pode ser reconhecida por qualquer órgão julgador, não se tratando de hipótese de superação.

PARTE FINAL - CONCLUSÕES

A análise empreendida no curso deste trabalho leva às conclusões sinteticamente expostas nesta parte final quanto aos diversos aspectos que constituem o regime da superação do precedente vinculante no direito brasileiro atual, a despeito das lacunas legislativas.

No paradigma atual da segurança jurídica (*segurança-continuidade*) a estabilidade substitui a concepção de imutabilidade. A estabilidade não é avessa à ideia de mudança. Ao contrário, não há estabilidade sem a consideração da possibilidade de mudança, assim como não há mudança possível sem respeito à estabilidade, tal qual um passeio de bicicleta: o ciclista que para, cai. Há, portanto, uma relação recíproca e indissociável, como uma relação simbiótica, entre estabilidade e mudança. Essa mesma ligação existe entre vinculação e superação do precedente, na medida em que esses conceitos derivam dos conceitos de estabilidade e de mudança. Vinculação e superação são, portanto, como duas faces de uma mesma moeda. Somente há superação onde há vinculação e não se concebe vinculação sem a possibilidade, ainda que excepcional, de superação. Uma não existe sem a outra.

Superação é a técnica processual por meio da qual o tribunal competente, diante de situações excepcionais, afasta o precedente vinculante aplicável ao caso concreto, estabelecendo um novo precedente que, dessa forma, revoga total ou parcialmente a norma do precedente anterior. Realizada a superação do precedente, duas regras impositivas são criadas: (a) uma relacionada à revogação da norma do

precedente anterior e (b) outra relacionada ao novo precedente a partir dali criado, que produzirá nova norma do precedente.

A superação em sentido estrito é sempre do precedente vinculante. A jurisprudência e o precedente persuasivo não estão sujeitos à superação e, consequentemente, aos seus requisitos específicos. Podem, assim, ser afastados por qualquer órgão jurisdicional no julgamento de caso posterior similar, desde que observada a exigência da fundamentação adequada e específica. A alteração legislativa também não se confunde com a superação. Portanto, qualquer órgão jurisdicional pode afastar entendimento consolidado anterior diante da constatação da mudança legislativa.

A superação encontra suporte legal no art. 927, §§ 2º a 4º do CPC. Embora não haja menção expressa à superação nesses dispositivos, é possível ver a superação como espécie de mudança, modificação ou alteração do precedente vinculante. Isto porque a decisão que acarreta a superação do precedente (ou melhor, da norma do precedente) é também um precedente, que substitui o anterior como fonte normativa. Essa decisão pode estabelecer uma nova solução para a situação antes regulada pelo precedente superado ou simplesmente estabelecer que aquela solução não se aplica mais a essa situação específica. De uma forma ou outra, a decisão que importa na superação estabelece uma nova norma jurídica para a situação específica (norma do precedente), aplicável ao eventual caso similar posterior, em substituição à norma do precedente revogado. Nesse sentido amplo, esse novo precedente altera ou modifica a solução dada pelo precedente anterior. Destarte, a superação promovida pelo novo precedente pode ser compreendida como forma de modificação ou alteração do precedente anterior, para revogá-lo total ou parcialmente.

Também constituem formas de alteração ou modificação do precedente as distinções ampliativas e restritivas. Nas distinções ampliativas há um alargamento da norma do precedente para abranger situações antes não identificadas como hipóteses de incidência. Nas distinções restritivas há uma limitação para excluir situações identificadas no caso posterior como incompatíveis com a norma do precedente. Dessa forma, enquanto a superação é técnica revogatória do precedente,

as distinções ampliativas ou restritivas constituem técnica de complementação do precedente (para ampliar ou restringir sua hipótese de incidência, mas sempre preservando o seu núcleo). Consequentemente, a superação compete apenas ao mesmo órgão formador do precedente, enquanto as distinções ampliativas ou restritivas cabem a qualquer órgão julgador diante do caso concreto similar posterior.

A superação implícita ou tácita é incompatível com o direito brasileiro, assim como as formas de distinção com eficácia revogatória encontradas no direito comparado (distinção inconsistente, transformação e *overriding*). Essas técnicas são incompatíveis com a exigência de contraditório qualificado (art. 10 c/c art. 927, § 2º do CPC) e o dever de fundamentação adequada e específica (art. 489, § 1º, VI, c/c art. 927, § 4º CPC).

A sinalização, como técnica de antecipação dos elementos necessários para uma efetiva mudança posterior de entendimento consolidado (e não como mera postergação da superação inobstante o reconhecimento atual do desgaste do precedente) é técnica compatível com o direito brasileiro.

É também compatível com o direito brasileiro o afastamento do precedente diante de provável superação (inadequadamente denominada “superação antecipada do precedente”). A identificação pelo julgador da situação de probabilidade iminente de superação formal permite a antecipação do afastamento do precedente no caso concreto similar por decisão devidamente fundamentada na forma do art. 489, § 1º, VI, do CPC.

Não há que se falar em precedente intrinsecamente imutável ou absolutamente vinculante. Essa ideia é incompatível com a concepção de estabilidade e, portanto, com a próprio conceito de superação no paradigma da segurança-continuidade. Não obstante, é possível vislumbrar precedentes, em especial aqueles que consagram direitos fundamentais, que se tornam fontes basilares de ordenamentos jurídicos no contexto civilizatório atual. Dessa forma, se mostra impensável sua superação diante desse contexto. Por isso alguns autores os denominam de superprecedentes. No direito brasileiro, todavia, os direitos

fundamentais estão consagrados como cláusulas pétreas na Constituição Federal, ou podem ser a ela agregados por meio de tratados que, uma vez internalizados, formam o bloco de constitucionalidade. Não há espaço, portanto, para instituição de direitos fundamentais por meio de precedentes em nosso sistema. Por outro lado, eventuais precedentes interpretativos desses direitos fundamentais não podem ser considerados, intrinsecamente, imutáveis ou absolutamente insuscetíveis de superação. Tal premissa seria incompatível com a concepção de estabilidade. Em tese, havendo mudança de contexto é possível a alteração na interpretação.

A superação só pode ocorrer em situações excepcionais. Embora a legislação processual não aponte explicitamente quais seriam essas situações, é possível deduzi-las das regras estruturantes do sistema de precedentes brasileiro. Assim, cabe a superação nas hipóteses de (a) perda da congruência social (precedente desgastado diante do novo contexto fático); (b) rompimento da consistência sistêmica (precedente incompatível com o novo contexto jurídico) e (c) grave erro na formação do precedente (o que não significa mera discordância com o precedente ou mudança de opinião; o erro é evidente quando o resultado fornecido pelo Tribunal não está dentro do âmbito de possibilidade de interpretação do texto normativo e as consequências são graves quando repercutem de forma ampla na sociedade). A superação do “precedente desgastado” encontra fundamento no dever de coerência; a superação do “precedente incompatível”, no dever de integridade; e a superação do “precedente gravemente errado” tem justificativa no próprio dever de estabilidade. Tais situações foram consideradas neste trabalho como requisitos materiais para a justificação da superação.

A segurança jurídica exige estabilidade do precedente para que os jurisdicionados possam prever o resultado de suas ações. A isonomia, por sua vez, exige que casos iguais sejam decididos da mesma forma. Assim, a preservação do precedente, em regra, atua na promoção da segurança jurídica, na medida em que aumenta o grau de confiabilidade e calculabilidade dos jurisdicionados e, também, da isonomia, ao garantir que situações semelhantes tenham a mesma solução. Para que a superação possa se justificar é necessário não só a presença de, ao menos, um dos requisitos materiais analisados – perda da congruência social, rompimento da consistência sistêmica ou grave erro na formação do precedente – como também é

preciso que os princípios da segurança jurídica (em especial na sua vertente de proteção da confiança) e da isonomia estejam alinhados com a ideia de superação, mais do que com a de preservação do precedente. Assim, se for mais importante assegurar a isonomia ou proteger a confiança dos jurisdicionados do que restabelecer a congruência social ou a consistência sistêmica, ou ainda corrigir o grave erro na formação do precedente, então a presença isolada desses requisitos não será suficiente para autorizar a superação.

A superação está também sujeita a requisitos processuais que condicionam a validade e a eficácia da norma revogatória emanada da decisão que a realiza. São três os requisitos processuais da superação: (a) a competência para realização da superação (sempre do órgão também competente para a formação do precedente); (b) o contraditório qualificado (contraditório prévio e com as garantias de participação ampliada e de não surpresa) e (c) a fundamentação adequada e específica. A inobservância desses requisitos invalida a superação, tornando-a passível de questionamento e controle judicial.

A mudança abrupta de entendimento é incompatível com o dever de estabilidade e fere os postulados da confiabilidade e da calculabilidade que compõem o princípio da segurança jurídica. Dessa forma, sendo o caso de superação, devem ser protegidas as situações subjetivas já reconhecidas e consolidadas, bem como assegurada a transição do ordenamento de modo a evitar alterações bruscas e violentas. Essa mudança com segurança é possível mediante emprego das regras de transição, dentre as quais a modulação de efeitos. O uso das regras de transição é obrigatório quando identificada a necessidade de evitar o rompimento abrupto da estabilidade.

O Código de Processo Civil trata especificamente da modulação de efeitos como regra de transição na mudança de entendimento jurisprudencial (incluindo a superação de precedente). É possível limitar os efeitos da decisão em relação aos seus *aspectos temporais* para estabelecer eficácia diferente da retroativa, considerada regra geral (modulação temporal), como também em seus *aspectos subjetivos* para diferenciar os efeitos em relação a determinados jurisdicionados que se encontrem em determinada situação jurídica (modulação subjetiva), ou ainda em

seus *aspectos materiais* para abranger apenas atos ou negócios jurídicos (modulação material).

A *modulação temporal* pode sofrer gradações em sua eficácia. Assim, a modulação temporal pode ser: (a) retroativa pura; (b) retroativa mitigada; (c) prospectiva mitigada; (d) prospectiva pura e (e) prospectiva futura. Na modulação retroativa pura, o novo entendimento abrange as situações passadas, inclusive objeto de decisões transitadas em julgado, servindo dessa forma de fundamento para ação rescisória. Na retroativa mitigada, o novo entendimento é aplicado às situações passadas, desde que não tenham transitado em julgado, não servindo assim de fundamento para ação rescisória. Na prospectiva mitigada, o novo entendimento é aplicado ao caso concreto e apenas às situações novas, surgidas após o precedente. Na prospectiva pura, o novo entendimento serve apenas aos casos posteriores, não sendo aplicado ao caso concreto em que foi formado. Na prospectiva futura, o tribunal determina previamente o momento no futuro a partir do qual a superação terá eficácia.

A modulação dos efeitos da decisão de superação ou modificação de entendimento consolidado somente é autorizada para manter a segurança jurídica ou proteger o interesse social (art. 927, §3º, CPC). Mantém-se a segurança jurídica protegendo a confiança legítima dos jurisdicionados que pautaram suas ações no entendimento superado e evitando surpresa injusta. Protege-se o interesse social evitando prejuízo relevante para a sociedade.

Quanto aos aspectos processuais, a modulação é questão de ordem pública e pode ser suscitada de ofício pelo julgador ou por qualquer participante do processo. É também questão jurídica autônoma, que não se confunde com a discussão sobre a superação do precedente. As duas questões podem ser resolvidas em uma mesma decisão ou em decisões separadas, inclusive em processos separados. É competente para a modulação o mesmo órgão formador do precedente. O quórum para a modulação dos efeitos na superação é o da maioria simples, não sendo aplicável o quórum qualificado previsto para a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade no controle concentrado e abstrato. Os

mesmos cuidados exigidos em relação ao contraditório e à fundamentação da decisão de superação são aplicáveis à modulação dos seus efeitos.

A modulação dos efeitos é uma espécie de regra de transição. O fato de o Código de Processo Civil tratar apenas da modulação não impede o uso de outras regras de transição, como a compensação financeira e a ajuda de adaptação.

No direito brasileiro, a superação do precedente pode ser promovida por diferentes meios processuais, não excludentes entre si, independentemente de como se formou o precedente vinculante: (a) pela via concentrada autônoma (*ação direta de superação*); (b) pela via concentrada incidental (*incidente de superação*) e (c) pela via recursal nos casos concretos (*superação pela via recursal*).

Superação pela via concentrada autônoma (*ação direta de superação*). A eficácia da decisão de controle de constitucionalidade proferida em ação direta não se confunde com a eficácia do precedente constitucional formado nessas mesmas ações. Dessa forma, não há óbice para a propositura de nova ação direta (ADI, ADC ou ADPF) para rediscutir o precedente constitucional, desde que sejam apresentados elementos distintos que demonstrem a mudança contextual. Ao menos três situações podem levar à revisão ou superação do precedente constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: (a) quando é declarada a constitucionalidade de lei ou ato normativo e sobrevém a mudança contextual; (b) quando é editado novo ato normativo de conteúdo idêntico a ato normativo anteriormente declarado inconstitucional e expurgado do ordenamento em outro contexto; (c) quando em vigor no ordenamento jurídico atos normativos formalmente diferentes, embora com o mesmo conteúdo ou conteúdos semelhantes (por exemplo, leis de conteúdo idêntico, mas de Estados ou Municípios diferentes), e um deles tiver sido declarado constitucional ou inconstitucional em outro contexto.

Superação pela via concentrada incidental (*incidente de superação*). Os precedentes formados em IRDR, IAC, REER e IAI podem ser superados por meio de novo incidente instaurado com o propósito específico de promover a superação (denominado no CPC de “revisão de tese”). Essa via não impede que a superação seja realizada por outros caminhos, desde que observados os requisitos materiais e

processuais, em especial a questão da competência. Qualquer que seja a natureza do incidente (IRDR, IAC, REER e IAI), as regras relativas à competência, legitimidade, contraditório, fundamentação e procedimento previstas expressamente para algum desses incidentes, também aplicáveis à superação (revisão da tese), aplicam-se aos demais para os quais não haja regra expressa. Para a instauração do incidente de superação (revisão de tese), não incide o requisito da demonstração da efetiva repetição de processos com a mesma tese estabelecido para incidente de formação, sendo suficiente um único processo em que se discute tese relevante capaz de ensejar a superação.

Superação pela via recursal nos casos concretos (*superação pela via recursal*). A superação é matéria tipicamente recursal. No sistema brasileiro, admite-se a superação também por via de ação direta (no caso de superação do precedente constitucional) ou de incidente de revisão (no caso de superação de precedentes decorrentes de incidentes de formação concentrada de precedentes), conforme destacado. Dessa forma, sempre deve ser permitida a superação por meio de recurso extraordinário ou de recurso especial, conforme a natureza do precedente, ao tribunal superior competente. É inconstitucional qualquer restrição de acesso aos tribunais superiores para discutir a superação de precedentes formados nesses tribunais. A superação não se confunde com o controle da aplicação do precedente. Assim, não cabe a negativa de seguimento de recursos excepcionais fundados explicitamente na alegação de superação (desde que preenchidos os demais requisitos intrínsecos e extrínsecos desses recursos), sob a alegação de incidência de precedente vinculante formado pela sistemática dos recursos repetitivos ou com repercussão geral (justamente aquele que se objetiva superar), de modo a impedir sua remessa ao tribunal superior competente. A retenção, indevida nesses casos, importa em usurpação da competência dos tribunais superiores e, conseqüentemente, legitima o uso da reclamação como meio para assegurar o enfrentamento da questão pelo tribunal superior competente.

Embora se trate de matéria tipicamente recursal, a superação pode ser reconhecida incidentalmente no âmbito da reclamação proposta com o objetivo de fazer cumprir o precedente vinculante desrespeitado nas instâncias ordinárias. Nesse caso devem ser observados os requisitos materiais e processuais inerentes à

superação, inclusive o contraditório qualificado, o que impede o acolhimento da questão suscitada em defesa ou de ofício sem a oitiva da outra parte ou das partes.

A modificação de entendimentos sedimentados em enunciados de súmula (vinculante ou comum) pode ocorrer por qualquer das vias antes descritas (recursal, incidental ou concentrada autônoma, no caso específico do precedente constitucional). Uma vez ocorrida a superação, será obrigatória a revisão ou cancelamento do respectivo enunciado de súmula, tal como acontece diante da superveniência de lei que modifica o entendimento sumulado (revisão ou cancelamento incidental). Não obstante, é possível também, no caso de entendimentos sumulados, a revisão ou cancelamento por via direta. Nesse caso, é possível aos legitimados do art. 3º da Lei 11.417/2006 levar a questão da superação do precedente reiterado ou da linha de precedentes que deu origem ao enunciado de súmula diretamente ao respectivo tribunal superior como fundamento para a proposta de revisão ou cancelamento de súmula. Trata-se de hipótese similar à ação direta de superação. Todavia, tal ação direta é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, enquanto a proposta de revisão ou cancelamento por via direta pode ser instaurada tanto no âmbito do Supremo como do Superior Tribunal de Justiça conforme o caso.

A distinção pura é técnica de aplicação do precedente. O controle da aplicação do precedente, o que inclui a permissão ou não da apreciação da distinção pura por tribunais superiores, é matéria de política judiciária. Já as distinções ampliativas e restritivas são técnicas de modificação de precedentes e, por isso, devem ser decididas em última instância pelo tribunal competente para formação de precedentes vinculantes, de modo a manter a integridade e coerência do sistema. A superação total ou parcial é também técnica de modificação de precedentes, porém, com a peculiaridade de que só pode ser decidida pelo órgão competente para formação de precedentes vinculantes. Assim, o sistema *deve* assegurar mecanismos que possibilitem a submissão da questão ao tribunal competente, sob pena de violação da segurança jurídica.

Quando há revogação do precedente por lei, cabe a qualquer órgão jurisdicional o exame da compatibilidade dessa lei revogadora com as normas

constitucionais (controle difuso de constitucionalidade). Assim, é possível a qualquer órgão jurisdicional manter a aplicação do precedente revogado por lei mediante reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da lei revogadora.

O mesmo não ocorre, todavia, com a superação. Não cabe a qualquer órgão julgador afastar esse precedente sob argumento de inconstitucionalidade dos seus fundamentos. O controle difuso de constitucionalidade não abrange o controle de decisões judiciais, apenas de leis ou atos normativos do legislativo e do executivo, embora as decisões também possam ser diretamente incompatíveis com normas constitucionais e, portanto, inconstitucionais. Mas esse controle das decisões inconstitucionais se dá mediante o uso de recursos e ações impugnativas autônomas, não sendo a inconstitucionalidade dos fundamentos passível de reconhecimento incidental em caso posterior. A inconstitucionalidade dos fundamentos do precedente revogador pode configurar grave erro na formação desse precedente ou ser fruto de mutação constitucional posterior. Dessa forma, pode constituir fundamento para nova superação, observadas os requisitos materiais e processuais. Por essa razão, o precedente inconstitucional (cujos fundamentos sejam incompatíveis com as normas constitucionais) só pode ser afastado mediante superação e não por decisão incidental de inconstitucionalidade no caso posterior similar.

Situação diferente é a do precedente que não observa os requisitos materiais e processuais. Embora a decisão judicial tratada indevidamente como precedente vinculante nessa circunstância seja válida para o julgamento do caso concreto enquanto não rescindida, a inobservância dos requisitos impede que tal decisão se constitua como precedente vinculante. Assim sendo, o reconhecimento da sua ineficácia como precedente vinculante pode ser reconhecida por qualquer órgão julgador, não se tratando de hipótese de superação.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. La tesis de la unicarespuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Disponível em https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10797/1/Doxa8_01.pdf Acesso em 20 set 2018

ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial. São Paulo: RT, 2014

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante- a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luis Afonso Heck. 4ª ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ALEXY, Robert. DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. Interpreting Precedents. A comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 17/64.

ALMEIDA, Danilo dos santos; BOGOSSIAN, André Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 1, 2016.

ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista de processo. São Paulo, RT, v. 172, jun. 2009.

ALVIM, Teresa Arruda; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES Jr; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, William Santos. Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM, Teresa Arruda. (coord.) Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

ALVIM. Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres e MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

ANDREWS, Neil. O Moderno Processo Civil. Formas Judiciais e Alternativas de Resolução de Conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 46, p. 121 a 155, jan/jun 2015.

ATAÍDE Jr. Jaldemiro Rodrigues de. As tradições de civil law e common law. In DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs.). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012. Salvador: Jus Podivm, 2013

ATAÍDE Jr. Jaldemiro Rodrigues de. “Uma análise das relações jurídicas continuadas à luz da Teoria do Fato Jurídico”. Pontes de Miranda e o Direito Processual. Fredie Didier Jr, Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (Coord). Salvador: Editora JusPodivm, 2013

ATAÍDE Jr. Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, v. 229, p. 377-401, mar. 2014,

ATAÍDE Jr. Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituído pelo NCPC. DIDIER JR, Fredie et al. (coord.) Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 2019.

ÁVILA, Humberto. A doutrina e o direito tributário. Fundamentos do direito tributário. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta? <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/> Acesso em 20 set 2018

BAHIA, Alexandre Melo Franco. Súmulas estão sujeitas a diversas interpretações. <https://www.conjur.com.br/2009-ago-24/sumula-mesmo-vinculante-sujeita-diversas-interpretacoes> Acesso em: 20.set.2018

BANKONSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech and MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedent. in MACCORMICK, NEIL e SUMMERS, ROBERT S. Interpreting precedents: a comparative study. London and New York: Routledge, 2016.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Nas fronteiras da argumentação. A discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. 2ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e Sempre a coisa julgada. in: Direito Processual Civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 133.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 246, 1974.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual (segunda série)*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 255/266.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal brasileño. In: *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199/210.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 102, n. 383, jan/fev. 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOZA, Estefânea Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar 2005.

BARROSO, Luís Roberto. (Org.) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BENEDUZI, Renato. Introdução ao processo civil alemão. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2a. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, luiz (org.). Limites do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. Stare indecisis. The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. Cambridge University Press, 1995

BUENO. Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2a. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2014.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo código de processo civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (Msterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. Revista de Processo. São Paulo, RT, v. 147, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança da jurisprudência consolidada. Revista de Processo. São Paulo, RT, v. 221, jul. 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo. Introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Editora JusPodivm, 2020

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. Publicado em 12.02.2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes> Acesso em 22 set 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. Formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo, Atlas, 2018.

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

CAMBI, Eduardo, Jurisprudência lotérica, in Revista dos Tribunais, vol. 786, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. O Controle de constitucionalidade das leis no direito comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. El proceso civil em el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, reimpressão 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Processo, ideologias e sociedade. Volume I. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CÁRCOVA. Carlos María. As teorias jurídicas pós-positivistas. Henrique Júdice Magalhães (trad.) Belo Horizonte- MG: Casa do Direito, 2016.

CHIARLONI, Sergio. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. Revista de Processo. São Paulo: Saraiva, v. 229, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela das instituições. Revista de Processo, vol. 244, jun/2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Comentários ao Código de Processo Civil. Helder Câmara (coord.) Lisboa: Almedina, 2016

CRAMER, Ronaldo. Ação rescisória por violação da norma jurídica. 2ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais. Teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR, Fredie e outros (orgs). Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 445/458.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo constitucional e estado democrático de direito. 3ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; freire; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Gabriel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs). Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie (org.). Ações constitucionais. 4a. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2014

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. (Coord.) Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2015.

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 (et al). Precedentes. Capítulo 17, p. 383/397.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil vol. 2, 15ª. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. Palestra “Questões sobre o art. 1.030 do CPC”, ministrada no X Congresso de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Disponível em www.oabmg.org.br/novocpc/home/X_congresso_ncpc. Último acesso em 19.12.2020

DUXBURY, NEIL. The nature and authority of precedent. Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. A matter of principle. New York: Oxford University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. Law's empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC. Efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. 2ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5a. Ed., São Paulo: RT, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. *A possibilidade de separação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015*. Salvador: Jus Podivm, 2018.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3a. Ed. Bahia: Jus Podivm, 2016.

FINI, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

FREIRE, Alexandre. Possibilidades institucionais e procedimentais do controle incidental: recurso extraordinário e repercussão geral. In MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coordenadores). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle de Constitucionalidade*. Revista de Processo. São Paulo, v. 23, n. 90, abril/junho de 1998.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions By United States Court of Appeals, 51 Fordham L. Rev. 53 (1982), available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol51/iss1/2>.

LASSER, Mitchel de S-O-I' E. Judicial deliberations. A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy. Oxford. 2004.

LEAL, Roger Stiefelmann. O efeito vinculante na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387/42051>
Acesso em 22.09.2018.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. Revista de Direito GV, v. 12, n. 3, set./dez. 2016, p. 830.

LEITE, Fábio Carvalho. Controle de constitucionalidade. Aspectos controversos. Curitiba: Juruá editora, 2015.

LEITE, Fábio Carvalho; BRANDO, Marcelo Santini. Dispersão de Fundamentos no Supremo Tribunal Federal. Revista Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 48, p. 139-166, 2016.

LEITE, George Salamão; STRECK, Lenio Luiz. Interpretação, retórica e linguagem. Salvador: Jus Podivm, 2018.

LENZA, Pedro. Coisa Julgada erga omnes no direito brasileiro. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

LIEBMAN. Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 4^a. ed., 2006.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Waldéa Barcellos (trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. Interpreting Precedents. A comparative study. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. 3^a. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

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

MACÊDO, Lucas Buril de. A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários. O pernicioso art. 1.030 do Código de Processo Civil e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de

precedentes vinculantes (in DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da [Coord.] Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Julgamentos de Casos Repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARCONDES, Danilo. As armadilhas da linguagem. Significado e ação para além do discurso. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade. 4a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A força dos precedentes. Bahia: Jus Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. Compreensão do sistema processual da corte suprema. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento nas cortes supremas. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. Revista de Direito Processual Civil, vol. 31.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Repercussão geral no recurso extraordinário. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. 3ª. ed., São Paulo: Editora RT, 2017, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. XV, Artigos 926 ao 975, 2ª Ed. São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MEDINA. José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado. 4 ed. São Paulo: RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de Precedentes no projeto do novo código de processo Civil brasileiro. In: Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo CPC. Organizadores: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Gabriel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira., Salvador: JusPodivum: 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. Precedentes. O Desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). Direito jurisprudencial: volume II. São Paulo: RT, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. Constitutional courts and deliberative democracy. New York: Oxford University Press, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência. In: Leite, José Adércio (org.) Quinze anos de Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, n.162.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional. 3ª ed., revista e ampliada. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007

MENDES, Gilmar. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas, Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999, <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>, consulta em 29.09.2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Processo Civil e Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª. ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Súmulas e precedentes qualificados. Técnicas de formação e aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Tomo I. Garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade. 2a. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NELSON, Caleb. Stare decisis and demonstrably erroneous precedents. Virginia Law Review, v. 87, 2001, p. 52.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Antônio Castanheira. O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NEVES. Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES. Marcelo. Entre Temis e Leviatã. Uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES. Marcelo. A ‘desrazão’ sem diálogo com a ‘razão’: teses provocatórias sobre o STF. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>, Acesso em 12.11.2018.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Lumen Juris, 2011.

NUNES, Dierle. Acórdãos deveriam ter linearidade argumentativa. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-out-24/dierle-nunes-aos-tribunais-atribuida-forma-julgamento>> Acesso em 22.09.2018.

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

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao art. 1.030. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord.) Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Coisa julgada e precedente. Limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PECZENIK, Aleksander. On law and reason. Lexington: Springer. 2009.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. Interpreting Precedents. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2016.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 2ª. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. “O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015: uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). Revista de Processo. São Paulo:RT, 2015.

PEIXOTO, Ravi (coord). Enunciados FPPC. Organizado por assunto, anotados e comentados. 2ª. Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

PIGNATARI, Alessandra Aparecida Calvoso Gomes. Efeitos Processuais no Controle Judicial de Constitucionalidade. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro. Aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RE, Edward D. Stare Decisis. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 73, jan/mar. 1994.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Processualidade jurídica: uma abordagem principiológica a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro). 1a. ed., 2a. reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.) Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6a. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel (coord.) Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHAUER, Frederick. Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and life. New York: Clarendon Press-Oxford, 1991

SCHAUER, Frederick. Precedent. Stanford Law Review, v. 39, p. 571, 1987.

SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In Precedentes, coordenadores FREDIE DIDIER JR. et al. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 50 (versão traduzida para o português de André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo).

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais. São Paulo: RT, 2015.

SGARBI, Adrian. Introdução à teoria do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SGARBI, Adrian. Clássicos da teoria do direito. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Celso de Albuquerque. Súmula vinculante. Teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 11ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 47, p. 205 a 225, jul/dez 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Um voto qualquer? O papel do Ministro Relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Estudos Institucionais, Vol. 1. 1. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2. 2. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. International Journal of Constitutional Law, Vol. 11, 3, 2013.

SOUSA, Marcos Seixas. Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e Império. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A Questão Da 'Última Palavra' e Alguns Parâmetros de Autocontenção Judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, p. 119, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O Novo CPC e a fundamentação das decisões judiciais. In: Marcus Vinicius Furtado Coelho; Claudio Pacheco Prates Lamachia; Cláudio Pereira de Souza Neto; Cláudio Stáble Ribeiro; Antonio Oneildo Ferreira. (Org.). *O Novo CPC As Conquistas da Advocacia*. 1ed. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, v. 1, p. 63-72.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SUMMERS, Robert S. Precedent in United States. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016

SUMMERS, Robert S. and ENG, Svein. Departures from precedent, in MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. London and New York: Routledge, 2016

TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARANTO. Caio Márcio Gutterres. Precedente judicial. Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. “Dimensioni del precedente giudiziario”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 48, n. 2. Milão: Giuffrè, 1994.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, p. 141/158, abr./jun. 2003.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. Editoriale Scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele.; Institutional factors influencing precedents. *Interpreting precedents: a comparative study*. Org. Neil MacCormick e Robert S. Summers. Ashgate: Dartmouth, 1997, p. 437/460.

TARUFFO, Michele.; LA TORRE, Massimo. “Precedent in Italy”. *Interpreting precedents: a comparative study*. Org. Neil MacCormick e Robert S. Summers. Ashgate: Dartmouth, 1997, p. 141/187.

TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TAVARES, André Ramos. Nova lei da súmula vinculante – Estudos e Comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional, 16^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 2^a. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

TESHEINER, José Maria. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. Precedentes. A mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: forense, 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional. O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JÚNIOR. O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016

ZANETI JÚNIOR. (Coordenadores: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo). Comentários ao novo código de processo civil. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. 3^a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
